

UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO



EL ESTÁNDAR DE CONSUMIDOR RAZONABLE EN LOS
CONTRATOS MASIVOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA DE
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Tesis para optar el Título profesional de Abogado

Bach. JHAN CARLO VENERO CAMPANA

Asesor:

Abog. ARMANDO CORAL ALEGRE

Huaraz - Ancash - Perú

2017

JURADOS

Dr. Wilfredo Camilo MONTAÑEZ AVENDAÑO
Presidente

Abog. Armando CORAL ALEGRE
Vocal

Mag. Lola Aurora SOLORZANO VIDAL
Secretaria

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo no hubiera sido posible sin el apoyo y constante esfuerzo de mis padres y profesores por sus consejos y su apoyo para terminar la carrera de derecho.

Agradezco también a mi país por permitirme a través de la educación pública y gratuita salir adelante.

DEDICATORIA

*Al esfuerzo y cariño de
mis abuelos, Manuel y Matilde.*

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
ÍNDICE.....	v
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN.....	x
CAPÍTULO I.....	1
EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	1
1.1 Descripción del problema	1
1.1.1 Consideraciones sobre el Consumidor	3
1.1.2 Consideraciones sobre el Proveedor	6
1.1.3 Consideraciones sobre el contrato de consumo	9
1.1.4 Consideraciones sobre contratos masivos.....	11
1.2 Formulación del Problema:	16
1.2.1 Problema General.....	16
1.2.2 Problemas Específicos	16
1.3 Importancia del Problema:	17
1.4 Justificación y Viabilidad:.....	18
1.4.1 Justificación Teórica.	19
1.4.2 Justificación Práctica.	20
1.4.3 Justificación Legal.	20
1.4.4 Justificación técnica.....	20
1.4.5 Viabilidad.....	21
1.5 Objetivos	21
1.5.1 Objetivo general	21
1.5.2 Objetivos específicos.....	21
1.6 Hipótesis:.....	22
1.7 Variables e Indicadores:	22
1.8 Tipo y Diseño de Investigación:	22
1.8.1. Tipo y Nivel de Investigación.	22
1.8.2. Diseño de la Investigación.-	22
1.9 Metodología de Investigación:	23
CAPITULO II.....	24
MARCO TEÓRICO	24

2.1 Antecedentes:.....	24
2.1.1 La desprotección del consumidor frente a las ventas agresivas, la imitación insuficiente de la normativa europea.....	24
2.1.1.1 La posición de la autora frente a los contratos de adhesión y/o con cláusulas generales en los contratos masivos.-	26
2.1.1.2 Los contratos que prestan servicios vacacionales y su relación de protección con el consumidor.-.....	28
2.1.1.3 El criterio del uso de consumidor razonable como estándar para el análisis de ventas agresivas.-.....	29
2.1.2 “Patologías y los remedios del contrato”.-.....	32
2.1.2.1 La clasificación del contrato de consumo como sub especie de contrato.-....	32
2.1.2.2 El tratamiento de las cláusulas vejatorias en los contratos de consumo.-	33
2.2 Bases Teóricas:.....	35
2.2.1 La necesidad de proteger al consumidor a través del Estado.-	35
2.2.1.1 La naturaleza difusa del derecho del consumidor.-	37
2.2.1.2 El contrato de consumo como sub especie en las relaciones jurídicas.-	39
2.2.2 Diferencias entre el contrato de consumo convencional y los contratos masivos con cláusulas generales de contratación o contratos de adhesión masivos:	43
2.2.2.1 Los Contratos de adhesión y los contratos con cláusulas generales.-	43
2.2.2.2 ¿Es necesaria la Protección de estatal los contratos masivos?.-	48
2.2.3 La asimetría en la relación de consumo, el estado de desventaja del Consumidor	51
2.2.3.1 La aplicación del estándar de Consumidor Razonable en los contratos masivos.-	51
2.2.3.2 La aplicación de un estándar de Consumidor especial en los contratos masivos.-	53
2.3 Definición de términos:	55
CAPITULO III.....	59
RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	59
3.1 Resultados Jurisprudenciales	59
3.1.1 La Jurisprudencia Constitucional en materia de Protección al Consumidor.	59
3.1.2 La jurisprudencia del INDECOPI sobre contratación masiva y protección al consumidor.	61
3.2 Resultados normativos	63
3.2.1 El estándar de consumidor razonable en el Código de Defensa y Protección al Consumidor.	63
CAPÍTULO IV	67

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPOTESIS	67
4.1 Discusión Dogmática:	67
4.1.1 La postura del Análisis Económico del Derecho en relación al estándar de consumidor razonable.....	67
4.1.2 La postura que adopta la protección al estándar de consumidor ordinario en los contratos masivos.....	69
4.2 Discusión Normativa:	71
4.2.1 La actual postura del Código de Defensa y Protección al Consumidor peruano en cuanto a los contratos masivos.....	71
4.2.2 La necesidad del cambio de estándar de consumidor en el cuanto a la protección de contratos masivos.....	72
4.2 Validación de Hipótesis	74
V. CONCLUSIONES	75
VI. RECOMENDACIONES.....	77
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78

RESUMEN

RESUMEN:

El propósito de esta investigación fue el análisis del estándar de consumidor razonable como base de la protección del consumidor en la celebración de contratos masivos. De esta manera, se investigó si su aplicación resulta deficiente cuando se debe de proteger el derecho constitucional de los consumidores a un trato justo. Teniendo en cuenta la existencia de cláusulas lesivas que pueden

PALABRAS CLAVES:

Contratos masivos, estándar de consumidor razonable, INDECOPI, derecho de protección al consumidor.

ABSTRACT

The purpose of this research was the analysis of the reasonable consumer standard as the basis of the protection of the consumer during the conclusion of the massive agreements. This way, we also investigated the application in the massive contracts to know if it is inadequate when we need to protect fundamental rights.

KEYWORD:

Massive agreements, reasonable consumer standard, INDECOPI, consumer rights.

INTRODUCCIÓN

Uno de los retos del Estado durante las dos últimas décadas ha sido el de poder integrar de forma más idónea la tutela que brinda a la ciudadanos en el mundo moderno donde cada vez más las relaciones jurídicas se vuelven más complejas y cambian producto de la economía de mercado. El objetivo de la presente investigación se planteó el estudio de uno de esos fenómenos esta vez ligado a la protección del derecho constitucional del consumidor, ya que si bien normativamente se protege a los consumidores del abuso de los proveedores, esta relación jurídica también merece un análisis en sus antecedentes económicos y sociales, así pues la figura elegida fue de la del estándar de consumidor razonable, para a fin de verificar su deficiencia en los contratos masivos se realizó esta investigación en la cual se buscó analizar el rol que cumple este estándar en la protección del derecho fundamental de protección de los consumidores.

Asimismo la presente investigación desarrolló en sus diversos capítulos la descripción del problema del estándar de consumidor razonable, se buscó antecedentes así como un las bases doctrinarias y legales, de la misma manera, se analizó las diversas posturas sobre este estándar tales como la postura del análisis económico del derecho y la postura constitucional sobre el tema. Finalmente, se analizó las variables propuestas en la hipótesis a la luz del código de protección al consumidor y se determinó la oportunidad de su aplicación en relación a la suscripción de contratos masivos.

Se trata pues, de abrir nuevos campos en materia de investigación en nuestra facultad que a fecha de hoy requiere también de robustecer el ala académica del derecho administrativo y civil, toda vez que las investigaciones en esta materia dentro de nuestra universidad han sido escasas y se consideró oportuno a través de esta investigación abrir una ventana a la reflexión de estos temas que nos conciernen día a día, ya que los niveles de consumo en todo el Perú como en nuestra región, Áncash, han aumentado y es necesario revisar y analizar las herramientas que nos otorga el Estado para protección de nuestros derechos.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema

El proceso de transformación económico y social que ha ocurrido dentro de la sociedad peruana, en estas dos últimas décadas, ha llevado al legislador peruano a enfrentar nuevos retos, los cuales permitan asegurar que el crecimiento económico y el correlativo aumento del consumo de los peruanos, estén protegidos de ante una situación de desventaja frente a los proveedores. Es evidente que la mejora de las condiciones de vida de los peruanos pasa por un incremento en el consumo, entre otros aspectos, así podemos decir que los factores del Índice de Desarrollo Humano que abarcan la mejora de la calidad de vida hecho que se refleja en el aumento del ingreso neto bruto de las personas¹, además de aspectos como una mayor esperanza de vida y una mejor educación. La población de nuestro país ha visto un incremento en el índice de desarrollo humano (pasamos de 0,613 en el año de 1990 a 0,734 en el año de 2014²), este hecho se vio reflejado en una capacidad mayor del consumo.

El cambio en la economía del país se inicia con la implementación de nuevas políticas económicas, a partir de la década del 90, donde, y tras el primer

¹ United Nations Development programme, "El índice de desarrollo Humano", 2016, [En línea] <http://hdr.undp.org/es/content/el-%C3%ADndice-de-desarrollo-humano-idh> (Consulta el 12 de diciembre de 2016).

² United Nations Development programme, "Datos sobre el índice de Desarrollo Humano (1980-2015)", <http://hdr.undp.org/es/data> (Consulta el 15 de diciembre de 2016)

gobierno de Alán García Pérez (1985-1990) que tras propuso un modelo de política económica heterodoxa “*rechazó dictar las políticas de ajuste y de estabilización económica que exigían los organismos multilaterales internacionales*”³. La apertura al mercado internacional implementada por el gobierno de Alberto Fujimori (1990-2000), como una obligación para la reactivación económica, supuso cambios no sólo en el modelo político-económico del país, sino también en la formulación de la privatización de empresas y liberalización del mercado⁴ iniciaron un proceso de cambio en la normatividad existente insertando figuras para el mejor funcionamiento del mercado y las relaciones contractuales. Más allá de los rasgos de autoritarismo y la presencia de corrupción de esa década, es innegable que el factor de apertura al mercado y el mejoramiento de la calidad de vida lograron un cambio en las relaciones de consumo de nuestra sociedad.

Ahora bien, al existir una mayor cantidad de transacciones, contratos y prestaciones de servicios, los consumidores se ven ante un nuevo panorama que presenta las interrogantes siguientes: ¿qué ocurre en el caso de que un proveedor pueda estafarme? ¿De qué forma puedo protegerme frente al abuso de un proveedor que vende un producto o brinda un servicio que no cumple con las expectativas publicadas? ¿Qué ocurre con los contratos masivos o los contratos de adhesión existe en ellos la protección adecuada para el consumidor? Finalmente, como abogados, comprendemos que las relaciones de consumo, son también relaciones jurídicas. Por ello, el Instituto Nacional de

³ COTLER Julio y Romeo GROMPONE, “*El Fujimorismo, ascenso y caída de un régimen autoritario*”, 1era edición, Lima, Editorial Del Instituto de Estudios Peruanos, 2000, Pág. 18.

⁴, *Ibíd.* Pág. 116.

la Defensa del Competencia y la Propiedad Intelectual, ha establecido parámetros para proteger al consumidor frente a lo que se conoce como asimetría informativa.

1.1.1 Consideraciones sobre el Consumidor

De lo expuesto, se debe entender que dentro de las relaciones jurídicas se establece un nuevo tipo con características singulares, la cual se denomina relación de consumo y determina así también una serie de elementos, los cuales permiten que exista de forma diferente e independiente a otro tipo de relaciones jurídicas. Así para la presente investigación se consideró oportuno describir al consumidor, como sujeto parte de la relación de consumo. El consumidor tal como lo define el código de protección y defensa del consumidor son *“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”*⁵. Se colige entonces que nuestro código entiende dentro de su definición como consumidor tanto a personas jurídicas como personas naturales las cuales son los destinatarios finales de un producto o servicio, de ahí que Esteban Carbonell, citando a Ángel Gustavo Cornejo, considere que la palabra persona designa al ser humano con su capacidad como sujeto de derecho⁶, sin dejar de lado a las personas jurídicas que también las considera como consumidores.

Por lo tanto, el consumidor, ya sea persona natural o jurídica, es un sujeto de derechos, es decir, como lo establece la doctrina clásica del derecho un centro

⁵ Perú. Código de Protección y defensa al Consumidor Ley N° 2951

⁶ CARBONELL O'BRIEN Esteban, *“Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor”*, 1era edición, Lima, Ed. Jurista, 2015, Pág. 51.

de imputación de derechos, por lo que su defensa debe de ser constitucional, así nuestra constitución defiende al consumidor en su artículo 65° y prescribe lo siguiente: *“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”*, en función a la protección que da nuestra Constitución al consumidor se entiende que la característica de este derecho es corresponder a aquellos que son denominados derechos difusos, tal es así que su estructura corresponde *“y deben de ser tutelados sobre la base de su dimensión social y colectiva”*⁷; en consecuencia, cuando se proyecta la vulneración del derecho a un consumidor no se busca proteger a una persona en especial, sino a una pluralidad de consumidores que recurren al mercado para adquirir un producto o servicio⁸. Entonces esta definición encierra la valoración que se debe de tener del consumidor en el aspecto social, ya que su protección busca que la persona al momento de entrar al mercado por la búsqueda de un producto o servicio debe de estar tutelada por el Estado, quien busca las condiciones para darle al consumidor el cumplimiento a cabalidad de su derecho, esto lo podemos corroborar también en nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor que el artículo Primero del título preliminar establece: *“el presente Código establece las normas de protección y defensa de los consumidores, instituyendo como un principio rector de la política social y económica del Estado”*. De aquí que la función de protección al consumidor pase también por eje de la economía social de mercado donde se promueve la actividad privada pero se protege de

⁷ TORRES VASQUEZ, Aníbal, *“Contratación Masiva”*, 1era edición, Lima, Montivensa Editores, 2009, Pág. 41

⁸ *Ibid.*

forma social al consumidor, buscando en base a su condición social (por tanto a su realidad cultural como económica) una garantía al cumplimiento de su derecho.

La defensa social al consumidor también se encuentra presente en la jurisprudencia constitucional que entiende al consumidor no sólo como una parte en la relación jurídica de consumo, en la cual ocuparía el lugar de destinatario final, sino que la concibe como la parte más débil de dicha relación⁹, por lo tanto se requiere para protegerlo una condición especial de reconocimiento de su derecho como consumidor y usuario, esto definiría la posición que tendría el Estado en relación a las relaciones de consumo en la que este estaría como protector del derecho constitucional de los consumidores, esto se deriva incluso del mismo ordenamiento económico-social que es parte de nuestra constitución, es así que el régimen económico de nuestro país se organiza en una economía social de mercado, donde el otorga promoción y tutela en base a los criterios siguientes: *“seguridad, libertad, propiedad, mercado abierto, Bienestar económico y compartido”*¹⁰. De tal suerte que es último criterio convierte al Estado en un ente tuitivo en materia de derechos, pues garantiza el goce de los derechos sociales.

En conclusión, el Consumidor no sólo forma parte de la relación de consumo y finalmente de la cadena de producción como usuario final, sino que también es la parte más débil de ésta relación, por tanto requiere protección de esa forma se esboza el derecho de los consumidores, ya que no sólo se busca el

⁹ SOSA SACIO Juan Manuel, *“Una mirada Constitucional a la defensa del Consumidor con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, Pág 155 (en línea) https://www.academia.edu/3827655/Una_mirada_constitucional_a_la_defensa_del_consumidor_con_especial_referencia_a_la_jurisprudencia_del_Tribunal_Constitucional (Consulta 25/12/2016)

¹⁰ CARBONELL O'BRIEN, Esteban, *Óp. Cit.*,. Pág. 36.

funcionamiento adecuado del mercado, sino también la justicia social, es decir, el cumplimiento de nuestros derechos, por ende el binomio que nuestra legislación se enmarca en la armonía de ambos conceptos.

Bajo ese análisis la presente investigación ha esbozado una serie de conflictos que encuentra cuando la protección del derecho de los consumidores se aterriza al plano entendido desde el punto de vista del mercado, es decir, al momento de adquirir un bien o un servicio, es así que cuando un consumidor se encuentra frente a la necesidad de adquirir un servicio, por ejemplo, encuentra una serie de reglas pre-establecidas las cuales- a criterio de un grupo de estudios de este acto jurídico- son necesarias para mantener el regular funcionamiento del mercado y que el propio consumidor se vea beneficiado con la existencia del servicio o la venta del producto. Sin embargo, ¿es posible que arriesguemos toda la seguridad jurídica que debe de enmarcar al consumidor en pro de que el producto esté en el mercado? O ¿debemos establecer relación jurídica tuitiva que permita garantizar el ejercicio de los derechos de los consumidores y a su vez permita al empresario tener reglas sencillas que le permitan ofrecer sus productos de forma rápida y efectiva? Esta investigación ha tenido por objeto analizar el panorama entre la relación del consumidor y el cumplimiento de sus derechos en función a contratos masivos.

1.1.2 Consideraciones sobre el Proveedor

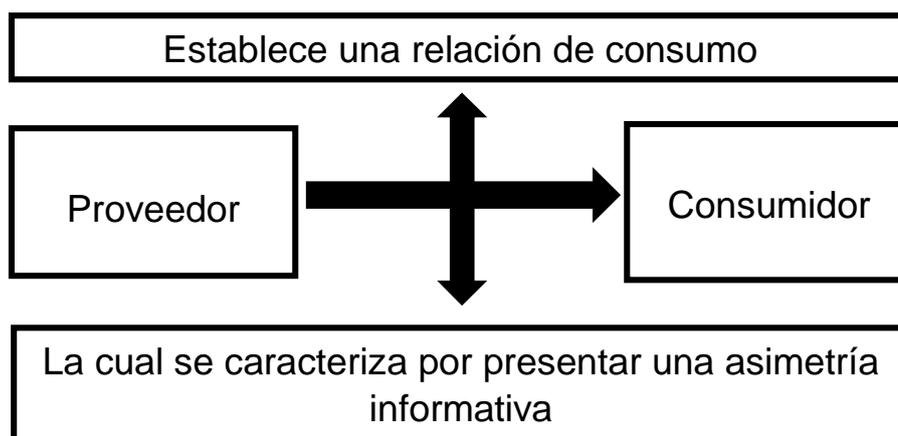
¿Qué entendemos por proveedor? El proveedor es la otra parte dentro de una relación de consumo, así si el consumidor es quien compra o adquiere un bien o servicio quien se lo brinda es el proveedor. El Código de defensa y protección

al consumidor lo define en el artículo I, del título preliminar, en su numeral 2: *“Las 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”*. De esta forma el Proveedor es quien tiene el conocimiento de la elaboración del producto o servicio, también de acuerdo a la definición brindada por el Código de Protección y Defensa del Consumidor el Proveedor es quien de forma habitual realiza dichas actividades por lo tanto el proveedor al tener el conocimiento y la técnica del producto o servicio que brinda debe de hacerlo en aplicación del principio de buena fe, es decir, *“[...]brindar toda información relevante y veraz al consumidor; y a su vez, este se debe a la buena fe, ya que debe de creer en la información que el proveedor le brinda. De esta forma se genera un mercado seguro tanto para el proveedor como para el consumidor¹¹”*, esto toda vez que dentro de la relación de consumo quien tiene posición dominante es el consumidor.

Por lo descrito en las líneas anteriores, se aprecia que la relación de consumo se encuentra definida por dos sujetos a los cuales los vincula una relación jurídica que es un contrato de consumo, esta relación presenta ciertas características las cuales la resaltan en comparación a otros actos jurídicos, tal como lo detallamos en el cuadro siguiente:

¹¹ *Ibíd.* Pág. 81

Diagrama N°01:¹²



¿Entonces qué se entiende por asimetría informativa? El código de protección y defensa del consumidor Ley N° 29571, en su título preliminar, en su artículo IV numeral séptimo define a la asimetría como la ventaja que tiene el proveedor por sobre el consumidor, ya que el primero tiene mayor información sobre los productos o servicios¹³. Por lo que la eliminación de esta asimetría deriva en primer lugar la protección estatal que se brinde al consumidor en su calidad de sujeto de derecho. La doctrina entiende que la asimetría no es el objeto por eliminar, toda vez que si entendemos este concepto la asimetría aparece como una cuestión natural al mercado, así la asimetría aparece en la relación de consumo debido a que es necesario que proveedor tenga mayor conocimiento que el consumidor para poder brindarle un bien o un servicio, así *“es justamente la diferencia de información lo que hace eficiente el intercambio y permite que cada quien en la sociedad se especialice y aumente la productividad de una manera asombrosa, algo que no ocurriría si uno mismo tuviera que producir todos los bienes y servicios que necesita, lo que*

¹² Diagrama 01, elaboración propia.

¹³ Definición de asimetría en el Código de protección y defensa del consumidor: “Asimetría informativa.- Característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores”.

*significaría saber de todo. La división del trabajo, y la asimetría informativa que genere, nos libera de esa pesada carga*¹⁴, de esta forma entendemos que para la relación eficaz de consumo el tutelar al consumidor sobre la asimetría informativa no sólo depende de la labor tutiva del Estado, sino también de la responsabilidad que tenga tanto el consumidor en informarse del bien o producto que adquiere así como el proveedor debe de otorgar una información adecuada del producto, haciendo de la relación de consumo una transacción eficiente.

1.1.3 Consideraciones sobre el contrato de consumo

De forma por lo antes expuesto que posee características determinadas y sujetos delimitados por condiciones diferentes a un contrato común, en ese sentido la diferencia entre ambos pasa por el tema de responsabilidades a que pueda imputar al proveedor y por las garantías que me ofrece el sistema de protección al consumidor para hacerlo, pongamos un ejemplo: en un sentido estricto, como lo define el maestro Aníbal Torres Vásquez¹⁵ en concordancia con el Código Civil el consumidor es quien adquiere un bien y servicio en el mercado sea o no destinatario final, es decir, imaginemos una empresa manufacturera de papel que requiere para continuar con su proceso productivo el mantenimiento de sus máquinas productoras y contrata para este fin los servicios especiales de un técnico en máquinas para fabricar papel, es evidente que el usuario final de dichos productos no será la empresa que fabrica el papel, sino que dichos productos serán usados finalmente por un estudiante que los adquirió en una librería. Así esta definición amplia del concepto de

¹⁴ BULLARD Alfredo, “¿Es el consumidor un idiota?”, [En línea], <http://www.bullardabogados.pe/home.htm>, Pág. 35 (Consultado el 28/12/2016)

¹⁵ TORRES VASQUEZ, Aníbal, *Óp. Cit.* Pág. 43

consumidor queda en el aire, pues no especifica a quién proteger frente a un abuso.

De lo presentado en el párrafo anterior, encontramos que la definición restringida del consumidor¹⁶ determina al consumidor como aquel ubicado al concluir el circuito económico de producción y adquiere un bien o un servicio como destinatario final, pero no para el uso de su actividad empresarial o profesional. Sin embargo, y a fin de poder proteger al consumidor de la asimetría informativa la legislación peruana otorga dispositivos legales para proteger al consumidor final: imaginemos así que la facultad de Derecho de la UNASAM, al celebrar sus bodas de oro, decide hacer un almuerzo para toda la comunidad universitaria y contrata los servicios de un prestigioso restaurant huaracino; sin embargo, dicho restaurante incumple flagrantemente en la prestación del servicio, ya que sirve la comida una hora después de lo pactado, en una presentación totalmente inadecuada y finalmente la carne del plato de fondo estaba en malas condiciones y termina intoxicando a los comensales, es en este caso que quienes podrían demandar ante INDECOPI por el mal servicio serían no solamente la Facultad como persona jurídica sino también los comensales (alumnos, profesores y egresados) quienes no obtuvieron como beneficiarios finales del servicio por parte del restaurant una buena atención. En conclusión, los contratos civiles enmarcan diversas relaciones jurídicas las cuales no necesariamente están vinculadas con el consumidor final del producto, en cambio el contrato de consumo tiene que ver necesariamente con eslabón final de la cadena de producción, la cual se cierra con el consumidor.

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 44

1.1.4 Consideraciones sobre contratos masivos

Ahora bien ¿Qué ocurre cuando el consumidor no puede establecer las cláusulas un contrato? Es decir, qué ocurre cuando un consumidor se encuentra ante un contrato con reglas generales o un contrato por adhesión o finalmente se ve inducido por la publicidad masiva para adquirir un bien o servicio. Muchas personas en nuestro país adquieren equipos móviles, tarjetas de crédito o débito al momento de ingresar a un trabajo o se compran productos debido inducidos por la publicidad, éstas prácticas son comunes en la actualidad, pero para poder esbozarlas mejor debemos de entender la diferencia entre un contrato negociado o el contrato estándar donde predomina el famoso “tómelo o déjelo”.

Así la necesidad de contratar para el acceso a un bien o servicio nos da un nuevo panorama donde pasamos del contrato negociado, es decir donde ambas partes se ponen de acuerdo en qué puntos se va a pactar, de qué forma se hará este pacto y cuáles serán los límites de las obligaciones y derechos que tenga cada una de las partes al momento de ejecutar el contrato. Sin embargo, en los contratos por adhesión o contratos con cláusulas generales el proveedor (la parte fuerte de la relación de consumo) establece las condiciones del contrato¹⁷, bien por lo tanto, tal como lo describe el Código Civil, al crear una relación jurídica en un contrato nos encontramos ante a un acto unilateral en la cual sólo una de las partes determina las condiciones del contrato, de esta forma nos preguntamos ¿Es necesaria la tutela del Estado para proteger al consumidor frente a esta condición de asimetría? La doctrina tanto como la legislación así lo reconocen y lo plasma en nuestro Código de protección al

¹⁷ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Óp. Cit.* Pág. 128

consumidor. Como la construcción de una relación de consumo se produce en la realidad con dos sujetos los cuales actúan de una determinada forma debemos indicar que nuestra legislación en materia de derecho del consumidor considera que el estándar que usará para medir su actuación será la de consumidor racional que actúa con diligencia ordinaria.

Como colofón de la investigación realizada, es necesario precisar que el derecho de consumidor, como ya lo hemos señalado, no se trata de una moda o una exquisitez jurídica en la cual se investiga un tema abstracto y lejano a nuestra realidad. Basta sólo con enfocarnos en la cantidad de denuncias o quejas por consumo que se presentan en nuestra ciudad, así por ejemplo las denuncias ingresadas durante el 2015 en la oficina de Huaraz INDECOPI sólo suman el 0,47% del total de denuncias ingresadas, tal como lo vemos en el siguiente cuadro¹⁸:

N°	Tipo de inicio	Sede u oficina regional	Ene-15	Feb-15	Mar-15	Abr-15	May-15	Jun-15	Jul-15	Ago-15	Sep-15	Oct-15	Nov-15	Dic-15	Total	%
		Sede Central	457	484	503	459	434	487	494	539	503	464	511	518	5 853	44,23
		Sede Lima Norte	78	81	88	103	106	102	81	86	103	75	85	99	1 087	8,21
		ORI Piura	84	90	96	65	63	66	61	89	77	81	76	78	926	7,00
		ORI Arequipa	54	46	77	67	50	64	73	62	83	115	77	82	850	6,42
		ORI La Libertad	101	57	70	55	74	53	57	68	75	77	73	73	833	6,30
		ORI Lambayeque	50	48	53	69	35	57	58	56	80	62	64	75	707	5,34
		ORI Junín	34	49	45	48	37	45	48	33	41	41	51	35	507	3,83
		ORI Cusco	27	27	27	44	38	25	34	42	37	36	39	42	418	3,16
1	De parte	ORI Ica	27	18	31	25	29	29	39	33	31	33	34	44	373	2,82
		ORI Ancash-Chimbote	19	26	22	27	40	31	23	15	22	17	25	36	303	2,29
		ORI Loreto	28	21	25	15	23	17	21	27	25	28	20	29	279	2,11
		ORI Cajamarca	22	21	32	26	20	25	16	25	21	22	19	15	264	2,00
		ORI Tacna	15	22	22	16	13	14	10	12	28	12	16	11	191	1,44
		ORI San Martín	10	17	14	19	13	21	19	11	8	16	14	13	175	1,32
		ORI Puno	13	12	6	14	14	8	14	11	11	16	10	15	144	1,09
		ORI Ancash-Huaraz	10	4	6	6	11	5	4	4	4	2	3	2	62	0,47
		Subtotal	1 029	1 023	1 117	1 058	1 000	1 050	1 052	1 113	1 149	1 097	1 117	1 167	12 972	98,04

¹⁸ Anuario de estadísticas institucionales del INDECOPI, año 2015, Pag. 61, (En línea) <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/387120/Anuario+actualizado/cd5afe59-7127-4425-957a-4e77687e9a88> (Consulta 28/12/2016)

Concluimos así que en Huaraz las denuncias por malos servicios al consumidor son realmente bajas en relación al promedio nacional. Sin embargo, como contra parte podríamos argumentar que dichos servicios no se prestan en la ciudad o que tampoco existen quejas sobre la prestación o adquisición de bienes y servicios pero veamos cuáles son los servicios y bienes que más presentan denuncian en INDECOPI en el 2015 con el Cuadro N° 02¹⁹:

N°	Actividad Económica	Ene-15	Feb-15	Mar-15	Abr-15	May-15	Jun-15	Jul-15	Ago-15	Sep-15	Oct-15	Nov-15	Dic-15	Total	%
1	Sistema financiero	442	415	470	453	420	470	484	533	503	510	503	533	5 736	43,35
2	Telecomunicaciones	88	77	87	90	70	73	81	69	86	66	87	88	962	7,27
3	Seguros	55	54	53	36	67	46	45	45	56	45	55	48	605	4,57
4	Transp. terrestre y otros tipos transp.	64	60	57	59	43	41	46	43	45	39	29	38	564	4,28
5	Transporte por vía aérea	30	38	54	41	41	42	43	39	60	56	52	54	550	4,16
6	Servicios profesionales, técnicos y otros	52	53	56	49	41	49	38	33	45	44	44	39	543	4,10
7	Servicios varios 1/	33	41	33	26	28	31	33	43	38	50	48	33	437	3,30
8	Com. mayorista otros productos	33	28	33	40	30	36	23	40	32	27	28	41	391	2,95
9	Com. min. línea blanca, marrón y otras	39	28	35	39	45	29	28	29	26	30	32	27	387	2,92
10	Venta, manten. y repar. de vehículos	22	34	40	36	49	33	29	27	24	32	31	20	377	2,85
11	Educación	22	30	32	36	22	30	27	28	40	29	31	31	358	2,71
12	Tiendas por dpto., bazares y conexos	28	38	24	20	14	24	28	35	28	24	28	31	322	2,43
13	Construcción e inmobiliario	32	24	34	22	20	25	26	18	30	20	19	31	301	2,27
14	Com. min. otros productos	15	26	22	27	22	26	21	27	28	23	30	32	299	2,28
15	Agencias de viaje y otros serv. de transp.	16	23	15	13	18	17	15	16	28	20	18	22	221	1,67
16	Supermercados, bod., minimark. y similares	13	10	15	15	13	11	8	13	11	7	11	9	136	1,03
17	Otras actividades manufactureras 2/	5	7	7	15	10	16	5	13	14	9	17	16	134	1,01
18	Act. artísticas, entreten. y esparcimiento	4	7	17	5	11	8	10	8	11	16	9	19	125	0,94
19	Restaurantes, bares y cantinas	14	3	9	7	12	13	13	18	2	7	7	11	116	0,88
20	Otras actividades económicas 3/	54	49	63	53	49	52	71	55	55	58	47	62	688	5,05
Total		1 061	1 045	1 156	1 082	1 025	1 072	1 074	1 132	1 162	1 112	1 126	1 185	13 232	100,00

En el cuadro se puede apreciar que la mayor cantidad de denuncias a nivel nacional se presenta en el rubro de sistema financiero, que se encuentra en primer lugar y en segundo lugar, se encuentra el servicio de telecomunicaciones. Como se verá en el cuadro N° 03²⁰ en cuanto al sistema financiero durante el 2015 las denuncias a nivel nacional fueron por tarjetas de crédito o cuentas de ahorro:

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 62

²⁰ *Ibíd.* Pág. 63

N°	Tipo de producto	Ene-15	Feb-15	Mar-15	Abr-15	May-15	Jun-15	Jul-15	Ago-15	Sep-15	Oct-15	Nov-15	Dic-15	Total	%
1	Tarjeta de crédito	236	189	228	233	203	220	245	279	235	255	245	265	2 833	49,39
2	Cuenta de ahorros	66	72	67	71	61	72	84	95	82	75	86	98	929	16,20
3	Préstamo personal	73	53	58	57	75	91	83	88	81	67	76	56	858	14,96
4	Crédito de consumo	28	44	62	45	31	35	26	27	36	28	24	29	415	7,24
5	Crédito hipotecario	7	9	12	9	8	10	3	13	6	14	9	15	115	2,00
6	Cuenta corriente	6	4	12	5	5	13	11	8	11	8	6	14	103	1,80
7	Cuenta de haberes	5	7	3	10	6	5	13	-	5	4	5	7	70	1,22
8	Cuenta CTS	3	6	3	2	2	5	2	4	5	6	7	5	50	0,87
9	Otros 1/	18	31	25	21	29	19	17	19	42	53	45	44	363	6,33
Total		442	415	470	453	420	470	484	533	503	510	503	533	5 736	100,00

De igual forma, en el caso de rubro de telecomunicaciones (véase Cuadro N°04²¹) el principal tipo de producto que recibe denuncias es la venta de celulares:

N°	Tipo de servicio	Ene-15	Feb-15	Mar-15	Abr-15	May-15	Jun-15	Jul-15	Ago-15	Sep-15	Oct-15	Nov-15	Dic-15	Total	%
1	Venta de equipos telefónicos	66	63	79	69	63	64	74	61	64	60	77	77	817	84,93
2	Venta de otros productos	13	7	3	2	5	3	-	2	5	1	3	1	45	4,68
3	Servicios de instalación	4	1	-	8	1	1	7	2	11	2	2	4	43	4,47
4	Venta de equipos de cómputo	1	2	1	-	-	2	-	3	2	1	-	4	16	1,66
5	Otros 1/	4	4	4	11	1	3	-	1	4	2	5	2	41	4,26
Total		88	77	87	90	70	73	81	69	86	66	87	88	962	100,00

Precisamente estos dos rubros usan contratos de adhesión con cláusulas generales para establecer sus relaciones de consumo. Por lo tanto, podemos deducir dos apreciaciones: la primera que en Huaraz no se usan celulares, lo cual serían totalmente falso o que a diferencia de todo el Perú en Huaraz no existen problemas con el servicio de celulares o los ciudadanos huaracinos no usan tarjetas de crédito o no poseen cuentas de ahorro. La respuesta es obvia, se trata que no estamos ejerciendo de forma adecuada nuestro derecho como consumidores, ya que no se brinda la información adecuada sobre este tema, por lo tanto su necesidad es de fundamental tratativa para así asegurar la tutela de nuestros derechos.

²¹ *Ibíd.*

De lo investigado se evidenció un debate enriquecedor entre dos posturas que encuentran sus orígenes tanto en el liberalismo como en el socialismo. A pesar de que esta investigación sea eminentemente dogmática se consideró oportuno señalar algunos puntos estadísticos que a todas luces lo que buscan no es girar el sentido de la investigación a una experimental, sino que busca mostrar parte de la realidad en materia de derecho del consumidor en nuestra ciudad y en nuestra región como muestra de que estos temas no se tocan con la importancia que merece, ya que como podemos ver en nuestra ciudad se hace un uso mayor de tecnología y de servicios financieros. Por lo tanto el aporte que se ha hecho en esta investigación busca hacer que más estudiantes de nuestra facultad se interesen por temas tan apasionantes como la protección del derecho de los consumidores.

1.2 Formulación del Problema

Tal como desarrollamos en el punto anterior, la legislación peruana protege al consumidor por la relación de asimetría informativa que tiene en relación proveedor, para garantizar que su derecho sea protegido de una forma racional y proporcional utiliza el concepto de consumidor razonable que actúa con diligencia ordinaria frente a toda relación de consumo esto incluye los contratos masivos o contratos de adhesión o con cláusulas generales por ello cabe preguntarse lo siguiente:

1.2.1 Problema General

- ¿Es deficiente el estándar de consumidor razonable para proteger al consumidor en la celebración de contratos masivos?

1.2.2 Problemas Específicos

- ¿Resulta lesivo para los derechos fundamentales aplicar el standard de consumidor razonable si el consumidor celebra contratos masivos?
- ¿Existen óbices para la aplicación del standard de consumidor razonable en el mercado y la sociedad en relación a la celebración de contratos masivos?
- ¿Qué fundamentos jurídicos toma el legislador para aplicar el estándar de consumidor razonable en todas las relaciones de consumo?

1.3 Importancia del Problema:

Abordar temas como la protección al consumidor resulta de gran importancia debido al creciente aumento del consumo de la población peruana en general. Este crecimiento implica que la compra tanto de bienes como servicios debe de enmarcarse en un proceso que implique un trato justo tanto al proveedor como al consumidor.

Por ello, se consideró oportuna una revisión a este tema de actualidad, toda vez que si bien el código de Protección al Consumidor presenta ya una postura sobre el tópico esta debe de ser evaluada, continuamente, pues debe de ajustarse no solo a las exigencias del mercado, sino también al aspecto social. De esta forma encontramos que existen contratos los cuales firmamos cotidianamente

El investigar sobre las relaciones de consumidor en la celebración de contratos masivos, no sólo presenta aspectos jurídicos relevantes para el derecho civil, sino también encontramos alcances sociales y el impacto que puede generar en el desarrollo de la vida de nuestra sociedad. Así por ejemplo, se encontró que si sólo atendemos las necesidades del establecimiento de un mercado eficiente se olvida el aspecto social del consumidor resumiéndolo solo en el llamado *homo economicus*²² dentro de este concepto se entiende al consumidor como parte de un sistema económico, y no como el centro del sistema social, así es que la protección estatal se convierte en necesaria legislando toda vez que *“la entrada en vigor de contratos estándares como una*

²² SOSA SACIO, *Óp. Cit.*, Pág. 145

muestra de la debilidad de los conceptos clásicos de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad²³ nos llaman a la reflexión de cómo en una sociedad cada vez más industrializada y dependiente de bienes y servicios especializados requiere de una protección a sus derechos fundamentales, toda vez que el correcto sendero establece un trato de protección al consumidor como un agente que para desarrollarse en sociedad requiere de tener relaciones de consumo y no de un mercado que para desarrollarse requiere de personas que realicen actividades de consumo.

El aumento de los contratos masivos en la vida cotidiana, invitó a la reflexión por la necesidad de hacer una revisión a los dispositivos legales que protegen en materia contractual, la revisión de la letra pequeña en los contratos que casi nunca se lee por tener una serie de tecnicismos es fundamental para evitar que engañen a las personas y así frenar el desarrollo de su proyecto de vida; se trata pues de definir una dimensión social de la protección al consumidor y su relación con la prestación de servicios y la adquisición de bienes que cada día requiere de una especialización mayor, por lo que no sólo se debe de ver en el consumidor el destinatario final de la relación de consumo sino también representarlo como afectado en una situación de asimetría informativa²⁴.

1.4 Justificación y Viabilidad

El derecho de defensa y protección al consumidor pasa por ser una rama del derecho con una vital importancia, ya que debido al aumento del consumo de

²³ PATRÓN Carlos, *“Ensayos sobre la protección al consumidor en el Perú: Un acercamiento preliminar a la función económica de la protección al consumidor”*, 1era edición, Lima, ed. Universidad del Pacífico, 2011. Pág. 36

²⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *“Derechos de los consumidores”*, 1era Edición, Lima, Ed. Rhodas, 2006. Pág. 31.

bienes y servicios de la población peruana, se hace necesaria la revisión de los conceptos que definen la actitud que tiene el consumidor en relación a la obtención de estos bienes. Es así que firma de contratos ya sea de compra-venta o de servicios exige que pueda brindarse a la población en general una serie de instrumentos de protección y más aún observar el rol que tiene el Estado en tutelar esta protección, por ello, el análisis de la figura del consumidor racional resultó vital para entender cómo es que se desarrolla la relación jurídica entre proveedor y consumidor y cómo es que esta se tutela en el caso de un abuso por parte del proveedor.

La viabilidad de la investigación se comprobó debido a que existe la información tanto normativa, doctrinaria y jurisprudencial como para abordar el problema. El cumplimiento de las fuentes del Derecho garantiza que la investigación se pudo llevar a cabo, pues la información que se recopiló y que luego pasó a ser parte de la investigación- una vez sometida al análisis- nos arrojó las conclusiones sobre la deficiencia del estándar de consumidor racional.

1.4.1 Justificación Teórica

La presente investigación encontró asidero en el contraste en el análisis del derecho constitucional y el análisis económico del derecho. Así la reflexión que hacemos se plasma en entender la oportunidad de la aplicación del concepto de consumidor razonable en la firma de contratos masivos, su relación social y cómo influye en el funcionamiento del mercado.

1.4.2 Justificación Práctica

El uso de standard de consumidor razonable durante esta investigación entró en reflexión cuando se hizo el análisis de espacios en la relaciones de consumo donde la autonomía de la voluntad y el acuerdo de partes se vio sobrepasado por los contratos que impone un proveedor con un mayor poder económico, esto hace que el carácter tuitivo que le ofrece el Estado al consumidor sea analizado ya desde una óptima más proteccionista o una que considere que la libertad de mercado puede hacer que las relaciones de consumidor se regulen solas. Esto repercute definitivamente en los dispositivos legales como el Código de protección y defensa del consumidor, pues el amparo que brinde la ley al consumidor en estos casos dependerá de cuál es la guía que tenemos para determinar su comportamiento.

1.4.3 Justificación Legal

- Constitución política del Perú
- Código de protección y defensa del Consumidor Ley N° 29571

1.4.4 Justificación técnica

Se contó con las herramientas técnicas adecuadas para realizar la investigación tales como *software* Word office 2016 y Prezi. De igual forma, se contó con instrumentos como lap-top, impresora y scanner y finalmente se contó con los libros tantos en versiones digitales como en versiones físicas que son el sustento de la presente investigación.

1.4.5 Viabilidad

En relación a la viabilidad de la investigación se contó con viabilidad económica, bibliográfica, técnica y metodológica para la realización del presente trabajo. Pues existe información bibliográfica en formato digital tanto como físico, disponible en internet.

La Viabilidad técnica estuvo asegurada a través del soporte de *hardware* y *software*, ya que se contó con una lap-top que permitió realizar el trabajo, así como los programas de redacción y lectura de texto.

Finalmente, para la viabilidad metodológica se contó con un asesor de tesis el cual guio a nivel metodológico la realización de la presente investigación.

1.5 Objetivos

1.5.1 Objetivo general

- Determinar la deficiencia del estándar de consumidor razonable en la protección del consumidor al celebrar contratos masivos.

1.5.2 Objetivos específicos

- Analizar si resulta lesivo para los derechos fundamentales aplicar el standard de consumidor razonable cuando el consumidor celebra contratos masivos.
- Identificar si existen óbices para la aplicación del standard de consumidor razonable en el mercado y la sociedad en relación a la celebración de contratos masivos

- Indicar los fundamentos jurídicos que toma el legislador para aplicar el estándar de consumidor razonable en todas las relaciones de consumo.

1.6 Hipótesis

Se plantea el siguiente enunciado.

El estándar de consumidor razonable es deficiente para la protección del consumidor en los contratos masivos.

1.7 Variables e Indicadores

- V.D. El Standard de consumidor razonable en el código de Protección y Defensa del Consumidor.
- V.I. Los Contratos masivos en la legislación de protección al consumidor peruano.

1.8 Tipo y Diseño de Investigación

1.8.1. Tipo y Nivel de Investigación.

- Tipo de investigación, Dogmático o Formal.
- Nivel de la investigación, Descriptivo.

1.8.2. Diseño de la Investigación

- No experimental, retrospectivo de corte transversal.

1.9 Metodología de Investigación

La presente investigación fue de acuerdo al tipo de investigación una de características jurídica-descriptiva. Asimismo fue cualitativa porque se utilizó el método inductivo que consiste en aplicar de manera pura el método analítico al tema jurídico; este consiste en descomponer en tantas partes como sea posible de lo particular a lo general.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

Las investigaciones que se especializan en protección al consumidor y su relación con los contratos masivos que se usaron como antecedentes y fuentes para la presente investigación fueron las siguientes:

2.1.1 La desprotección del consumidor frente a las ventas agresivas, la imitación insuficiente de la normativa europea

Cuya autora es Karina del Pilar Tafur Asenjo, esta investigación fue hecha para optar el título de magister en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el año 2012, de esta forma Karina realiza una investigación comparada donde valora la legislación europea frente a las ventas agresivas (específicamente en venta de servicios vacacionales) y las compara con la protección que debe de otorgarse al consumidor.

Uno de los planos que aborda de es la relación del consumidor con los contratos masivos (contratos de adhesión, contratos con cláusulas generales) que evidentemente se encuentra emparentado con la contratación masiva, así ubica al origen de eliminación de la voluntad del consumidor para contratar- citando a Bullard y Soto- *“ya que a ausencia de negociación de los términos del contrato y, consecuentemente, la reducción de los costos de transacción involucrados en la contratación -negociación y suscripción-. Estas características particulares de la contratación masiva, si bien atienden a la*

*necesidad de agilizar el flujo en el intercambio de productos y servicios que se lleva a cabo en el mercado*²⁵. Así la publicidad agresiva es la primera parte para la firma de un contrato de adhesión o de un contrato de hecho, el cual no garantiza al consumidor la regulación del contrato sino solamente la prestación del servicio o la entrega del bien requerido.

Para alcanzar un mayor número de consumidores las empresas recurren a estrategias de marketing las cuales puedan asegurar una venta masiva que evidentemente terminará con la firma de contratos masivos, los cuales – como dice la autora- se cristalizan a través de *“la promoción de ventas consiste en emplear instrumentos de incentivos para estimular rápidamente la adquisición de determinados productos o servicios”*²⁶ por lo que nos encontraríamos ya en medio de dos esferas del derecho del consumidor, pues la autora abarca que las ventas agresivas también se encuentra enmarcadas en la competencia desleal tanto como en la protección al consumidor.

Por ello, es necesario tener en cuenta el carácter tuitivo de que blindo al consumidor, pues la búsqueda de legislar adecuadamente las ventas agresivas no pasa solamente por asegurar la no existencia de competencia desleal entre los proveedores, sino que busca garantizar en cuál de los dos ámbitos se puede proteger de mejor forma al consumidor, por lo que resulta evidente que esto se producirá en el campo del derecho de consumidor. Finalmente, concluye que no se trata de una suerte de asimetría informativa lo vulnera el derecho del consumidor, sino que estaríamos frente a un mecanismo que al ser

²⁵ TAFUR ASENJO, Karina, *“La desprotección del consumidor frente a las ventas agresivas, la imitación insuficiente de las normas europeas”*, 2012, Pág. 17

²⁶ *Ibíd.* Pág. 26

tan rápido en el empleo de mecanismos de negociación no permitiría al consumidor poder percibir una situación desventajosa al momento de contratar.

2.1.1.1 La posición de la autora frente a los contratos de adhesión y/o con cláusulas generales en los contratos masivos.-

Se recurrió frente a la necesidad de conocer cuál era la posición de la Autoridad de Consumo (INDECOPÍ para estos efectos) la opinión de alguien que conocía directamente cómo se desarrolla el proceso a nivel administrativo, es así que la abogada Tafur Asenjo trabaja en el INDECOPÍ, su aporte resultó valioso, no sólo en forjar un mejor panorama para la investigación, sino también en determinar el criterio que tiene la Autoridad de Consumo en estos casos.

De esta forma la presente investigación se encontró que durante el desarrollo de este antecedente se señala la existencia de dos puntos de vista que se someten no sólo a discusión doctrinaria, sino también a discusión jurisprudencial: por una parte se encuentra el criterio de ubicar al consumidor como la parte débil de la relación de consumo (posición que se asume en el presente trabajo) y del otro lado la posición de tener al consumidor en situación igual a la del proveedor, toda vez que para poder realizar su elección para un servicio o producto lo podrá hacer entre varios proveedores (los cuales le ofrecen diferentes condiciones que se ajustan mejor a su necesidad) y por otro lado el consumidor debe de alcanzar un grado de información necesario que pueda hacer que la adquisición del bien o del servicio no implique un menoscabo en su derecho²⁷. Es así que la autora determina que en su *“condición de miembro del órgano técnico del máximo operador jurídico en*

²⁷ *Ibíd.* Pág. 19

*sede administrativa a nivel nacional en materia de protección al consumidor, resultaría inconexo con nuestra labor diaria y nuestra experiencia fáctica considerar que los seres humanos sólo requieren suficiente información para adoptar una decisión de consumo adecuada, razonable y eficiente, pues la realidad dista de ello*²⁸. En resumen la autora comprende que existe una situación de asimetría en la celebración de contratos masivos debido no sólo a cuestiones contractuales, sino también a factores tales como idiosincrasia, educación, desconocimiento de las herramientas individuales y colectivas para la realización de un reclamo.

Bien para diferenciar básicamente a ambos contratos la autora expone básicamente la regulación que existe en nuestra legislación tanto para los contratos con Cláusulas Generales de Contratación y luego aquellos conocidos como contratos de adhesión. A fin de poder esbozar a grandes rasgos su diferencia (la cual ha sido abordada en otro capítulo en la presente investigación) encontramos que en el caso de las relaciones de consumo donde se firmen contratos con cláusulas generales de contratación, éstas se encuentran reguladas por el organismo regulador correspondiente (SBS, SMV, etc.); sin embargo, las cláusulas que no sean aprobadas por parte del ente regulador sí están sujetas a la aprobación del consumidor y son aquellas él mismo puede- en su desconocimiento o llevado por concepto construido a partir de la persuasión del marketing a adquirir- lo cual lo convertiría en la práctica en un contrato por adhesión, tal como lo señala la autora *“herramientas empleadas en la contratación masiva no tienen que ser necesariamente excluyentes, pues la principal diferencia entre ambas es*

²⁸ *Ibíd.* Pág. 21

únicamente el control previo de la autoridad administrativa respecto al contenido de las Cláusulas Generales del Contrato (en adelante CGC), tratándose de servicios regulados. Teóricamente, una vez aprobado un paquete de CGC, las demás condiciones que constituyan el contrato podrían negociarse, pero operativamente, estas podrían integrar un contrato de adhesión, como de hecho ocurre en los servicios financieros, por citar un ejemplo²⁹.

2.1.1.2 Los contratos que prestan servicios vacacionales y su relación de protección con el consumidor.-

La autora en este punto determinó cuáles los aspectos más relevantes sobre el contrato de prestación de servicios vacacionales, su relación con el marketing (esta idea se desarrolló como parte de la publicidad masiva que los consumidores adquirieran un servicio barato con reglas muy generales de contratación) y de la mano con nuevo tipo de contrato denominado *“Interval ownership” o propiedad a intervalos, por la que existiendo un derecho real de propiedad, éste no es absoluto, sino que se encuentra circunscrito a la multipropiedad en forma temporal, hasta que cumplido el número de años pactados por todos los adquirentes el inmueble pasa a ser una simple copropiedad³⁰*. De aquí que esta modalidad de contrato sumada a la precesión que ejercía el marketing del servicio obtuvo resultados de ganancias a gran escala, pero que dejaron en muchas ocasiones sin satisfacer a los consumidores, esta figura contractual otorga un abanico de obligaciones y derechos al consumidor, donde no se hace acreedor de ningún derecho real de

²⁹ *Ibíd.* Pág. 24

³⁰ *Ibíd.* Pág. 31

propiedad, por lo que el consumidor se ve en un limbo donde en términos de nombre se aplica un figura denominada multipropiedad, pero en los hechos se aplica un esquema similar a la de la copropiedad; sin embargo, esta “copropiedad” es temporal y dura el tiempo que el consumidor se encuentre de vacaciones.

Existe un promotor de alojado en el país de salida del consumidor el cual otorga la membresía ésta es ofrecida a través de una estrategia de persuasión, la cual como menciona la autora es *“una invitación al consumidor para una reunión informativa de carácter informal donde es agasajado gratuitamente (alimentos, bebidas, etc.) y en la que se le explican en forma muy persuasiva, por largos periodos de tiempo –e incluso por varias personas distintas-, los “beneficios” del producto ofrecido”*³¹. Originando así que tras la firma de un contrato con cláusulas establecidas de forma unilateral y bajo la presión ejercida promotor se celebre un contrato que no cuenta cumple con las características ofrecidas y que peor aún si el consumidor desea desafiliarse del pago de la membresía o una vez en uso el servicio considera que no lo satisface no pueda hacerlo sin el pago de fuertes penalidades.

2.1.1.3 El criterio del uso de consumidor razonable como estándar para el análisis de ventas agresivas.-

La autora desarrolló jurídicamente la figura en la que el concepto de multipropiedad para la aplicación de servicios vacacionales, el cual llega a los consumidores a través de una serie de herramientas de publicidad agresiva que buscan enganchar al consumidor a la adquisición de dichos productos.

³¹ *Ibíd.* Pág. 52

De esta forma, tanto para la Autoridad de Consumo como para el Código de Defensa y Protección al consumidor, el consumidor deberá de mantener en la celebración de todos estos contratos una actitud diligente y razonable la cual se basa en el estándar de consumidor razonable, donde de forma copulativa asistente dos supuestos: primero que el consumidor actúe con diligencia debida en la adquisición de un servicio y segundo que esa diligencia aplicada sea de tal suerte que se ajuste a un parámetro de razonabilidad. Este parámetro podría aplicarse siempre y cuando nos encontremos frente a una relación de consumo donde se aplique reglas claras (basadas en la oferta y la demanda); sin embargo, *“cuando dicha relación es constituida a través del empleo de prácticas comerciales desleales agresivas, resulta inadecuado aplicarles el estándar de consumidor razonable. Ello, en tanto que el uso de estas prácticas pretende la anulación de la voluntad del consumidor para la consolidación de la relación de consumo, sin que la omisión de información relevante constituya una herramienta necesaria para el logro de tal objetivo”*³².

De esta forma llegamos a la conclusión de que en el caso de existir prácticas desleales que no permitan al consumidor asumir una posición en la cual pueda defender su derecho o por lo menos tener un abanico de mayor información sobre el producto o servicio que está adquiriendo debe de tenerse en cuenta que el criterio del estándar de consumidor razonable no podría aplicarse.

Concluye así que el rol de la información es importante pero en figuras contractuales que de por medio tengan estrategias de ventas agresivas el estándar a valorar debe de ser otro: *“pues si en los orígenes del derecho de la protección al consumidor la figura abusiva a contrarrestar era la asimetría*

³² *Ibíd.* Pág. 76

informativa, el día de hoy podría decirse que nos encontramos ante una figura distinta, donde la carencia de información no juega un rol preponderante -pues en casos como los de las ventas agresivas la información es prestada incluso en exceso-, sino el empleo de métodos de negociación que coloquen al consumidor en una relación de consumo que de otro modo no hubiera pactado”³³.

Finalmente, la autora concluye que frente a la existencia de servicios sujetos a estrategias de ventas agresivas el consumidor debería de tener las siguientes prerrogativas: *“La introducción en la legislación el derecho de desistimiento como una facultad exclusiva del consumidor, derogando lo relativo al derecho a la restitución. Su racionalidad radica en que luego de celebrada la contratación, el consumidor pueda desvincularse de la relación de consumo, luego de haber atendido sin presión de ningún tipo a las condiciones económicas que se le imponen. El lapso de siete días conferido al derecho a la restitución, parece adecuado también para el ejercicio del derecho de desistimiento”³⁴.*

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.* Pág. 108

2.1.2 “Patologías y los remedios del contrato”

Durante esta investigación el autor Rómulo Morales Hervias, para obtener el grado de Doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, el autor analiza los diversos tipos contratos, entre ellos el contrato de consumo, a fin de determinar las diversas patologías que presenta.

2.1.2.1 La clasificación del contrato de consumo como sub especie de contrato.-

Para el autor que sirvió con su aporte como antecedente de la presente investigación el contrato de consumo presenta serias deficiencias así desde su definición en artículo 45° del Código de defensa y protección al consumidor deberá de tenerse en cuenta ciertas características: “Incorrectamente se señala que el contrato tiene por objeto una relación jurídico patrimonial. El objeto del contrato de consumo no está compuesto por consecuencias jurídicas³⁵” Así esta sub especie del contrato no tiene una organización adecuada toda vez que su estructura dentro de la organización del acto jurídico no presenta un orden adecuado, toda vez que como lo comenta el autor:” *la relación jurídico patrimonial no se produce jurídicamente antes que el contrato de consumo. Es, incorrecto decir que la relación jurídico patrimonial nace antes que el contrato de consumo salvo que se vea el mundo al revés*”³⁶.

De esta forma para el autor nos encontramos ante una figura que no presenta una formulación adecuada o esta formación ha sido dada a fin de que se tenga

³⁵ MORALES HERVIAS, Rómulo, “*Las patologías y los remedios de los contratos*”, tesis para optar el grado de Doctor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, Pág. 269.

³⁶ *Ibíd.*

en cuenta una relación jurídica que produzca un mejor marco para que las relaciones de consumo sean de mayor beneficio para la el proveedor, haciendo así que la sola existencia de dicho contrato ya tenga de por medio una suerte de base que permita la posterior eliminación de parte de la libertad contractual del consumidor, así incluso existe un problema en tanto el origen de la fuente de la obligación: *“La adquisición de la riqueza no se produce con el nacimiento de la obligación sino con el cumplimiento y, esto es, con la ejecución de la prestación. Por ello, se prefiere decir que la obligación nace, deriva de una “fuente”, en lugar de decir que la obligación se adquiere. Es claro que solo cabe referirse a la adquisición de productos y no a la adquisición de servicios. Los servicios no se adquieren, sí los productos”*³⁷.

2.1.2.2 El tratamiento de las cláusulas vejatorias en los contratos de consumo.-

En este punto debemos señalar que el autor ha determinado que las cláusulas vejatorias en los contratos de consumo dificultan la existencia una adecuada protección al consumidor de esta forma: *“los criterios de las cláusulas vejatorias cuando se quebrante las reglas de la buena fe y se produzca una desventaja desproporcionada. Esto último se produce cuando el contrato con condiciones generales haya derogado las normas del Código Civil y ponga en peligro la finalidad del contrato”*³⁸.

De ahí que el análisis que debemos tener de las cláusulas vejatorias debe de hacerse en un fino tratamiento toda vez que en los contratos de consumo al mermar las capacidades que tiene el consumidor se debe de tener en cuenta

³⁷ MORALES HERVIAS, *Óp. Cit*, Pág. 275.

³⁸ *Ibíd.* Pág. 280.

que dicha merma impide que el consumidor tenga mejores condiciones para negociar el contrato, por lo que las cláusulas vejatorias: *2En particular, la protección del contratante débil no permite adoptar el instrumento de la nulidad, en su concepción clásica, porque el contratante débil podría ser dañado, si otro, económicamente más aguerrido, decidiese dejar sin efecto el contrato. De aquí los intentos del legislador, especialmente en ocasión de la leyes especiales, de construir una nulidad, con finalidades protectoras, con legitimación exclusiva a favor del solo contratante débil, para que el otro no pueda a su vez paralizar el contrato o invoque la invalidez aquellas cláusulas con invalidez³⁹.*

De esta forma podemos concluir que el autor determina que los contratos de consumo son una especie la cual deja abierto, por su estructura, la aparición de condiciones vejatorias para el consumidor, así esta consideración no permite que el consumidor pueda ejercer adecuadamente su derecho, por lo que es necesaria la protección estatal a fin de establecer condiciones claras y un nivel de protección alto para que el consumidor no se vea afectado en dicha relación.

³⁹ *Ibíd.* Pág. 286

2.2 Bases Teóricas:

A continuación se desarrolló las principales teorías que sustentaron la presente investigación.

2.2.1 La necesidad de proteger al consumidor a través del Estado.-

Uno de los puntos en los cuales se buscó hacer mayor incidencia en la presente investigación fue el de esbozar en primer lugar el derecho del consumidor, si bien este derecho está reconocido en nuestra Constitución, nuestra legislación tuvo que buscar mecanismos diversos para poder aterrizar la aplicación de este derecho en circunstancias concretas, por ejemplo: la celebración de contratos masivos o lo contratos con multipropiedad (desarrollados antes). En esa búsqueda se ha encontrado un cuerpo normativo que protege al consumidor frente a cualquier abuso, pero a su vez también se ha encontrado en la Autoridad de Consumo una postura que de establecer un estándar que permita encontrar no sólo la posible afectación a este derecho, sino también las condiciones necesarias para que se ese derecho se defienda de forma adecuada, por ello, es que consideramos en primer lugar determinar de forma general cómo se hizo la incursión de este derecho dentro del abanico de derechos establecidos como los derechos humanos.

Tal como lo señala el profesor Juan Espinoza Espinoza el debate sobre el concepto de destinatario final, es decir *“es el que ocupa el último eslabón de la cadena de producción consumo. Se advierte; sin embargo, la presencia de*

*zonas grises en la que no es sencillo delimitar el valor del destinatario final*⁴⁰”.

De aquí que exista la necesidad de entender quién es el consumidor, desde un ámbito histórico, su desarrollo y su importancia, no sólo en su aplicación, sino también de desde el espíritu de la ley que lo originó.

Así pues los derechos fundamentales se definen como *“los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas y derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconoce este derecho*⁴¹”, como se mencionó antes nuestra Constitución reconoce el derecho de los consumidores, entendido no sólo desde la asimetría informativa que esta pueda implicar, sino desde un horizonte más amplio comprendiendo que la asimetría informativa forma parte como uno de los eslabones principales de la relación de consumo, pero que no es en su totalidad la aplicación del derecho en sí. Así de esta forma se unen otros puntos más a la aplicación del derecho como la libertad contractual, la buena fe por parte tanto del proveedor como del consumidor (que en este caso sería un derecho-deber) y el derecho a retractarse. Estos aspectos antes tomados en cuenta forman parte integral del derecho del consumidor, por lo tanto no sólo basta con que este pueda informarse antes de la adquisición de un producto o un servicio, sino también es necesario que se contemplen las demás aristas de este derecho.

¿Por qué identificar al derecho del consumidor en un margen más amplio que el netamente informativo?

⁴⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Óp. Cit.*, Pág. 22

⁴¹ CHAMAMÉ ORBE, Raúl, *“Lecciones de Derecho Constitucional”*, 1era edición, Lima, Lex & Iuris Editorial, 2015, Pág. 182.

Existe dentro de la gama de derechos fundamentales una serie de derechos conocidos como derechos difusos, de esta forma fue necesario para la presente investigación enmarcar el derecho de los consumidores en función a su naturaleza.

2.2.1.1 La naturaleza difusa del derecho del consumidor.-

Como antesala se desarrolló la idea del derecho de los consumidores, la necesidad de proteger al consumidor como parte de última de la eslabón de la cadena productiva, también en los antecedentes desarrollados se planteó la existencia de un derecho de los consumidores enmarcado dentro del derecho constitucional, para este fin nos remitimos al artículo 65° de nuestra Constitución que dice: 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 parte de los comentarios hechos durante el desarrollo de esta tesis, se dejó en claro la idea de garantizar la información del consumidor no sólo está centrada en suponer que el proveedor debe de otorgarle el información “adecuada” al consumidor, sino que esta información debe de ser el colofón de la aplicación de una serie de razonamientos, así por ejemplo se deberá de tener en cuenta la posibilidad de contratar sin cláusulas lesivas, la buena fe, el manejo que pueda tener el consumidor de la información brindada en relación a su conocimiento, educación e idiosincrasia.

Durante el desarrollo de la descripción del problema se mencionó que debido al aumento del consumo se produjo un aumento en la celebración de contratos

para así brindar mayores servicios y vender más productos, estos evidentemente tenían que pasar por un proceso de simplificación para así poder disminuir los costos de transacción, por ello, como lo señala el profesor Chamamé Orbe, *“los contratos se reproducen con mayor intensidad como reflejo de la necesidad creadora mental y de fuerza de los factores socio-económicos⁴²”*, de esta manera las reglas que el consumidor tiene para firmar contratos se ven limitadas, estas consideraciones se han explicado de forma más abundante en otro capítulo de esta tesis; sin embargo, es menester destacar que la flexibilidad de los contratos ha servido también para que las transacciones puedan efectuarse de manera más barata y así producir un mayor bien en los consumidores, pero es necesario que frente a la posibilidad de que el proveedor pueda hacer un abuso de su posición de ventaja se requiera la intervención del Estado, así este *“interviene para evitar que cláusulas contractuales sean impuestas unilateralmente por los productores y vendedores a los adquirientes de bienes de consumo para usos propios⁴³”*. Por ende a fin de que el Estado, único ente que puede garantizar el cumplimiento de los derechos debe de exigir que el proveedor tenga cumpla cierta diligencia, tal como lo explica el profesor Chamamé Orbe, *“las cláusulas abusivas es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa un detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales⁴⁴”*, es decir, que el proveedor tiene a su cargo la elaboración de estos, pero no se encuentra frente a una facultad sin límites en la cual pueda establecer sólo las reglas que crea conveniente, sino que se encuentra sujeta a la revisión por parte del Estado en beneficio del consumidor.

⁴² *Ibíd.* Pág. 234.

⁴³ *Ibíd.* Pág. 235.

⁴⁴ *Ibíd.*

Es así que comprendemos la naturaleza del derecho de los consumidores dentro de los derechos difusos, toda vez que como lo menciona Torres Vásquez, *“los derechos del consumidor son concebidos, estructurados y tutelados sobre la base de su dimensión social, colectiva: interés colectivo (ejemplo interés a contar con un adecuado servicio público)”*⁴⁵. Esta visión del derecho de los consumidores nos permite entender que cuando se afecta el derecho a través del establecimiento de las cláusulas abusivas, pues quienes son afectados son una serie de consumidores los cuales acuden al mercado a adquirir un bien o un servicio.

2.2.1.2 El contrato de consumo como sub especie en las relaciones jurídicas.-

Uno de los puntos neurálgicos que tuvo la investigación fue la determinar qué se entiende por relación de consumo en relación a los actos jurídicos o para ser más precisos dentro del negocio jurídico. Así, si bien es cierto que la doctrina ya tiene un punto de vista sobre este tema fue necesario hacer un hincapié, para que al momento de encajar la figura del lesión que produce la deficiencia materia de hipótesis se tuviera ampliamente desarrollado por qué el consumidor es la parte débil de esta relación y por qué su condición particular requiere de un cuidado especial dentro de nuestra legislación.

Así pues, para establecer las características principales del contrato es necesario tener en cuenta que son centros de intereses, tal como lo refiere Torres Vásquez: *“el contrato un acto o negocio jurídico por cuanto con él las partes autorregulan sus intereses patrimoniales, pero se distingue de otros actos jurídicos patrimoniales, sobre todo por la necesaria presencia de dos o*

⁴⁵ TORRRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Óp. Cit.*, Pág. 41.

*más partes*⁴⁶". Por lo tanto, nos encontramos frente a la primera característica que común tanto en los contratos y las relaciones de consumo: tenemos presentes dos o más partes las cuales son a la vez centros de interés.

Sin embargo, una primera diferencia que se encontró en el análisis de este contrato es que para la formulación de todos estos se requiere a) la voluntad de celebración y b) la estipulación del contrato a fin de determinar los efectos jurídicos⁴⁷, para ambas partes; sin embargo en los contratos de consumo, el proveedor es la única parte que ejerce ambas facultades, mientras que el consumidor sólo ejerce la voluntad de celebración, de esta forma el consumidor no estipula la reglamentación del contrato debido a razones económicas. Si bien el artículo 45° del Código de Protección y defensa del consumidor mantiene un concepto del contrato de consumo fue necesario el aterrizaje de la idea a fin de establecer un mejor panorama que dirija a encontrar el espíritu con el cual el legislador redactó dicho artículo, más allá de las críticas que pueden establecerse contra el Código por indicar que sólo favorece a los empresarios insertos en el mercado en detrimento de los consumidores es necesario el análisis de esta figura, toda vez que convivimos con ella. Así Morales Hervias reconoce los siguientes puntos en el contrato de consumo:

- a) Se reconoce de ante mano la existencia de una relación jurídico patrimonial en la cual se encuentran presentes dos sujetos un proveedor y un consumidor. Sin embargo, esta categorización establecida en el código no establece los elementos y requisitos para la existencia de dicho contrato.

⁴⁶ TORRES VASQUEZ, Aníbal, *"Teoría General del Contrato"*, Tomo I, 1era edición, Lima, Pacífico Editores, 2012, Pág. 19.

⁴⁷ MORALES HERVIAS, Rómulo, *"Las patologías y los remedios de los contratos"*, tesis para optar el grado de Doctor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, Pág. 269.

b) Se reconocer la existencia de un intercambio patrimonial el cual se produce por el intercambio de un monto de dinero ya sea por la adquisición de un bien o de un servicio⁴⁸.

Finalmente, de acuerdo a la doctrina estudiada se agrega también el siguiente literal:

c) Encontramos que el consumidor es la parte final de todo un proceso productivo donde éste cierra dicha cadena, por lo tanto es la parte que recibe el producto final para consumirlo. Este hecho implica también que tenga un menor conocimiento, ya que no pudo establecer algunas características principales cómo por ejemplo ciertos cuidados en el proceso de producción y sólo se obtiene un producto final con ciertas características.

De esta forma se origina la asimetría informativa, la cual en desmedro del consumidor puede ocasionarle problemas, toda vez que no obtiene un servicio o un bien que satisfaga su expectativa, así predomina dentro del contrato del consumo una serie de reglas pre establecidas, así también como la sanción de estas cláusulas lesivas para el consumidor siempre y cuando sean vejatorias⁴⁹.

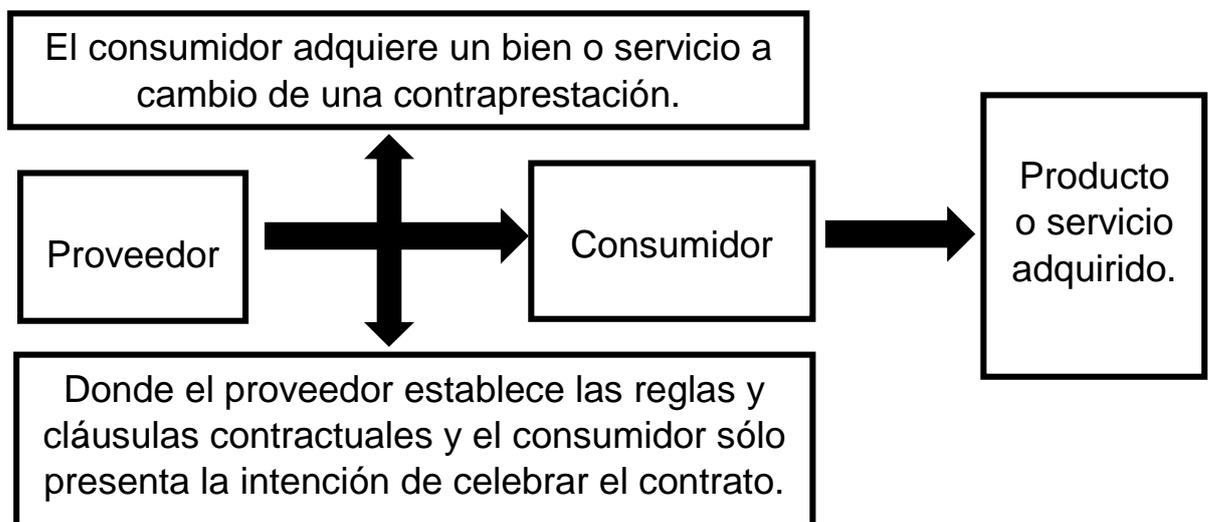
Por lo tanto, nos encontramos frente a una figura diferente la cual reviste de características especiales la cuales tienen que coincidir para formar parte de un modalidad de contratación como lo es el contrato de consumo, así por ejemplo: si se desea comprar un helado, en una tienda de una cadena de heladerías a nivel nacional, yo adquiero un producto final con un

⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 274.

⁴⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, "Contratación Masiva", Pág. 52.

determinado precio y con determinadas características, pues en ningún momento no se pudo negociar el precio del helado, el tipo de leche que debería llevar el helado, la procedencia de la fruta para mezclarla y sólo se obtuvo un producto final el cual será consumido.

De esta forma podemos hacer una mejor precisión de nuestro Diagrama N° 01 el cual explicaba parte de la relación de consumo y adicionar algunas nuevas características en nuestro Diagrama N° 02⁵⁰:



La pregunta a responderse fue entonces qué ocurre cuando estos contratos ya no son la simple compra de un helado, sino que intervienen cláusulas generales de contratación o se convierte en un contrato de adhesión por presentarse características más complejas en la prestación del servicio.

⁵⁰ Diagrama N° 02 de elaboración propia.

2.2.2 Diferencias entre el contrato de consumo convencional y los contratos masivos con cláusulas generales de contratación o contratos de adhesión masivos:

A continuación detallaremos cuáles son las principales diferencias que encontramos entre un contrato de consumo convencional y los contratos que presenten cláusulas generales de contratación o aquellos contratos de adhesión masivos.

2.2.2.1 Los Contratos de adhesión y los contratos con cláusulas generales.-

Los contratos masivos, de un uso tan vigente hoy gracias a la compra y adquisición de servicios se han multiplicado debido a la producción masiva que requieren las personas. Sin embargo, nuestra legislación ha implementado muchas veces estas figuras teniendo en cuenta algunos aspectos en los cuales se busca deliberadamente brindar al proveedor las condiciones del establecimiento de las cláusulas o reglas del contrato a fin de evitar mayores costos de transacción y de esta forma permitir el acceso a mejores precios y con mayor rapidez de los productos y/o servicios. Así cada vez que nos encontramos frente a situaciones para adquisición de estos con mayor complejidad la elaboración de los contratos se encuentran enmarcados en reglas más complejas o que impongan una mayor diligencia por parte de los consumidores a fin de conocer sus obligaciones, alcances y beneficios, por ello, resulta indispensable saber qué ocurre cuando, por ejemplo, adquirimos un servicio de telefonía o adquirimos una tarjeta de crédito, pues la totalidad de estos contratos se encuentran ya con cláusulas insertas, las cuales

evidentemente no fueron negociadas y fueron previamente establecidas por el proveedor, para este fin analizaremos dos tipos de estos contratos:

a) Contratos de consumo que contengan cláusulas generales de contratación:

En este punto fue menester destacar que estos contratos se encuentran en su mayoría redactados por el proveedor quien determina qué cláusulas deben de integrarlo y se adecuarán a diversos cambios dependiendo de la situación en particular, pero mantendrán en esencia lo estipulado en dichas cláusulas, así *“ sin negociación particular, concebidas con el carácter de generalidad y abstracción, con el fin de regular el contenido contractual que servirá de marco normativo de futuro contratos particulares, con elementos propios⁵¹.*

De esta forma, el conjunto de características que cubren a este tipo de contrato tales como el contenido parcial los cuales de forma obligatoria llegan a ser partes del contrato, así estos se convierten en uniformes, pues pesar dejar un espacio para especificar una serie de cláusulas determinadas, de aquí esta uniformidad sea parte de todos estos contratos, pero como bien lo detalla Torres Vásquez: *“son abstractas por no estar referidas a un contenido contractual específico, sino que pasarán a formar parte del contenido de una pluralidad de contratos que el predisponente (redactor) celebre en un futuro. En otros términos, no se refieren al*

⁵¹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *“Contratación Masiva”*, Pág. 148.

contenido de un contrato en específico, sino al contenido de una serie de contratos futuro⁵²”.

Por ello se planteó la pregunta, ¿cuán lesivos pueden llegar a ser para el consumidor?

Si bien es cierto que el Código civil señala la necesidad de la aprobación administrativa de acuerdo al artículo N° 1394 por la autoridad administrativa, vale decir que previamente, antes de la formulación de un contrato, éstas cláusulas deben pasar por el filtro de la autoridad, una vez ocurrido esto al momento de insertarse en el contrato en sí, que contiene la promoción dirigida al consumidor, es suficiente que sean conocidas por éste, pero no es necesario que sepa su contenido⁵³. De aquí que para el control eficiente de cualquier prestación de servicio el Estado ha creado una diversidad de organismos reguladores como lo son OSINEGMIN (Organismo supervisor de la inversión en Energía y Minería), SUNASS (Superintendencia Nacional de servicios de Saneamiento), OSIPTEL (Organismo supervisor de la inversión privada en telecomunicaciones), entre otros. Por lo tanto, y en apariencia cláusulas cuentan con la aprobación estatal a través de los organismos reguladores protegiendo de esta forma a los consumidores como la parte final de la cadena de consumo.

Sin embargo, podemos observar que nuevamente su condición merma la capacidad contractual de una de las partes, haciendo que el conocimiento de lo determinado en el contrato no sea explícito del todo, por lo que nuevamente el Estado plantea equilibrar la asimetría informativa en la que

⁵² *Ibíd.* Pág. 151.

⁵³ *Ibíd.* Pág. 156

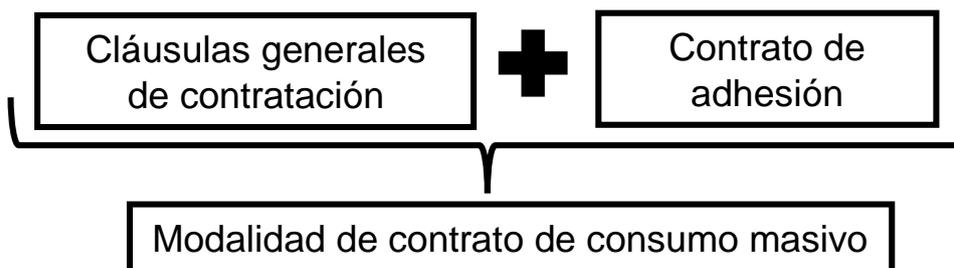
se encuentra el consumidor a través de la regulación de estas cláusulas, si bien por razones vinculadas a la eficacia del mercado estas cláusulas serían engorrosas de conocer por parte de todos los consumidores la exigencia de un estándar de consumidor razonable que opere con diligencia resulta una suerte de categorización la cual debe de estar sujeta a la realidad en la que convivimos donde la especialización o por lo menos en nivel de búsqueda de información es nulo o muy básico. Haciendo de esta forma que la firma de contratos, por más intervención regulatoria que tengan, una desequilibrio en la relación de consumo.

b) Los Contratos de consumo que contienen cláusulas de adhesión:

Nos encontramos ante un nuevo panorama donde los contratos se vuelven un figura mixta, pues por una parte tenemos que los contratos con cláusulas generales de contratación son aplicados a contratos de adhesión y que estos son incorporados a la modalidad del contrato de consumo. De esta forma tenemos dos partes:

- La primera, que contiene las cláusulas generales de contratación (ya se ha descrito sobre este punto)
- La segunda, que contiene un contrato por adhesión determinado muchas veces en un formulario.

Para un mejor entendimiento se elaboró el Diagrama N° 03⁵⁴:



⁵⁴ Cuadro de Elaboración propia.

Para una definición más precisa, Torres Vásquez concluye: *“En los actos concluidos por adhesión o mediante cláusulas generales de contratación no hay acuerdo de voluntades, por tanto, no son contrato sino actos unilaterales que dictan su ley a la cual se someten los adherentes. Para unos autores son de naturaleza normativa semejante a la normal legal, y para otros son derecho consuetudinario que prevé un contenido uniforme para todos los actos que celebre el predisponente con sus clientes⁵⁵”*. Partiendo de este supuesto nos encontramos también que los contratos de adhesión suprimen la voluntad de negociación del adherente, quien se somete a lo preestablecido por el predisponente.

Esta aplicación se realiza sobre diversos contratos de forma tal que uniformiza la relación que vaya a tener el consumidor con la empresa que le presta o vende un servicio o producto, así los consumidores se encuentran en relaciones más o menos similares en relación a la “celebración” de estos contratos, dando así una mayor facilidad para su suscripción y colocando al consumidor dentro de una posición: aceptar la fuerza vinculante de lo dispuesto por la parte fuerte de la relación o no tomar el servicio. Sin embargo, esta limitación muchas veces trae consigo la necesidad apremiante de obtener un servicio, pero de no poder pagarlo⁵⁶.

De aquí que nos encontremos ante una situación relativamente nueva, el uso de formularios donde se muestra al consumidor las cláusulas a las cuales se someterá (de ahí que deba de tener mucho cuidado frente a su lectura, pero que no tenga la capacidad de poder negociarlas), así esta operación se

⁵⁵ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *“Contratación Masiva”*, Pág. 139.

⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 134

convierte en un acto unilateral, el cual ha sido objeto de mucho debate, pero que no deja de ser una herramienta necesaria para la suscripción de este tipo de contratos, por ello, esta fórmula *“take it or leave it, en la que el adherente no elige el contenido material de su declaración, sino que éste aparece precisamente prefijado por el predisponente, quien debe proporcionar al eventual adherente toda la información sobre la idoneidad del bien o servicio que ofrece⁵⁷”*. Es aquí donde entra a regular la figura de la buena fe del predisponente quien, al tener todas las reglas de contratación bajo su elaboración, debe de usarla equilibrando esta capacidad con el fin de no perjudicar a los consumidores y permitir la aparición de cláusulas vejatorias, por lo que el contrato deberá de tener términos claros, comprensibles y de fácil lectura para los consumidores que convengan la suscripción del contrato por adhesión.

2.2.2.2 ¿Es necesaria la Protección de estatal los contratos masivos?.-

Como se ha desarrollado a lo largo de este capítulo el Estado ha establecido una serie de fórmulas para la protección del consumidor en estos casos, ya sea a través de la creación de entidades regulatorias o a la creación de códigos, como el de protección y defensa del consumidor, que permitan su protección. De aquí que en adelante el Estado reconozca que este tipo de contratos requieren de una diligencia especial para contrarrestar la facultad ilimitada que tiene el proveedor al momento de redactar el contrato y todas sus cláusulas, esta idea tiene centro en la naturaleza difusa de derecho de los consumidores, pues de esta forma se asegura que no se lesione su derecho;

⁵⁷ *Ibíd.*

sin embargo, es necesario preguntarse si las reglas establecidas por el Estado para la regulación de este tipo de contratos es la adecuada, si cumple de forma efectiva con la protección de los derechos en una realidad donde se interrelacionan no sólo no solo las normas sino también los aspectos sociales (educación, condiciones sociales e idiosincrasia).

De ahí que ha considerado que existe no sólo la obligación por parte del proveedor de establecer reglas claras en los contratos de consumo, sino también de informar de forma adecuada al consumidor y el consumidor se encuentra además de haber dejado la posibilidad de poder establecer las reglas de contratación por acceder a un servicio o producto más rápido y de forma más rápida en la obligación de leer diligentemente lo establecido en el contrato. Pero cabe preguntarse ¿En los contratos masivos con una mayor especialización de información debe de aplicarse los mismos criterios que con un contrato de consumo simple? Creemos que no, pues estos son susceptibles de fraude o de un mayor riesgo que implique una lesión a los derechos del consumidor.

El artículo 1398° del Código Civil Peruano establece la sanción por cláusulas vejatorias las cuales provengan de contratos con cláusulas generales de contratación o de contratos de adhesión. Así Espinoza Espinoza, citando a Guido Alpa identifica a las cláusulas vejatorias como: *“ un fenómeno dañino vinculado a la situación de disparidad socio-económica en la cual se encuentran los adherentes, sometidos a los abusos de quien detenta el poder de hecho de predisponer a su arbitrio la disciplina del contrato. La intervención pública dirigida a reprimir tales abusos es ahora constitucionalmente legítima y*

*también obligatoria, en cuanto está dirigida a tutelar una categoría débil*⁵⁸. Por lo que se concluye que el Estado tiene la obligación de proteger en estos casos mediante la sanción de cualquier tipo de estas cláusulas.

¿Qué ocurre con las cláusulas que forman parte de contrato pero que no se encuentran aprobadas por instancia administrativa? Estas cláusulas deben de ser explicadas al consumidor en un lenguaje sencillo y claro, haciendo que estas puedan ser entendidas por parte de este. Es evidente que el conocimiento de estas cláusulas se dará en el momento en el cual se perfecciona el contrato, por lo tanto *“vinculan al adherente las cláusulas generales conocibles al momento del contrato, y no las conocibles en un momento posterior. El adherente no puede quedar vinculado por cláusulas de las cuales sólo puede tomar conocimiento después de celebrado el contrato*⁵⁹”.

Así la clave para que se proteja al consumidor no sólo radica en el Estado pueda asegurar el equilibrio de las cláusulas generales de contratación dispuestas aprobadas por la autoridad administrativa competente, sino que también aquellas cláusulas generales a las cuales el consumidor se adhiere deban de ser explicadas y sean conocidas por parte del consumidor. Por lo tanto, nos encontramos ya en una fase donde el consumidor no sólo debe de conocer dichas cláusulas sino comprenderlas, por lo que la protección al consumidor ha dispuesto un estándar para determinar que el grado de responsabilidad que debe de tener el consumidor para comprender la información de estas cláusulas.

⁵⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Óp. Cit.*, Pág. 320

⁵⁹ TORRES VASQUEZ, *“Contratación Masiva”*, Pág. 170.

2.2.3 La asimetría en la relación de consumo, el estado de desventaja del Consumidor

En esta parte de la investigación se determinó cómo es que el Código de defensa y protección del consumidor dispuso el estándar que debe de tener el consumidor para el análisis de la información que obtiene en los contratos de consumo.

2.2.3.1 La aplicación del estándar de Consumidor Razonable en los contratos masivos.-

Como se ha hecho referencia durante el desarrollo de la investigación los contratos de consumo pueden variar de complejidad así la compra de una botella de gaseosa es un contrato de consumo, en la cual el consumidor adquiere un bien o un servicio, así esta sencilla compra se encuentra ya determinada por un producto definido y por una cantidad. Sería imposible ponernos a negociar el precio de la gaseosa de medio litro con Coca Cola. Este mismo razonamiento es el aplicado en otros contratos que por su misma naturaleza implican una mayor complejidad. Por ello, el análisis de esto debe de hacerse bajo la aceptación de ciertas condiciones las cuales permitan conocer al consumidor qué es lo que está suscribiendo, para ello, se ha establecido un estándar el cual se denomina: Consumidor razonable.

Este estándar de consumidor tiene la finalidad que el Estado proteja a aquellas personas que tienen una diligencia ordinaria al momento de suscribir contratos tal como lo explica Espinoza Espinoza: *“Existe identidad entre el parámetro de diligencia y el de consumidor razonable este descansa en el deber de información que el proveedor pueda brindarle de aquellos datos que son*

*relevantes para la elección del consumo*⁶⁰". Así la decisión que este tome se encontrará como principal fuente la información del proveedor.

De la misma forma Bullard considera que: *"No se protege a los consumidores razonables porque se considere que la mayoría de los consumidores lo sean (aunque creemos que la mayoría de consumidores sí actúan de manera consistente con la razonabilidad). Se les protege porque es un estándar diseñado a incentivar conductas consideradas adecuadas*⁶¹". De esta forma el estándar de consumidor razonable se vuelve una herramienta la cual está formulada para que todos los consumidores obren de una determinada forma y tengan una respuesta similar frente a cualquier contrato de consumo.

Por lo tanto en este aspecto el planteamiento de este estándar para el consumidor no es buscar el equilibrio por la asimetría producida, sino que *"debe evitarse es que en la contratación esa asimetría genere transacciones ineficientes, porque son tomadas sin una adecuada evaluación de costos y beneficios. Por ello, el objetivo no es la simetría informativa, sino la información adecuada, entendiendo por adecuada aquella cuya producción para el consumidor cuesta menos que los beneficios que genera*⁶²".

En conclusión, el problema del estándar del consumidor razonable pasa por señalar que existe sólo un problema de información el cual es solucionado a través de la información que se brinde al consumidor de esta forma el consumidor deberá de cumplir con la diligencia debida cualquiera de sus acciones sin que se tenga en cuenta otros parámetros para identificar su responsabilidad.

⁶⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Óp. Cit.*, Pág. 52

⁶¹ BULLARD, Alfredo, *Óp. Cit.*, Pág. 13

⁶² *Ibíd.* Pág. 35

2.2.3.2 La aplicación de un estándar de Consumidor especial en los contratos masivos.-

La complejidad de ciertos contratos masivos como por ejemplo los contratos de adquisición de servicios telefónicos, los contratos de adquisición de tarjetas de crédito, o aquellos que impliquen un mayor cuidado deben de estar sujetos a un criterio más amplio que permita que el consumidor pueda no sólo tener una información adecuada, sino que también obtenga una solución frente a la existencia de un complejo contrato en cuyas cláusulas no se haga una explicación adecuada o que el consumidor no pueda comprender debido a limitaciones en su educación o de carácter idiosincrático.

De esta forma, el consumidor se encuentra ante un panorama distinto frente a situaciones donde exista, por ejemplo, prácticas comerciales desleales las cuales induzcan a un error a un consumidor por más cuidado que tenga en leer las cláusulas del contrato, por ejemplo los contratos de venta de planes vacacionales tratados en esta investigación.

Por ello, qué ocurre cuando el consumidor se encuentra expuesto no sólo al análisis de la información que se pueda brindar, sino también frente a maniobras que busquen conducirlo al error o que no establezcan de forma clara el contrato e intenten a partir de ciertos incentivos imponer montos excesivos de pago a los consumidores o finalmente que el productos comprado no satisfaga la expectativa que se generó el consumidor.

De esta forma, el consumidor sólo se guía en la práctica por la publicidad que se le brinde en diversos medios de comunicación, de los premios o regalos que puedan ofertarle en una promoción por adquirir un bien o producto, así estas cláusulas u ofertas a las cuales se ve sometido el consumidor pueden acarrear

en la práctica a la existencia de una cláusula vejatoria, por lo que debe de permitirse al consumidor las siguientes facultades:

- Exoneraciones o limitaciones a la responsabilidad
- Facultad de suspender el contrato
- Facultad resolver el contrato
- Facultad de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones y la prohibición de una cláusula que prorrogue o renueve de forma tácita el contrato que le sea lesivo.

Tal como lo establece el artículo N° 1398 de nuestro Código Civil. Sin embargo, estas medidas son tomadas una vez celebrado el contrato, pero este hecho implicaría nuevamente llevar a un ámbito judicial o arbitral el contrato no permitiendo que se pueda proteger al consumidor al momento de identificar dichas cláusulas vejatorias.

Por ello, consideramos oportuno, tal como se ha considerado que los consumidores no se encuentren vinculados a estas cláusulas vejatorias⁶³, promoviendo un estándar que más se ajuste a nuestra sociedad dentro de su nivel educativo e idiosincrasia.

⁶³ TORRES VASQUEZ, Aníbal, *“Contratación Masiva”*, Pág. 37

2.3 Definición de términos:

- **ASIMETRÍA INFORMATIVA.**- Característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores⁶⁴.
- **ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.**- El Análisis Económico del Derecho es la aplicación del método científico, propio de la ciencia económica (incluyendo la estadística, teoría de precios, análisis costo-beneficio, costos de transacción, teoría de juegos, entre otras) al análisis y explicación del sistema jurídico. Lo que intenta el Análisis Económico del Derecho es responder a dos preguntas básicas sobre el sistema y las reglas legales: cuál es el efecto que una determinada regla legal tiene sobre el comportamiento de los individuos, y si ese efecto de la regla es o no socialmente deseable.

El Análisis Económico del Derecho es considerado por muchos como el desafío intelectual más importante dentro del estudio del Derecho en las últimas décadas, incorporando una nueva forma de estudiar los problemas jurídicos a través de la aplicación de los conceptos y las herramientas que entrega la teoría económica. Los conceptos económicos, dentro de esta perspectiva, se aplican para explicar y para clarificar cuestiones legales, ayudando a determinar cuáles son las estructuras de incentivos y desincentivos que generan diversas normas legales, pero ya no sólo en materia de antimonopolio y regulación, sino también referentes a una amplia gama de cuestiones consideradas de

⁶⁴ De conformidad a lo prescrito en el artículo IV del título preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor Ley N° 29571 y sus modificatorias que contiene las definiciones.

no mercado, como son la responsabilidad, los contratos, la justicia civil y criminal, los delitos y las penas, el derecho de familia, entre otras.

El Análisis Económico del Derecho ha influenciado la legislación, la actividad jurisdiccional y los estudios del Derecho en distintas partes del mundo. En efecto, casi todas las Universidades norteamericanas y un gran número de Universidades europeas han organizado programas conjuntos de docencia e investigación sobre esta materia. Asimismo, un número importante de revistas especializadas le dedican un espacio importante a los trabajos de Análisis Económico del Derecho⁶⁵.

➤ **CONSUMIDORES.**- Consumidores o usuarios son considerados para estos efectos:

a) 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.

b) 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.

⁶⁵ Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, Definición del concepto de Análisis económico del Derecho, (en línea) <http://alacde2014.ufm.edu/que-es-analisis-economico-del-derecho/>, (Consulta el 20/03/2017).

c) En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.

➤ **EFICACIA.**- De acuerdo al significado que le otorga el Diccionario de la Real Academia Española:

Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.

➤ **ESTÁNDAR.**- De acuerdo al significado que le otorga el Diccionario de la Real Academia Española:

Como adjetivo, que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia.

Así también equivale como sinónimo de Tipo, modelo, patrón, nivel.

➤ **PROVEEDORES.**- Concepto considerado para esta investigación⁶⁶:

Las 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. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

1. Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.
2. Productores o fabricantes. - Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.

⁶⁶ *Ibíd.*

3. Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.
 4. Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores.
- **RELACIÓN DE CONSUMO.**- Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica⁶⁷.

⁶⁷ Ídem.

CAPITULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados Jurisprudenciales

3.1.1 La Jurisprudencia Constitucional en materia de Protección al Consumidor

Dentro la investigación se halló diversos criterios obtenidos por parte del Tribunal Constitucional el cual aplica los siguientes criterios:

Sobre los derechos del consumidor se ha expuesto en la sentencia del Exp. 1006-2002-AA/TC que menciona:

“Un Estado de derecho que proclama como valor primordial la defensa de la persona, no puede desatenderse de mecanismos con los que efectivamente se garantice su protección adecuada. Cualquiera que fuese el medio en el que se desenvuelva o se desarrolle la persona, no se le puede atropellar en sus derechos esenciales exponiéndola a riesgos o perjuicios innecesariamente ocasionados por las propias personas, por las organizaciones colectivas que los conforman, o por el propio Estado en cualquiera de sus corporaciones. [En este contexto,] la doctrina constitucional considera la protección al usuario, mediante la cual no solo se tiene derecho a recibir servicios esenciales, sino también a que estos sean dispensados en condiciones óptimas o, al menos, favorables. De asumirse que lo único que importa es el servicio y no la manera como este se brinde, simplemente se estaría pasando por encima de la Constitución”.

Donde nos habla del adecuado servicio que debe de brindarse a los consumidores.

Asimismo el Tribunal Constitucional en una sentencia de 24 de marzo de 2004 (Exp. N° 0858-2003-AA/TC Huánuco Leyner Torres del Águila) donde el Tribunal sentenció a favor de una consumidora, ya que se atentó contra su derecho de consumidor y a un tratamiento de consumidor especial, este proceso tuvo como parte demandada a OSIPTEL y en él se desarrollan algunos criterios que el Tribunal toma en cuenta para el establecimiento de un criterio de un consumidor especial: *“Para el tribunal es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano”*.

Esta idea fuerza nos sirve de preámbulo para establecer que en muchos casos la estrategia de tómelo o déjelo resulta en muchos casos lesiva para el consumidor, pues las cláusulas que contiene pueden incluir de por sí pago adicional a un servicio que no se ha solicitado o como en el presente caso el pago de un servicio que no fue utilizado por el consumidor, pero que de acuerdo a lo estipulado en el contrato debería pagarse, por ello, el Tribunal Constitucional determinar lo siguiente: *“Ello es particularmente evidente en aquellas situaciones en donde, pese a haberse suscrito convenios entre partículas, una de las partes aceptado ciertos términos contractuales que de no*

haber mediado la necesidad de obtener un bien o la prestación de un servicio, entre otros supuestos, no habría aceptado, por constituir notoriamente una irrazonable autorestricción del ejercicio de sus derechos fundamentales [...] y deben de servir como fundamento para defenderse contra las consecuencias del propio hacer". Este es un punto donde debe de tenerse en cuenta que la suscripción de un contrato debe de hacerse en función a un trato justo para ambas partes, si bien de por medio existe una fórmula para disminuir los costos de transacción debe de tenerse en cuenta que la existencia de una relación debe de mediar la buena fe contractual.

3.1.2 La jurisprudencia del INDECOPI sobre contratación masiva y protección al consumidor

El INDECOPI reconoce la necesidad del establecimiento de un criterio de consumidor razonable, así y de esta forma establece en la Rs. Res. 001-2001-LIN-CPC/Indecopi:

“El principal criterio de interpretación que utiliza la Comisión [de Protección al Consumidor] es el del ‘consumidor razonable’. Se trata del estándar utilizado por la Comisión para la solución de cada caso concreto, analizando qué es lo que esperarí a un consumidor razonable en la circunstancia controvertida. Ello, porque toda la normativa de protección al consumidor se encuentra dirigida a proteger a consumidores razonables, es decir, a aquel consumidor que actúa con una diligencia ordinaria previsible en ciertas circunstancias. Este estándar no es el de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso o de uno racional, calculador y frío capaz de analizar cada detalle de las opciones

que se le presentan, sino, de una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se puede exigir a cualquier persona que realiza una operación de intercambio en el mercado". De aquí que se produzca un choque tanto en los criterios expuestos por el TC como por la autoridad Administrativa de Consumo toda vez que bajo la lupa del Tribunal Constitucional existan ciertos parámetros que no concuerdan con la jurisprudencia planteada.

El estándar de consumidor razonable se origina también a partir un precedente realizado por INDECOPI es así que mediante Resolución N° 001-2001-LIN/INDECOPI del 07 de junio de 2001 se establece el estándar consumidor razonable: *"Este estándar no es el de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso o de uno racional, calculador y frío capaz de analizar cada detalle de las opciones que se le presenta, sino, de una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se puede exigir a cualquier persona que una operación de intercambio en el mercado"*. De aquí que se parta en una nueva idea en la cual se concibe al consumidor con una cierta diligencia la cual le permita actuar dentro del mercado sin alterar las relaciones de éste. En palabras concretas para el adecuado funcionamiento del mercado es necesario establecer un mecanismo que permita el funcionamiento del mercado y garantice que el consumidor también cumpla un rol de responsabilidad en la relación de consumo. De esta forma *"para que el mercado funcione adecuadamente es necesario que el consumidor actúe con diligencia ordinaria en sus decisiones de consumo y de acuerdo al principio de buena fe"*.

3.2 Resultados normativos

3.2.1 El estándar de consumidor razonable en el Código de Defensa y Protección al Consumidor

La normativa realizada por el código del consumidor define en diversos aspectos qué es el consumidor razonable y cuál es la función que cumple así que el artículo primero encontramos los derechos que tiene el consumidor:

“Artículo 1.- Derechos de los consumidores:

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

a. Derecho a una protección eficaz respecto de los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física.

b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.

d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión,

condición económica o de cualquier otra índole. e. Derecho a la reparación o reposición del producto, a una nueva ejecución del servicio, o en los casos previstos en el presente Código, a la devolución de la cantidad pagada, según las circunstancias.

f. Derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informados por el proveedor sobre los que cuenta.

g. A la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, céleres o ágiles, con formalidades mínimas, gratuitos o no costosos, según sea el caso, para la atención de sus reclamos o denuncias ante las autoridades competentes.

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

i. Derecho a la reparación y a la indemnización por daños y perjuicios conforme a las disposiciones del presente Código y a la normativa civil sobre la materia. j. Derecho a asociarse con el fin de proteger sus derechos e intereses de manera colectiva en el marco de las relaciones de consumo.

k. Derecho al pago anticipado o prepago de los saldos en toda operación de crédito, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y liquidación de comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes, sin que les sean aplicables penalidades de algún tipo o cobros de naturaleza o efecto similar.

1.2 La enumeración de los derechos establecidos no excluye los demás que este Código garantiza ni los reconocidos en leyes especiales.

1.3 Es nula la renuncia a los derechos reconocidos por la presente norma, siendo nulo todo pacto en contrario”.

Si bien existe una serie de supuestos de protección al consumidor como bien lo indica Carbonel hay una serie de tipos de consumidor establecidos entre ellos el consumidor medio, el consumidor razonable (que es el que tenemos en nuestra legislación) y el consumerista que es el que presenta mayor especialidad⁶⁸. Así el concepto que recoge como estándar para nuestra legislación es el de consumidor racional; este argumento obtiene una mayor fuerza cuando se complementa con lo establecido en artículo N° 02 del mismo código donde establece las obligaciones que tiene el proveedor entre ellas, como lo establece el numeral 2.2 *“la información debe de ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano”*, esto garantiza que la obligación por parte del proveedor debe de ser la de dar a conocer la información relevante al consumidor haciendo saber en qué consiste de la relación de consumo que va a recibir, así es necesario que al haberse eliminado al etapa pre-contractual donde las partes negocian qué puntos contendrá el contrato queda sólo la ejecución del contrato, en él *“la información juega un papel muy importante en el contrato. En todo contrato de consumo existe asimetría informativa, el proveedor tiene información de la que carece el consumidor por lo tanto el consumidor es un contratante débil⁶⁹”*. El problema de la especialización que

⁶⁸ CARBONELL O'BRIEN Esteban, *Óp. Cit.*, Pág. 99

⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 106.

tienen algunos contratos requiere que la Inversión del Estado se haga de forma efectiva, así es como podemos ver que existe una serie de una serie de mecanismos mediante los cuales se busca proteger del abuso, por ejemplo, la aprobación de las Cláusulas Generales de Contratación por parte de los entes reguladores. Se reconoce en el artículo 54 del mencionado código en el numeral 54.1 *“en caso de los contratos de consumo celebrados por las empresas prestadores de servicios públicos, sujetos o no a regulación económica, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación está a cargo del organismo regulador competente”*. En este punto la inserción de cláusulas pasa por la verificación de un ente regulador, pero debemos de tener en cuenta que en la construcción de estos contratos existe una parte donde se deja libertad al proveedor para que pueda adherir cláusulas a libre discreción, las cuales debe de cumplir con lo establecido con las disposiciones del código, pero que aseguren que el consumidor debe de tener un razonamiento diligente sobre lo que va a firmar; sin embargo, no se toma en cuenta que este promedio no se condice que con la existencia de diversos problema en tanto la comprensión y el conocimiento de la relación contractual.

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPOTESIS

4.1 Discusión Dogmática

4.1.1 La postura del Análisis Económico del Derecho en relación al estándar de consumidor razonable

La posición asumida por parte de la legislación en materia del consumidor es la que tiende por una parte a promover el equilibrio en el mercado, la crítica que usualmente se sustenta en él es la de colocar todo el aparato jurídico a favor de los agentes de mercado, hecho creemos que parte es cierto y en parte no. De esta forma se consideró que si bien es cierto es necesario establecer condiciones necesarias para que el consumidor tenga mejores oportunidades de adquirir bienes o servicios, los cuales evidentemente pasan la eliminación de los costos de transacción y a su vez por la eliminación de barreras que no permitan que el comercio pueda brindarse de forma libre tanto para la empresa como para el consumidor. Así los contratos masivos han ayudado a que esta eliminación pueda ocurrir haciendo que los consumidores puedan adquirir bienes y servicios de forma más rápida al eliminar las modalidades de contratación tradicionales e imponer los contratos con cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión los cuales eliminan la voluntad de una de las partes, pero le permiten acceder de forma más eficiente a bienes y productos.

Como lo manifiesta Bullard *“lo que debe evitarse es que en la contratación esa asimetría genere transacciones ineficientes, porque son tomadas sin una adecuada evaluación de costos y beneficios. Por ello, el objetivo no es la simetría informativa, sino la información adecuada, entendiendo por adecuada aquella cuya producción para el consumidor cuesta menos que los beneficios que genera. Pero establecer una política pública orientada a desaparecer la asimetría informativa sería un profundo error, y solo inundaría a los consumidores de información que no desean tener⁷⁰”*. De esta forma se destaca que la información que debe de tener el consumidor sólo debe remitirse a los aspectos más importantes los cuales deben de estar enmarcados en dentro de la diligencia debida con la que debe de obrar el consumidor.

De esta forma, en el mercado que funciona de forma perfecta cuando se le da los lineamientos adecuados, el consumidor podrá escoger dentro de las opciones que éste le brinda la que mejor le acomode así *“las cláusulas y condiciones a las cuales se adhieren. El mercado perfecto puede reemplazar el rol de la negociación en un mundo de intercambio masivo siempre que exista adecuada información. Si bien el consumidor no puede negociar los términos de un contrato, sí puede ir a otro productor que ofrece mejores términos. Las opciones de los consumidores para dejar de comprar un producto son el mejor incentivo para que una empresa incluya condiciones razonables en sus contratos⁷¹”*. Dentro de este análisis del análisis económico del derecho el problema del consumidor no pasa por una cuestión de desprotección porque las máximas protecciones legales que se le pueden dar ya están establecidas,

⁷⁰ BULLARD Alfredo, *Óp.Cit.*, Pág. 35

⁷¹ *Ibíd.* Pág. 36.

así de esta forma el consumidor debe de informarse antes de adquirir el producto y si su negligencia no le permite llegar a una mejor posición esta deberá de tenerse en cuenta pues es exclusiva responsabilidad de él.

Así el “no se protege a los consumidores razonables porque se considere que la mayoría de los consumidores lo sean (aunque creemos que la mayoría de consumidores sí actúan de manera consistente con la razonabilidad). Se les protege porque es un estándar diseñado a incentivar conductas consideradas Adecuadas⁷²”. Es estándar de consumidor razonable se convierte entonces en un perfil al que aspira el comportamiento de cada uno de los consumidores, es por lo tanto, el mecanismo más bajo en tanto en tanto exigencia que se pueda pedir a un consumidor para que el mercado funcione de forma adecuada.

4.1.2 La postura que adopta la protección al estándar de consumidor ordinario en los contratos masivos

Una de las tareas que la presente investigación se hizo fue la poder entender en qué casos era necesaria la exigencia de un consumidor con una especialización intermedia para enfrentar la adquisición de un bien o un producto que muchas veces requiere en primer lugar que este consumidor opere no sólo diligencia debida, sino que someta su juicio a un criterio de razonabilidad, en otras palabras: que pueda tener un juicio diligente de lo que firma y que a su vez pueda entender que el criterio que ha tomado para la adquisición del bien o servicio está fundamentado en proporción a la razonabilidad, es decir, a un juicio proporcional de las decisiones que toma.

⁷² *Ibíd.* Pág. 13

Esta definición para el consumidor llamó la atención, pues en ella se encontró que tal como se ha definido en el capítulo anterior la necesidad partía de entender al consumidor como un agente capaz de entender de forma media lo que adquiere. Esta idea es respetable, siempre y cuando, nos encontremos en primer lugar bajo 2 supuestos: el primero que el mercado no se encuentre frente a ninguna falla (es decir la existencia de ninguna práctica desleal, etc.) y la segunda que nos encontremos frente consumidores con capacidad de entendimiento de cláusulas con contenido técnico debido a la especialización del producto.

Por ello, para cumplir estos supuestos, debe de contarse con consumidores plenamente instruidos que identifiquen y analicen a un nivel medio las cláusulas de los bienes o servicios que adquieren; sin embargo, muchos de estos son llevados por la publicidad para la firma de un contrato. El peso de la publicidad hace que los consumidores puedan adquirir un determinado bien o servicio sin tener en cuenta las consecuencias, toda vez que la vulnerabilidad cognoscitiva con la que pueda contar el consumidor inducido por publicidad o promociones no se tiene en cuenta, menos aún en contratos que impliquen una mayor diligencia por la especialización de las cláusulas.

Para tal fin, *“los compradores deben de estar protegidos de los abusos de poder del vendedor, el consumidor debe de ser protegido contra sus intereses económicos por un producto defectuoso o por servicios deficientes y de ninguna forma la publicidad puede engañar al consumidor”*⁷³.

⁷³ TORRES VÁSQUEZ, “Contratación Masiva”, Pág. 37.

Así en la contratación masiva encontramos que *“es fácil que el adherente firme mecánicamente sin leer y evaluar las estipulaciones predispuestas por las que se le carga todos los riesgos. Incluso admitiendo que las lea, los valores y las cuestiones, difícilmente obtendrá la modificación del predisponente, si es muy tenaz y orgulloso, podrá renunciar al contrato y dirigirse a otro proveedor, pero es fácil que por donde vaya se encuentre con las mismas condiciones estándar, de hecho no modificables*⁷⁴.

El carácter desproporcionado de las cláusulas inscritas en un contrato por adhesión y el riesgo que implica su imposición para el consumidor complica aún más su desprotección si a este le aumentamos características donde se le exija no sólo la lectura diligente de las cláusulas, ya de por sí impuestas, sino también el cuestionamiento de éstas, por ello, en contratos con una mayor complejidad técnica debe de reconocerse un estándar de consumidor ordinario el cual permita al consumidor tener una condición mayor de protección frente al proveedor como parte fuerte de la relación contractual.

4.2 Discusión Normativa

4.2.1 La actual postura del Código de Defensa y Protección al Consumidor peruano en cuanto a los contratos masivos

La posición actual de nuestro código de defensa y protección al consumidor reconoce la desventaja que tiene éste frente al proveedor, por ello, le provee de ciertas herramientas para que pueda desarrollar su defensa, permite que tenga acceso a la información que debe de ser clara por parte del proveedor pero que aquí que se reconozca en el principio de buena fe como la

⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 174.

piedra angular de todo el ordenamiento, pues *“el principio de buena fe impone a las personas el deber de obrar correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente⁷⁵”*. De aquí que se parta por exigir a ambas partes diligencia para la realización del contrato de consumo.

De esta forma nuestro código en su artículo 1º de defensa y protección al consumidor señala que existe el reconocimiento mínimo de los siguientes derechos:

- a) Derecho a una protección eficaz.
- b) Al acceso de información oportuna
- c) Derecho a la protección de sus intereses económicos
- d) Derecho a un trato justo

Como contra parte se, le exige al consumidor pueda a través de un comportamiento diligente validar sus acciones y permitir que exista así una relación donde ambas partes obren con diligencia.

4.2.2 La necesidad del cambio de estándar de consumidor en el cuanto a la protección de contratos masivos

La investigación desarrollada considera que se requieren cambios en cuanto la protección del consumidor frente a la existencia de contratos masivos, toda vez que estos lesionan el derecho fundamental de los consumidores. En igual sentido, *“si se considera que el consumidor es uno “razonable”, se presume que este tuvo (o debió tener) cuidado y cierta diligencia al adquirir un bien o servicio, por lo que no podría reclamar ante su negligencia o falta de información; y, más bien, si consideramos al consumidor*

⁷⁵ CARBONELL O'BRIEN, Esteban, *Óp. Cit.*, Pág. 80

“promedio”, será protegido incluso ante situaciones de aparente descuido, o posible exceso por parte de las empresas, si son cuestiones de las que no se hubiera percatado un consumidor común en condiciones normales⁷⁶”.

De esta forma lo que se busca no es imponer un estándar de carácter pedagógico o que aspire a que los consumidores lleguen a un nivel, sino que se busca ante todo que los consumidores puedan encontrarse protegidos frente a contratos masivos complejos, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su la sentencia del Exp. 3315-2004-AA/TC que señala:

“[A]unque suele ser común que muchos de los problemas vinculados a la defensa de los derechos constitucionales de naturaleza económica sean enfocados únicamente desde la óptica de quienes corporativamente o en calidad de empresas ofertantes de bienes o servicios participan en el mercado, resulta bastante cuestionable que tan arraigada orientación desemboque en una posición donde la perspectiva de los consumidores o usuarios resulten minimizadas o simplemente ignoradas. [Al respecto,] si los destinatarios finales de los bienes y servicios que proveen las empresas son inobjetablemente los consumidores, las controversias generadas entre ellas y que incidan en dichos protagonistas, deben ser enfocadas en dirección a la defensa o protección que la propia norma fundamental se encarga de reconocer [...] El ordenamiento [...] los privilegia reconociéndoles un catálogo de atributos y una esfera de protección fundamentada en la relevante posición que ocupan⁷⁷”. Por lo tanto el Colegiado reconoce que la protección de los consumidores debe de estar enfocada no en encontrar un espacio donde el consumidor razone con criterios

⁷⁶ SOSA SACIO, *Óp. Cit.*, Pág. 9

⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 12

complejos o se encuentre frente situaciones que le exijan enfrentarse a decisiones impuestas por promociones regalos, sino que se busque a través de la tutela del Estado garantizar su derecho desde las fuentes más mínimas es decir desde el reconocimiento como un consumidor ordinario.

4.2 Validación de Hipótesis

Durante el desarrollo de la presente investigación se pudo validar la hipótesis por las siguientes conclusiones:

Hipótesis: El estándar de consumidor razonable es deficiente para la protección del consumidor en los contratos masivos.

Sí, se consideró que a es deficiente toda vez que la exigencia de este estándar no sólo implica una lectura diligente de los contenidos de los contratos, sino también una deliberación la cual permita el cuestionamiento de lo que se está contratando, así el consumidor se enfrenta a un mayor riesgo de cometer errores cuando se encuentra con contratos masivos con cláusulas de mayor complejidad, las cuales debido al sistema de mercado en el cual nos encontramos insertados le permite sólo dos opciones firmar el contrato a pesar de la complejidad de sus cláusulas o dejar a ese proveedor e ir con otro proveedor que le ofrezca básicamente las mismas condiciones de contratación. Lesionando así los derechos fundamentales de los consumidores.

I. CONCLUSIONES

- Se llegó a la conclusión de que los contratos de consumo con cláusulas generales de contratación o los contratos de adhesión con cláusulas complejas lesionan el derecho de protección del consumidor, toda vez que el estándar de consumidor razonable no protege a éstos en relación a la interpretación de dichas cláusulas. Así al momento de la aplicación de la cláusulas y por más que exista una supervisión de parte del Estado para con las cláusulas generales de contratación se dejan márgenes para que las empresas puedan establecer cláusulas abusivas o confusas que bajo la libre autodeterminación de las partes a contratar la dejan en estado de indefensión.
- Los contratos masivos son herramientas útiles para alcanzar objetivos más eficaces a la hora de tener una transacción más rápida y barata para los consumidores, pero se requiere de los mayores cuidados para que en su aplicación no se vulnere los derechos de los consumidores, así la protección debe de estar en función a un estándar que se ajuste a la realidad social nacional. Esto implica necesariamente que la elaboración de la legislación en esta materia debe de abordar los problemas sociales, es decir, tener en cuenta aspectos como los bajos niveles de comprensión lectora y el poco conocimiento de la ciudadanía de herramientas para la defensa de sus derechos, es así que debe de abordarse la doctrina planteada tanto desde el análisis económico del

derecho así como de la visión de protección integral al derecho fundamental que tienen los consumidores.

- La información que deba de darse a los consumidores es vital para la conocer sus derechos en esta materia, de esta forma la universidad, y más precisamente nuestra facultad, debe de brindar mayor información a la ciudadanía acerca del derecho de los consumidores.

II. RECOMENDACIONES

- La autoridad de consumo debe de identificar los servicios o productos que conlleven a la firma de contratos con cláusulas complejas de esta forma debe de existir un tratamiento distinto en la aplicación de dichos contratos toda vez que deberá de entenderse que el consumidor tiene la característica de consumidor ordinario debido a la complejidad de estos contratos.
- Deberá de buscar una mayor amplitud en el fomento de la educación en cuanto a los derechos de protección del consumidor los cuales deben de ser abordados por instituciones públicas como lo son las universidad e INDECOPI a fin de fomentar una cultura de protección del consumidor y de conocer cuáles son nuestros derechos y deberes a la hora de adquirir un bien o un servicio. Esto deberá de verse traducido en campañas, debates y programas de difusión a la comunidad en general.

III.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COTLER, Julio y Romeo GROMPONE, *“El Fujimorismo, ascenso y caída de un régimen autoritario”*, 1^{era} edición, Lima, Ed. Del Instituto de Estudios Peruanos.
- CARBONELL O'BRIEN, Esteban, *“Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor”*, 1^{era} edición, Lima, Ed. Jurista, 2015.
- TORRES VASQUEZ, Aníbal, *“Contratación Masiva”*, 1^{era} edición, Lima, Ed. Montivensa, 2009.
- SOSA SACIO Juan Manuel, *“Una mirada Constitucional a la defensa del Consumidor con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, [en línea]
https://www.academia.edu/3827655/Una_mirada_constitucional_a_la_defensa_del_consumidor_con_especial_referencia_a_la_jurisprudencia_de_l_Tribunal_Constitucional
- PATRÓN, Carlos, *“Ensayos sobre la protección al consumidor en el Perú: Un acercamiento preliminar a la función económica de la protección al consumidor”*, 1^{era} edición, Lima, ed. Universidad del Pacífico, 2011.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *“Derechos de los consumidores”*, 1^{era} Edición, Lima, Ed. Rhodas, 2006

- MORALES HERVIAS, Rómulo, *“Las patologías y los remedios de los contratos”*, tesis para optar el grado de Doctor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.
- TAFUR ASENJO, Karina, *“La desprotección del consumidor frente a las ventas agresivas, la imitación insuficiente de las normas europeas”*, tesis para optar el grado de Magister en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.
- CHAMAMÉ ORBE, Raúl, *“Lecciones de Derecho Constitucional”*, 1^{era} edición, Lima, Lex & Iuris Editoral, 2015.
- ALPA, Guido, *“El Contrato en General”*, 1^{era} edición, Lima, Ed. Instituto Pacífico, 2015.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *“Teoría del contrato General”*, Lima, 1^{era} edición, Ed. Instituto Pacífico, 2012.