

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

Trabajo Académico:

Análisis de la regulación de los métodos comerciales agresivos en la venta de paquetes turísticos en el Perú

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

Autor: Ana Paola Hermoza Chávez

Asesor: Melisa Guevara Paredes

Código de alumno: 20112233

2019 - II

RESUMEN

Los métodos comerciales agresivos, tipificado en el artículo 58° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, tienen como objetivo mermar de manera significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo. No obstante, y conforme se analizará detalladamente en el presente trabajo académico, la protección que brinda la autoridad no debería abarcar a todos los consumidores, por lo que resulta necesario realizar una modificación en el precitado artículo. Y es que, el Código de Protección y Defensa del Consumidor debe proteger al consumidor que actúe con la diligencia mínima exigible en el mercado, toda vez que proteger al consumidor, en cualquier caso, sin importar su diligencia, es otorgarle una garantía de que siempre será tutelado incluso cuando éste ha actuado con irresponsabilidad. En atención a ello, postulamos un cambio en la interpretación que se ha venido dando a las prácticas agresivas, toda vez que, los argumentos utilizados por la autoridad tienden a proteger al consumidor negligente, omitiendo (u olvidando) que aquel siempre tiene la posibilidad de no de adquirir el producto o servicio ofrecido por el proveedor. Por lo antes expuesto, el presente trabajo concluye con una sugerencia consistente en modificar el numeral 58 del artículo 58° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, específicamente del inciso f). La conclusión principal se fundamenta a partir de un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial realizado en relación a las prácticas comerciales agresivas.

INDICE

I)	Introducción	4
II)	Las ventas agresivas en la legislación peruana	5
	2.1. Definición de las ventas agresivas	5
	2.2. Evolución normativa de la regulación de las ventas agresivas en el Perú	6
	2.3. Jurisprudencia administrativa y lineamientos del INDECOPI, en relación a las ventas agresivas	9
III)	Sobre la regulación de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor y el concepto de “consumidor razonable”	12
	3.1. ¿Qué tipo de consumidor protege el Código de Protección y Defensa del Consumidor? Breve comparación entre la legislación anterior y actual	
	3.2. Definición de consumidor razonable	15
	3.3. ¿Por qué contar con un estándar de consumidor razonable?	16
	3.4. Análisis del tipo de consumidor protegido en las denuncias de ventas agresivas	18
IV)	Conclusiones	21
V)	Bibliografía	22

I. Introducción

El área de Protección al Consumidor se fundamenta en la tutela de los derechos de los consumidores, quienes se encuentran en una situación de desventaja frente al proveedor, toda vez que éste último suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado.

Es por lo antes expuesto que, ante la falta de igualdad en el manejo y acceso a la información del producto o servicio, el Estado, a través del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) protege los legítimos intereses de los consumidores, sancionando y eliminando aquellas prácticas que contravengan el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, “el Código”).

Una de las prácticas sancionadas por el Código son los métodos comerciales agresivos o engañosos, tipificado en el artículo 58°, cuyo objetivo es mermar de manera significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo. Es de resaltar que el precitado artículo señala que la afectación a la voluntad del consumidor deberá ser “significativa”, lo cual, nos permite asumir que la interpretación del mismo queda a la libre apreciación de la autoridad competente, toda vez que ¿Cuándo una afectación es significativa y cuando no lo es?

La finalidad del presente artículo es analizar la regulación y la postura que han ido asumiendo los órganos resolutivos del INDECOPI en relación al numeral 58.1 del artículo 58° del Código, toda vez que consideramos que dicho artículo debería ser modificado (en cuanto a su redacción e interpretación), teniendo en consideración el estándar de consumidor que debe ser protegido en nuestra legislación peruana.

En las siguientes secciones analizaremos lo antes expuesto, planteando por qué consideramos necesaria una reforma en la redacción e interpretación del numeral 58.1 del artículo 58° del Código, estableciendo como mercado de análisis la venta de paquetes turísticos en el Perú.

II. Las ventas agresivas en la legislación peruana

2.1. Definición de las ventas agresivas

Según Estivagarria y Gilbota, citado por Gustavo Rodríguez García¹, los métodos comerciales agresivos o engañosos “constituyen verdaderas imposiciones al cliente mediante constante acoso, adjudicación de premios y engaños reiterados, impidiéndole un consentimiento verdadero formado en la reflexión de sus propias conveniencias”. (2010: 45)

Bajo esa misma línea, Carbonell² sostiene que,

“(…) el consumidor tiene el derecho a definir y aceptar las relaciones de consumo que considere convenientes para sus intereses, sin que medie coacción alguna por parte del proveedor. El Código busca prohibir aquellos mecanismos utilizados por el proveedor en los cuales se observa como punto central la intención de afectar la libertad de elección con la finalidad de conseguir que el consumidor adopte una decisión de consumo de manera irracional o desinformada.” (2015: 276)

A partir de lo antes expuesto, podemos definir a las prácticas agresivas como aquellas conductas de los proveedores que buscan mermar, limitar o recortar la capacidad de decisión y elección del consumidor para que aquel adquiera un bien o servicio de manera irreflexiva o desinformada.

Es decir, el consumidor acepta adquirir el servicio o producto, no obstante, no ha analizado, de manera previa y adecuada, las características del mismo, ya sea porque contrató con el proveedor sin haber tomado conocimiento previo de los términos y condiciones o porque no leyó el Contrato en su totalidad al haberse sentido “apurado” o “presionado” por el proveedor o porque no tuvo la oportunidad de poder comparar el producto o servicio contratado con otros proveedores del mismo rubro.

¹ RODRÍGUEZ, Gustavo. “El Fantasma de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”. *Actualidad Jurídica*. Lima, 2010, número 202, pp. 45-48.

² CARBONELL, Esteban. *Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Edición: mayo 2015. Lima: Editorial JURISTA EDITORES E.I.R.L. pp. 274 – 282.

2.2. Evolución normativa de la regulación de las ventas agresivas en el Perú

En la Ley de Protección al Consumidor, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 716, no se encontraban tipificadas las ventas agresivas; no obstante, resultaría errado concluir que dichas prácticas no eran sancionables por la autoridad, toda vez que tal y como lo señalan Tito y Puell³,

“(…) siempre que se obligue a los consumidores a la adquisición de bienes o servicios mediante métodos que recorten su autonomía privada, se configurará una infracción a las Normas de Protección al Consumidor. En consecuencia, las imputaciones referidas a la utilización por parte de los proveedores de técnicas que fuerzan la voluntad de los consumidores a través del desarrollo de métodos comerciales prohibidos debe ser tramitada como una infracción al referido artículo 5 literal d.” (2009: 132)

Es decir, según la norma anterior, de existir alguna denuncia por prácticas agresivas, la misma debía de tramitarse como una presunta infracción al artículo 5°, el cual señalaba que los consumidores tenían derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios.

No obstante, consideramos que la falta de tipificación expresa generó que las ventas agresivas también sean consideradas como una presunta infracción al deber de idoneidad (artículo 8° de la Ley) y es que tal y como lo afirma Castillo⁴, la norma anterior “no abordaba la práctica comercial relacionada con los métodos agresivos o engañosos, limitando, al operador jurídico a desarrollar y analizar las conductas denunciadas por los consumidores como una infracción al deber de idoneidad o de información, ante la falta de tipificación correspondiente”. (2017: 38 y 39)

³ TITO, Johanna y PUELL, Melina. *Jurisprudencia sobre protección al consumidor. Apuntes Temáticos*. Primera edición: año 2009. Lima: Editorial Tinco S.A.C. pp. 36 – 37 y 132.

⁴ CASTILLO, César. *La aplicación de métodos comerciales coercitivos y métodos agresivos o engañosos en la venta de productos vacacionales en el Perú*. Tesis, tesis para optar el título de abogado. Lima: Universidad de Piura, facultad de Derecho.

A manera de ejemplo, citamos la Resolución N° 765-2006/CPC (Expediente N° 1294-2005/CPC⁵), mediante la cual, la Comisión de Protección al Consumidor resolvió lo siguiente:

“Travel Savings en su condición de proveedor, se encontraba en mejor posición que sus clientes para acreditar la idoneidad de su servicio, consistente en que cumplió con entregar los premios ofrecidos – pues, si bien quedó acreditado que efectivamente existieron los premios, no ha quedado acreditado que Travel Savings cumplió con la entrega de los mismos a todos los denunciantes – sin mediar ninguna intención de inducirlos a suscribir documentos ni mucho menos a fin de poder cargarles dinero en sus tarjetas de crédito.”

Es a partir de una falta de tipificación expresa de las prácticas comerciales agresivas –las cuales, anteriormente, podían calzar como una presunta infracción al artículo 5° o artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor- que con la entrada en vigencia de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, se estableció en el artículo 58⁶ la obligación expresa de los proveedores de no realizar prácticas que afecten o mermen la libertad de elección del consumidor, prohibiendo toda práctica que implique dolo, violencia o intimidación que sea determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor.

Dicha obligación de los proveedores va de la mano con el derecho de todos los consumidores a elegir libremente entre

⁵ Denuncia presentada por nueve consumidores en contra de TRAVEL SAVING S.A.C., señalando que fueron abordados en centros comerciales, en donde se les solicitó sus datos y les hicieron raspar un ticket e inmediatamente se les indicaba que habían ganado un premio de estadía gratuita en un país determinado. Agregaron también que, una vez que ingresaron al local, fueron aturridos por la música o por la cantidad de gente que se encontraba ahí, siendo que al final fueron obligados e inducidos bajo presión a firmar un Contrato.

⁶ **CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR – LEY N° 29571**
Métodos comerciales agresivos o engañosos
Artículo 58°.- Definición y alcances

*“58.1 El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos **implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.***

*En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen:
(...)*

*f. **En general, toda práctica que implique dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor.**”*

productos y servicios idóneos y de calidad que se ofrecen en el mercado. Es decir, este derecho tiene como sustento de que son los propios consumidores quienes conocen los productos o servicios que les resultan más convenientes en función a sus intereses y necesidades, pues son ellos quienes adoptarán las decisiones de consumo más eficientes en virtud de su autonomía privada.

La actual regulación de los métodos comerciales agresivos se sustenta en el hecho de que el proveedor tendría como finalidad afectar, de manera significativa, la libertad de elección del consumidor, pues aquel toma una decisión de consumo de manera irreflexiva o desinformada.

De lo antes expuesto, surgen las siguientes interrogantes *¿Cuándo la afectación será significativa? ¿Qué significa “significativa”? ¿Qué es lo significativo?* En realidad, las respuestas a dichas interrogantes dan pie a un catálogo de arbitrariedad, toda vez que nuestro Código no ha establecido parámetros ni criterios de evaluación para determinar cuándo la afectación sería “significativa”, por lo que entendemos que queda al libre albedrío y discrecionalidad de la autoridad en cada caso en concreto. Lo antes expuesto es grave y únicamente genera inseguridad jurídica a los proveedores y consumidores. Tal y como señala Gustavo Rodríguez “si se establece en el Código que la afectación a la libertad de elegir del consumidor debe ser “significativa” lo cierto es que nos encontramos persiguiendo un fantasma.” (2010: 48)

Asimismo, advertimos que la finalidad de regular las prácticas agresivas se sustenta en el hecho de que el consumidor acepta adquirir el servicio o el producto pese a que no ha tenido la posibilidad de probarlo o de poder conocer –de manera previa- sus características o las cláusulas contractuales que regirán el servicio o bien contratado.

Sobre el particular debemos manifestar que lo cierto es que, en principio, las supuestas ventas agresivas no resultan susceptibles de reproche alguno y es que conforme lo afirma Gustavo Rodríguez –con quien nos encontramos de acuerdo- “salvo que le coloquen (al consumidor) una pistola en la cabeza o lo amenacen, el mero empleo de una conducta presuntamente acosadora no puede ser considerado como una infracción en tanto la decisión de consumo depende exclusivamente del consumidor.” (2010: 46).

Consideramos, asimismo, que el INDECOPI –al momento de evaluar estos casos- omite tener en cuenta que independientemente lo dicho por el proveedor (o por su personal) el consumidor siempre tendrá la opción a negarse, es decir, tiene la libertad de aceptar o no la adquisición del producto o servicio.

Ahora bien, con la regulación de las prácticas agresivas, surge un tema importante a tratar. Imaginemos un caso donde un consumidor alega haber sido víctima de presión –pese a que siempre tuvo la opción de retirarse del local-, no obstante, contrató y posteriormente acude ante el INDECOPI alegando que el proveedor lo presionó para adquirir un producto respecto del cual no conoce los términos y condiciones, por lo que alega que tomó una decisión de consumo de manera irreflexiva y desinformada. Es decir, traslada toda la responsabilidad al proveedor cuando la decisión de contratar fue de él. En ese escenario, surgen las siguientes interrogantes: *¿Qué tipo de consumidor estaría protegiendo el INDECOPI? ¿Se está protegiendo a un consumidor que contrató un producto o servicio de manera irreflexiva y desinformada, alegando que si firmó fue por culpa de la presión de la cual habría sido víctima, cuando siempre tuvo la posibilidad de retirarse del local?*

Las respuestas a estas interrogantes serán absueltas en el capítulo 3) del presente artículo.

2.3. Jurisprudencia administrativa y lineamientos del INDECOPI, en relación a las ventas agresivas

En mayo de 2019, la Comisión de Protección al Consumidor N° 3 del INDECOPI (en adelante “la Comisión”) sancionó a diversas agencias de viajes por infracción al artículo 58° del Código. De una revisión de las Resoluciones Finales –entre ellas, la Resolución Final N° 83-2019/CC3 del 3 de mayo de 2019⁷- advertimos que la autoridad define a las ventas agresivas de la siguiente manera:

⁷ Resolución emitida a raíz de un procedimiento administrativo sancionador iniciado por la autoridad en contra de TRAVEL CARD S.A.C., seguida bajo el Expediente N° 224-2018/CC3. En la precitada resolución, la Comisión estableció dos multas:

- 93.8 UIT por presunta infracción al literal a) del numeral 58.1 del artículo 58° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que TRAVEL CARD S.A.C. creó en el consumidor la impresión que ganó un “premio”, cuando en realidad el uso y disfrute de éste se encontraba sujeto a incurrir en un gasto por parte del “supuesto ganador”.
- 100.9 UIT por presunta infracción al literal a) del numeral 58.1 del artículo 58° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que TRAVEL CARD S.A.C. ejerció

“48. En ese orden de ideas, las denominadas “ventas agresivas” constituyen un derivado de los mencionados mecanismos de promoción. En este caso, la empresa se dirige directamente al consumidor, proponiéndole una compraventa en condiciones aparentemente ventajosas para él pero que, en muchos casos, luego de celebrado el acuerdo, se revelan en sorprendentemente ventajosas para el vendedor.

49. Una forma de emplear estas técnicas de venta consiste en inducir al cliente para que concurra a una dirección determinada a través del ofrecimiento de premios, en donde le espera un despliegue de recursos especialmente diseñados para hacer que el cliente olvide la recompensa prometida y convencerlo para que contrate un producto determinado.

50. Lo anterior es apoyado de **presión e insistencia al potencial comprador, la empresa presenta bondades del producto, la comparación con distintas alternativas, las ventajas de su adquisición, no dejando opciones para que el cliente se niegue a las tentadoras ofertas. Es tan prolongada la presión que ejercen los vendedores sobre el comprador, que éste termina aceptando contratar por cansancio.**”

(El subrayado y resaltado es nuestro)

La Comisión define a las ventas agresivas como aquellas actuaciones del proveedor que tienen como finalidad ejercer presión e insistencia sobre los consumidores para que éstos adquieran un servicio o un producto, siendo que dicha presión se materializaría de la siguiente forma: presentando al consumidor los puntos favorables de contratar el producto o servicio, lo cual haría –a decir de la autoridad- que el consumidor no tenga otra opción que aceptar la “gran” oferta.

Asimismo, la Comisión señala que la presión se manifestaría durante un largo tiempo, lo cual conllevaría a que el consumidor termine contratando por cansancio, es decir, a efectos de no sentir más presión por parte del proveedor, el consumidor contrata el producto o servicio y así poder liberarse de la insistencia de la cual es víctima.

De lo expuesto, se desprende que para la autoridad, la única forma que tiene el consumidor para poder liberarse de la

influencia indebida en los consumidores, afectando de manera determinante su voluntad con el empleo de métodos comerciales agresivos.

presión es contratando el servicio o producto. Conclusión un poco forzada e inexacta, pues siempre existe la posibilidad de que el consumidor –en ejercicio de su libertad- opte por retirarse del lugar sin contratar ni firmar documento alguno.

Asimismo, en setiembre de 2019, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI (en adelante “la Sala”), conjuntamente, con la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor (en adelante, “la Dirección”) han publicado los lineamientos de Protección al Consumidor.

Así, en cuanto a los métodos comerciales agresivos o engañosos, la Sala y la Dirección, en el numeral XVIII de los lineamientos, han señalado lo siguiente:

*“(...) si se verifica que el ofrecimiento del servicio se desarrolla bajo ciertas prácticas (**ambiente pequeño y bullicioso, con abundante información de oferta tras oferta y diversos precios de los programas, todo ello durante un tiempo considerable**), puede llevar también a concluir que el proveedor ha ejercido influencia indebida en los consumidores, **afectando así de manera determinante su voluntad**, a través de una práctica que implicó dolo, lo cual configura una infracción al literal f) del artículo 58 del Código.*

*Al margen de que los consumidores siempre tengan, en último término, la opción de decidir contratar o no el servicio ofrecido, lo que el Código destaca es que, al efectuar dicha decisión, **la voluntad del consumidor haya sido mermada de manera determinante por el proveedor, es decir, que este realice prácticas que tengan como finalidad que la “decisión” se tome sin reflexión alguna, de manera irreflexiva o desinformada.**”*

(El subrayado y resaltado es nuestro)

De lo expuesto, evidenciamos que lo resuelto por la Comisión en la Resolución Final antes comentada es congruente con los lineamientos del INDECOPI, en los cuales se reafirma la postura de la entidad al señalar que las prácticas agresivas tienen como finalidad mermar la voluntad del consumidor, haciendo que éste tome una decisión de consumo de manera irreflexiva o desinformada, sea porque el ambiente donde

contrató no es adecuado o porque se le brindó oferta tras oferta durante un tiempo prolongado.

Sobre el particular, no comprendemos cómo la voluntad del consumidor se vería afectada cuando el proveedor le traslade ofertas, cuando ello es algo común y normal, pues la finalidad es que el destinatario de la oferta termine adquiriéndola. También es algo usual mejorar la propuesta u oferta, pues la finalidad siempre será que el consumidor termine contratando el producto o servicio.

Nuevamente, advertimos que la conclusión arribada es inexacta, en la medida que si el consumidor terminó contratando con el proveedor es porque alguna de las ofertas trasladadas llegó a interesarle, siendo que resultaría extraño e ilógico que luego pretenda señalar que contrató porque “se le trasladaron muchas ofertas”.

III. Sobre la regulación de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor y el concepto de “consumidor razonable”

3.1. ¿Qué tipo de consumidor protege el Código de Protección y Defensa del Consumidor? Breve comparación entre la legislación anterior y actual

El Decreto Legislativo N° 716 señalaba que se protegía solamente a aquellos consumidores que se comportaban como consumidores razonables. Tal y como señala Maraví⁸ “este criterio no se refiere a que el consumidor deba ser una máquina fría y calculadora de cada mínimo detalle en sus decisiones de consumo, sino que el consumidor, sin ser experto, se comporta con la diligencia ordinaria que le fuera exigible según las circunstancias.” (2013: 34) Por ejemplo, si un consumidor no lee el contrato que está firmando, no ha realizado un comportamiento razonable o diligente, en consecuencia, no era objeto de tutela por la Ley de Protección al Consumidor.

Así, de una revisión de la Resolución N° 866-2008/TDC-INDECOPI de fecha 6 de mayo de 2008 -esto es, durante la

⁸ MARAVÍ, Alfredo. “Breves apuntes sobre el sistema de protección al consumidor en el Perú”. *Revista de actualidad mercantil*. Lima, 2013, N° II, pp. 32-34.

vigencia de la Ley de Protección al Consumidor- la Sala de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual definió al consumidor razonable como aquel que antes de tomar una decisión de consumo, adopta precauciones comúnmente razonables y se informa adecuadamente sobre los bienes y servicios, siendo sus principales fuentes de información el documento o medio que contiene los términos y condiciones en los que se contrata el producto o servicio, el lugar de contratación, la publicidad, la información contenida en el rotulado o envase del producto, las marcas de los mismos, los precios, entre otros.

En síntesis, la Ley de Protección al Consumidor protegía al consumidor razonable, es decir, aquella persona a la que le era exigible asumir una conducta de diligencia ordinaria al momento de tomar una decisión de consumo (por ejemplo, leer el contrato antes de firmarlo), caso contrario, no existía protección normativa.

En el actual Código de Protección y Defensa del Consumidor no se ha incorporado directamente la referencia a la diligencia ordinaria dentro de la definición de consumidor, aunque existen algunas referencias indirectas en el Código⁹.

⁹ A manera de ejemplo, citamos los siguientes artículos:

1) Artículo 29°, literal e):

Artículo 29.- Criterios aplicables a la información y advertencia sobre el riesgo y la peligrosidad

La advertencia de los riesgos y peligros que normalmente tienen ciertos productos o servicios, o de los riesgos y peligros no previstos o imprevisibles que se detecten con posterioridad a la colocación de los productos o a la prestación de los servicios en el mercado, debe realizarse cumpliendo con los siguientes criterios:

(...)

*e. Debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible **por un consumidor que actúa con la diligencia ordinaria según las circunstancias del caso**. Debe, por tanto, descartarse el uso de lenguaje excesivamente técnico o científico, utilizándose, por el contrario, términos que permitan al consumidor entender cuáles son los riesgos o peligros que se le advierten.*

2) Artículo 104°:

Artículo 104.- Responsabilidad administrativa del proveedor

(...)

El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por

Tal y como señala Maraví, “aunque no se establezca expresamente y directamente la exigencia de ser diligente, no es lógico sostener que los comportamientos negligentes van a ser protegidos, por lo tanto, la diligencia ordinaria, según las circunstancias, sigue tomándose en cuenta para determinar si corresponde o no proteger al consumidor.” (2013: 34)

Con lo antes expuesto, queremos demostrar que el Código si bien no establece expresamente que la protección abarcará únicamente a los “consumidores razonables” o “consumidores diligentes”, se desprende del cuerpo normativo que no va a proteger aquellas situaciones generadas a raíz del descuido, negligencia o imprudencia del propio consumidor.

Por otro lado, resulta importante precisar que nuestra legislación, en materia de Protección al Consumidor, no es la única que “no tenga una norma expresa que le obligue (al consumidor) a adoptar una conducta de diligencia ordinaria en sus relaciones de consumo, no es un tema solo de nuestra legislación y naturalmente contrasta con legislaciones que sí le imponen deberes al consumidor (...) además sí hacen referencia a la conducta “responsable” equivalente de la “diligencia ordinaria”¹⁰. (Sánchez del Solar. 2005: 4)

A manera de ejemplo, en la legislación ecuatoriana, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establece en el artículo 5° obligaciones para los consumidores –lo cual no sucede en nuestra legislación, donde solo se reconocen derechos-, siendo entre ellos, el actuar con responsabilidad y racionalidad al momento de tomar una decisión de consumo. La precitada norma señala lo siguiente:

“Art. 5.- Obligaciones del Consumidor. - Son obligaciones de los consumidores:

*1. Propiciar y **ejercer el consumo racional y responsable** de bienes y servicios;*

*caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la **imprudencia del propio consumidor afectado**.*

¹⁰ SANCHEZ DEL SOLAR, Miguel ÁNGEL. “LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y LA FUNCIÓN DEL ESTÁNDAR DEL CONSUMIDOR RAZONABLE EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE CONSUMO”. *Revista peruana de jurisprudencia*. Lima, 2005, N° 57, pp. 4-5, 31-32.

2. Preocuparse de no afectar el ambiente mediante el consumo de bienes o servicios que puedan resultar peligrosos en ese sentido;
3. Evitar cualquier riesgo que pueda afectar su salud y vida, así como la de los demás, por el consumo de bienes o servicios lícitos; y,
4. **Informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse.**

(El subrayado y resaltado es nuestro)

Asimismo, en la legislación colombiana, la Ley 1480 de 2011 (octubre 12), por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones, en su artículo 3° establece los derechos y deberes de los consumidores. La precitada norma establece lo siguiente.

ARTÍCULO 3o. DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:
(...)

2. Deberes.

2.2. **Informarse respecto de la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo, conservación e instalación.**

2.2. Obrar de buena fe frente a los productores y proveedores y frente a las autoridades públicas.

2.3. Cumplir con las normas sobre reciclaje y disposición de desechos de bienes consumidos.

(El subrayado y resaltado es nuestro)

Por todo lo antes expuesto, si bien nuestro Código no establece obligaciones para los consumidores para que actúen el mercado con responsabilidad o racionalidad, se desprende – indubitadamente- que su protección no incluirá a aquellos consumidores negligentes o imprudentes.

3.2. Definición de consumidor razonable

Conforme lo señala Alfredo Bullard¹¹,

¹¹ BULLARD, Alfredo. “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario.” *Revista de la Competencia y la Propiedad intelectual*. Lima, 2010, número 10, pp. 5 - 14.

“(…) hablar de un consumidor razonable no es hablar de un consumidor experto o excesivamente exigente o cuidadoso. No es un consumidor racional, calculador y frío capaz de analizar con detalle todas las alternativas como si fuera una calculadora. Por el contrario es una persona que actúa con la diligencia ordinaria que le puede exigir a cualquier persona según las circunstancias.” (2018: 9)

Bajo ese mismo pensamiento, Juan Espinoza¹² señala que “este estándar de conducta (consumidor razonable) tiene como finalidad que el Estado, a través de su ordenamiento jurídico, proteja solo a aquellos consumidores que tengan una diligencia ordinaria en sus elecciones de mercado.” (2004: 310)

Por ejemplo, un consumidor actuará razonablemente cuando se informa previamente antes de adquirir un producto o servicio (esto es un deber según lo establecido en las normas ecuatoriana y colombiana), cuando lee la fecha de vencimiento de los productos, cuando lee los términos y condiciones o las cláusulas contractuales, cuando consulta al proveedor ante las dudas o consultas que pueda tener en relación al producto o servicio a adquirir, antes de la suscripción del contrato.

Por lo antes expuesto, podemos concluir que la referencia de la diligencia ordinaria se refiere a la forma como actuaría un consumidor razonable. Es este tipo de consumidor el que deberá ser digno de protección por el Código, en tanto es un estándar que tiene como objetivo incentivar conductas positivas y adecuadas. Si los consumidores actuaran con la diligencia ordinaria (pensemos en los ejemplos antes citados) la carga procesal del INDECOPI disminuiría grandemente, toda vez que las decisiones de consumo se han tomado de forma informada y responsable.

3.3. ¿Por qué contar con un estándar de consumidor razonable?

Tito y Puell manifiestan que,

“El rol que desempeñan los consumidores en el marco de una economía social de mercado es esencial (...) A efectos de

¹² ESPINOZA, Juan. “Oh!... y ahora ¿Quién no podrá defender del Tribunal Constitucional?”. *Ius et veritas*. Lima, 2004, número 29, pp. 310-311.

incentivar a los consumidores para que se desenvuelvan en el mercado como agentes activos que buscan y exigen información veraz y relevante, las normas de Protección al Consumidor restringen los alcances de su tutela a este tipo de consumidores a los que se califica como razonables.” (2009: 36-37)

Asimismo, Juan Espinoza señala que “el fundamento de este criterio de interpretación radica en formar consumidores cuidados y responsables, que se informen y tomen las precauciones adecuadas antes de hacer una decisión de consumo. Lo contrario llevaría a formar consumidores irresponsables y pocos diligentes a los que la Ley protegería aun en situaciones producidas por su propia irresponsabilidad.” (2004: 310). Y es que resulta más que claro que el Código no puede ni debe amparar los daños que han sido ocasionados producto de la propia negligencia de los consumidores.

Por lo antes expuesto, la protección a los “consumidores razonables” es con única finalidad de que el mercado funcione correcta y adecuadamente, lo cual será posible siempre que los consumidores actúen con la diligencia ordinaria al momento de tomar una decisión de consumo, es decir, deben de asumir un rol activo en el mercado, exigiendo a los proveedores mayor y mejor información.

El Código debe proteger a aquellos consumidores que actúan con responsabilidad en sus decisiones de consumo, por ejemplo, aquellos que leen los contratos antes de firmarlos. Caso contrario, se generarían incentivos para que los consumidores no lean ni se informen sobre los bienes o servicios que van a adquirir. Resulta más que evidente que el objetivo es promover la lectura e información, lo cual se lograría si la protección al consumidor sea siempre que aquel haya actuado con la diligencia mínima exigible.

En el caso en concreto, en las ventas de paquetes turísticos, la diligencia mínima exigible a los consumidores abarcaría las siguientes conductas: leer el contrato antes de firmarlo, consultar, informarse correctamente sobre los términos y condiciones del servicio, teniendo en consideración que suelen ser contratos a largo plazo (10, 15 o hasta 20 años), asimismo, consultar sobre los hoteles que abarcaría la membresía (cantidad de estrellas, lugares de ubicación, prestigio del hotel, servicios que se brindan en el hotel).

3.4. Análisis del tipo de consumidor protegido en las denuncias de ventas agresivas

Recordemos que la Comisión (en la Resolución Final N° 83-2019/CC3) y la Sala (a través de los lineamientos de Protección al Consumidor) han señalado que la protección al consumidor en las ventas agresivas se justifica, toda vez que aquel contrata un producto o servicio de manera desinformada o irreflexiva, producto de la presión –de manera prolongada- del proveedor. Sobre el particular, surge la siguiente interrogante: *¿Qué tipo de consumidor estaría protegiendo el INDECOPI? ¿Se está protegiendo a un consumidor que contrató un producto o servicio de manera irreflexiva y desinformada, alegando que si firmó fue por culpa de la presión de la cual habría sido víctima, cuando siempre tuvo la posibilidad de retirarse del local?*

Conforme hemos concluímos en el punto anterior, el Código de Protección y Defensa del Consumidor debe proteger a aquellos consumidores razonables, que actúen con la diligencia ordinaria exigible, esto es, proteger a aquellos consumidores que han leído el contrato y luego de la lectura y solicitud de mayor información al proveedor (en caso no se haya entendido alguna cláusula contractual) procedieron a firmar el contrato, en señal de conformidad. Por lo expuesto, ha quedado más que claro que la tutela no deberá amparar negligencias o imprudencias ocasionadas por el propio consumidor.

En el caso de las ventas agresivas los consumidores alegan haber sido víctimas de presión para contratar un producto o servicio y que fue por tal presión que terminaron suscribiendo un contrato, el cual muchas veces ni siquiera pudieron leerlo en su totalidad, por lo que producto de esa presión adquirieron un producto o servicio de manera irreflexiva y desinformada, sin tener opción a decir que no. Lo antes expuesto es incorrecto y denota una gran negligencia por parte del consumidor, toda vez que en el supuesto que hubiese existido presión, lo lógico es que aquel se retirara del local del proveedor sin suscribir documento alguno.

Y es que la supuesta presión se materializaría –conforme lo ha señalado la Comisión y la Sala- cuando el proveedor ofrece al consumidor una serie de ofertas tras ofertas o porque brinda solo los beneficios del producto o servicio, entre otras acciones que ya han sido detalladas en el numeral 2.3. del presente artículo.

De lo expuesto por la autoridad, surgen las siguientes interrogantes:

- 1) *¿Es indebido tratar de convencer a un consumidor para que compre un bien o adquiera un servicio?*
- 2) *¿El hecho de que se presenten diversas alternativas no es acaso algo normal o usual como estrategia de venta?*
- 3) *¿Realmente es correcto señalar que el consumidor se queda sin alternativas para negarse a la adquisición del bien o servicio?*
- 4) *¿O es que acaso el consumidor siempre es libre de decidir si contrata o no, pues la decisión depende exclusivamente de aquel?*

El hecho de que se pretenda convencer al consumidor contratar el producto o servicio no tiene nada de indebido y es que tal y como lo señala Castillo, “es el propio consumidor quien delimita o determina su intervención en la relación contractual, tal relación es un derecho del consumidor de ser él quien decide cuándo efectuar una relación de consumo.” (2017: 53)

En estos casos, la libre autonomía de la voluntad del consumidor asume un rol trascendental, pues dependerá exclusivamente de aquel si adquiere o no el producto o servicio ofrecido por el proveedor, toda vez que “el único sujeto que puede juzgar qué es lo que más le conviene al consumidor es él mismo, no estando ningún proveedor autorizado para arrogarse a tal decisión.” (Castillo. 2017: 54)

Respecto a que “no se le dejaría opción al consumidor para que se niegue a aceptar las tentadoras ofertas”, debemos precisar que el simple hecho de que se le presenten diversas alternativas (por ejemplo, alternativas de pago, alternativas de poder ceder el contrato de afiliación, alternativas de poder renovar el contrato, entre otras) demuestra una buena estrategia de venta empleada por el proveedor, no existiendo nada agresivo ahí.

Respecto a que “el consumidor se queda sin alternativas para negarse”, ello es incorrecto, pues conforme lo hemos venido sosteniendo, el consumidor es libre para poder decidir si contrata o no con el proveedor, pues depende exclusivamente de aquel establecer una relación contractual con el proveedor, ello en virtud de su derecho a la libre autonomía de la voluntad.

El consumidor es libre de decir “no”, pudiendo negarse a firmar los documentos, así como, puede retirarse del local sin que se vea forzado a quedarse ahí.

Finalmente, respecto a que “*el consumidor termina aceptando contratar por cansancio*”, precisamos que “el cansancio, fastidio o incomodidad que pueda sentir aquel no puede generar responsabilidad en el proveedor, en la medida que dichos sentimientos pertenecen exclusivamente al consumidor y a nadie más” (Rodríguez. 2010:46), siendo que –de sentirse así- lo lógico sería que el consumidor opte por retirarse y no suscribir ninguna documentación que implique la contratación de algún producto o servicio.

La finalidad del presente artículo es demostrar que los argumentos e interpretación (actual) asumida por la autoridad, en relación a la ventas agresivas, no hacen sino proteger a los consumidores negligentes, quienes al advertir la supuesta presión son libres de retirarse del local del proveedor sin firmar documentación alguna.

No obstante, lo antes expuesto no puede interpretarse manera general, toda vez que existen supuestos especiales que merecen nuestra debida atención.

El artículo IV del Título Preliminar del Código establece las Políticas Públicas, señalando en el numeral 4) que,

“El estado reconoce la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo, orientando su labor de protección y defensa del consumidor con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza.”

Y es que en estos casos, no resultaría exigible la racionalidad o diligencia mínima exigible antes comentada (la cual sugerimos se aplicase a los demás casos), toda vez que dicha situación especial del consumidor, podría ser tomada como ventaja por el proveedor a efectos de poder inducirlo a contratar un producto o servicio que no necesite o respecto del cual no ha tenido la posibilidad de analizarlo o evaluarlo.

A manera de ejemplo, pensemos en una pareja de esposos de la tercera edad (mayores de 60 años) que adquieren un paquete turístico, para lo cual suscriben un contrato cuya vigencia es de 20 años. Resulta más que evidente que dicho servicio no será disfrutado en su totalidad (como máximo viajarían los primeros 5 años). Asimismo, teniendo en consideración la edad de los contratantes, lo más probable es que no hayan tenido la oportunidad de haber leído la totalidad del contrato (sea por cansancio, lo cual es entendible por la edad). Esta situación será aprovechada por los proveedores.

En ese sentido, si bien sugerimos que la protección al consumidor, con la regulación de las ventas agresivas, no debería alcanzar a aquellos consumidores que actúen negligente o imprudentemente, sí es posible y correcta la protección a cierto grupo de consumidores quienes, por su situación especial o estado de vulnerabilidad, son posibles de ser víctimas de presión, toda vez que su situación puede ser aprovechada por los proveedores.

IV. Conclusiones

A manera de resumen, proponemos que el Código de Protección y Defensa del Consumidor proteja al consumidor que actúe con la diligencia mínima exigible en el mercado, toda vez que proteger al consumidor, en cualquier caso, sin importar su diligencia, es otorgarle una garantía de que siempre será tutelado incluso cuando ha actuado con irresponsabilidad. Lo antes expuesto no contribuye a reforzar el rol activo que deben tener los consumidores en el mercado.

Bajo esa línea de pensamiento, postulamos un cambio en la interpretación que se ha venido dando a las prácticas agresivas, toda vez que, conforme lo hemos analizado, los argumentos utilizados por la autoridad tienden a proteger al consumidor negligente, omitiendo (u olvidando) que aquel siempre tiene la posibilidad de decir que no, pudiendo retirarse del local del proveedor sin suscribir documento alguno.

No obstante lo antes expuesto, hemos delimitado un grupo de consumidores que sí merecen protección cuando se realicen este tipo de prácticas, toda vez que su situación especial puede ser aprovechada por los proveedores. Nos referimos a los consumidores vulnerables: niños, adulto mayor, consumidores de zonas rurales o de extrema pobreza.

Por lo antes expuesto, proponemos una modificación al numeral 58 del artículo 58° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, específicamente del inciso f), siendo el siguiente:

Métodos comerciales agresivos o engañosos

Artículo 58°.- Definición y alcances

“58.1 El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen:

(...)

f. En general, toda práctica que implique dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor. Lo antes expuesto será aplicable siempre y cuando el consumidor se encuentre en estado de vulnerabilidad, según lo establecido en el numeral 4) del artículo VI del Título Preliminar del presente Código, y cuando dicha particularidad haya sido aprovechada por el proveedor.”

V. Bibliografía

Artículos académicos y/o libros:

BULLARD, Alfredo

2010. “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario.” *Revista de la Competencia y la Propiedad intelectual*. Lima, 2018, número 10, pp. 5 - 14.

CARBONELL, Esteban

2015. *Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Edición: mayo 2015. Lima: Editorial JURISTA EDITORES E.I.R.L. pp. 274 – 282

CASTILLO, César

2017. *La aplicación de métodos comerciales coercitivos y métodos agresivos o engañosos en la venta de productos vacacionales en el*

Perú. Tesis, tesis para optar el título de abogado. Lima: Universidad de Piura, facultad de Derecho.

ESPINOZA, Juan

2004. "Oh!... y ahora ¿Quién no podrá defender del Tribunal Constitucional?". *Ius et veritas*. Lima, 2004, número 29, pp. 310-311.

MARAVÍ, Alfredo

2013. "Breves apuntes sobre el sistema de protección al consumidor en el Perú". *Revista de actualidad mercantil*. Lima, 2013, N° II, pp. 32-34.

RODRÍGUEZ, Gustavo

2010. "El Fantasma de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor". *Actualidad Jurídica*. Lima, 2010, número 202, pp. 45-48.

SANCHEZ DEL SOLAR, Miguel ÁNGEL

2005. "LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y LA FUNCIÓN DEL ESTÁNDAR DEL CONSUMIDOR RAZONABLE EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE CONSUMO". *Revista peruana de jurisprudencia*. Lima, 2005, N° 57, pp. 4-5, 31-32.

TITO, Johanna y PUELL, Melina

2009. *Jurisprudencia sobre protección al consumidor. Apuntes Temáticos*. Primera edición: año 2009. Lima: Editorial Tinco S.A.C. pp. 36 – 37 y 132.

Resoluciones Finales emitidas por el INDECOPI:

Resolución N° 765-2006/CPC (Expediente N° 1294-2005/CPC)

Resolución N° 866-2008/TDC-INDECOPI (Expediente N° 1351-2007/CPC)

Resolución Final N° 83-2019/CC3 (Expediente N° 224-2018/CC2)

Lineamientos Protección al Consumidor. Primera edición digital setiembre 2019

Normativa comparada:

Ecuador: Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

Colombia: Ley 1480 de 2011 (octubre 12), por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

