

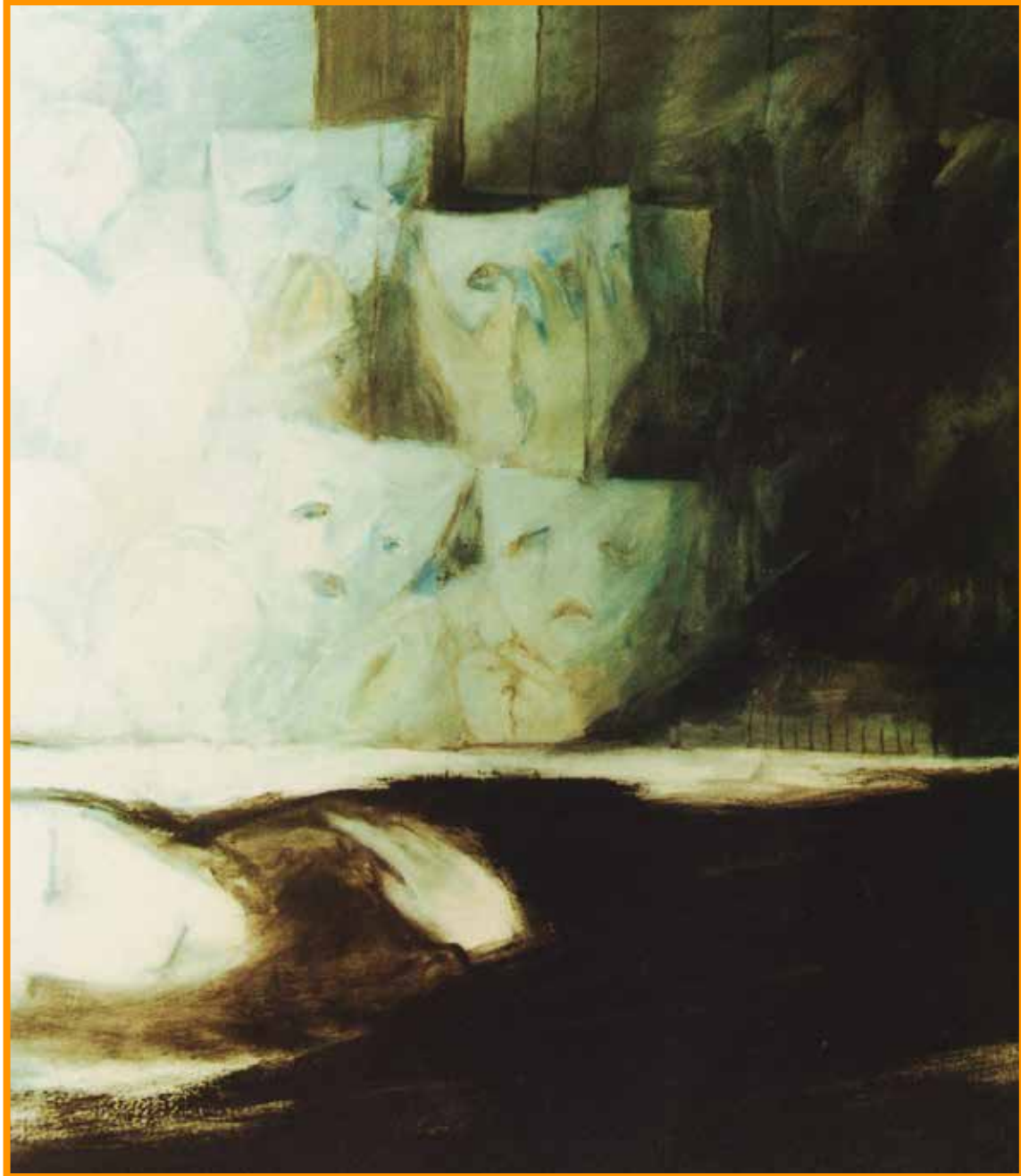
*El derecho a la restitución en el marco de la
protección al consumidor y su vulneración por
métodos comerciales agresivos*

*Right to Restitution in the Framework of
Consumer Protection and its Violation by
Aggressive Business Methods*

Sara Ynés Tello Cabello*

* Abogada por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, doctora en Educación por la Universidad Alas Peruanas, máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, egresada del doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Diploma de Especialización en el 13^{er} Curso Anual en Gestión y Dirección de Empresas por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultora empresarial, docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UAP, profesora en la Facultad de Contabilidad y Finanzas de la Universidad San Martín de Porres en los cursos de Derecho Empresarial y Marco Legal de los Negocios. E-mail: s_tello@doc.uap.edu.pe

Lex



Pal Gogi. Colección Colombia/Bogotá. Óleo (110x90 cm), año 1 983.

RESUMEN

El presente artículo tiene por finalidad analizar el artículo 59 del código de Protección y Defensa del consumidor, con el fin de acreditar que el plazo sumaráísimo establecido en la norma perjudica al consumidor, para el ejercicio de la acción administrativa por métodos comerciales agresivos o engañosos, constituyéndose en una vulneración al ejercicio del derecho de restitución.

Palabras clave: *Vulneración, ejercicio del derecho, restitución, métodos comerciales agresivos, consumidor.*

ABSTRACT

This article aims to analyze Article 59 of the Code of Consumer Protection and Defense, in order to certify that the summary period specified in the rule hurts consumers, to exercise administrative action by aggressive or misleading business methods, constituting a violation of the right of return.

Key words: *Violation, right, return, aggressive business methods, consumer.*

INTRODUCCIÓN

El marketing es la ciencia y el arte de explotar, crear y entregar valor para satisfacer las necesidades de un mercado objetivo, y obtener así una utilidad. El marketing identifica las necesidades y los deseos insatisfechos; define, mide y cuantifica el tamaño del mercado identificado y la potencial utilidad; determina con precisión cuáles segmentos puede atender mejor la compañía; y diseña y promueve los productos y servicios apropiados.¹ Dentro de las técnicas del marketing directo tenemos el sistema de llamado por teléfono, envío de mensaje de texto a celular o de mensajes de texto masivos, entre otros.

No obstante las bondades que representa la técnica de marketing directo para el consumidor en adquirir productos y servicios, esta técnica se ve opacada por el mal accionar comercial del vendedor o prestador del servicio, quien omitiendo, no informando debidamente de las cualidades y bondades de los productos y servicios induce al error al consumidor para beneficiarse económicamente de forma ilícita, accionar ilegal que la legislación peruana denomina “métodos comerciales agresivos o engañosos”; acción que se encuentra prohibida por el artículo 58 del Código de Protección y Defensa del Consumidor; es así 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.

Sin embargo, dicho accionar ilegal del proveedor se ve permitido en nuestro marco normativo especial, si es que transcurren siete días y el consumidor no ha presentado reclamo alguno, solicitando su derecho a la restitución, con lo que el accionar ilegal del proveedor queda impune, alterando la paz social y provocando el descrédito de las técnicas del marketing directo.

Finalmente, a modo de aporte académico, presentamos conclusiones con una aproximación a la solución del problema planteado.

¹ Philip Kotler. Traducción de Núñez Ramos Antonio. *Las preguntas más frecuentes sobre marketing*. Grupo Editorial Norma, 2005.

TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE CONSUMIDOR

Derecho del consumidor como derecho constitucional

El Derecho Constitucional estudia las instituciones políticas desde un ángulo jurídico. Su nombre proviene de la práctica inaugurada en los Estados Unidos en 1787 y más tarde en Francia en 1791, y generalizada después, *que consiste en reunir las reglas de derecho relativas a los órganos esenciales del Estado —Parlamento, Gobierno, elecciones, etc.—* en ese contexto solemne llamado “Constitución”. Pero todas las reglas de derecho relativas a las instituciones políticas no están contenidas en la Constitución: se encuentran también en las leyes ordinarias, en los decretos y los reglamentos de Gobierno, en las órdenes de los ministros y las autoridades locales, en las resoluciones de las asambleas, en las costumbres jurídicas o en los principios generales del Derecho, etc. El Derecho Constitucional las estudia todas, cualquiera que sea su fuente; a pesar de su nombre, no es únicamente el derecho de la Constitución.²

En ese contexto, nuestra Constitución no podía ser ajena a “los derechos de los consumidores”; tal es así que nuestra recordada Constitución Política del Perú de 1979 en su Art. 110 establecía que el Estado promovía el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad y la racionalización de los recursos; fomentaba los diversos factores de la producción y defendía el interés de los consumidores, lo cual significa una ratificación de la tendencia moderna que otorga rango constitucional a los derechos de la persona, alineándose las legislaciones de avanzada sobre este tema como la española y la argentina, en cuyo texto constitucional existe disposición similar.³

En efecto, el tema de los derechos del consumidor tiene un carácter polémico, en tanto que un sector de la doctrina moderna sostiene que la protección de los consumidores es un principio jurídico, para algunos de Derecho Natural y para otros de *lege referenda*, que lo eleva a la categoría de un derecho a raíz constitucional, que es la tendencia que ha prosperado, a tal punto que en varias legislaciones como la nuestra se ha llevado a la Constitución los derechos de los consumidores, y dentro de este contexto, entendemos que el artículo 51 de la Constitución española del 27 de diciembre de 1978 establece que el Estado garantizará la defensa de los consumidores y usuarios y protegerá la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos, y que los poderes públicos deberán promover su formación y educación y fomentarán sus organizaciones, para ser oídas en las cuestiones que pueden afectarse.⁴

² Maurice Duverger, citado por Raúl Chanamé Orbe, José Palomino Manchego, Luis Seanz Dávalos. *Derecho Constitucional General y Teoría del Estado*. Ediciones Jurídicas, 1994.

³ Julio Baltazar Durand Carrión. *Derecho del consumidor. Análisis de su autonomía y nuevas perspectivas de desarrollo*. Lima: Cultural Cuzco, 2006.

⁴ *Ibidem*.

Nuestro Tribunal Constitucional⁵ Peruano, mediante resolución motivada, se había pronunciado en el año 2004, refiriéndose que en el artículo 65 de la Constitución prescribe la defensa de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario, a saber:

- a) Establecer un principio rector para la actuación del Estado.
- b) Consigna un derecho personal y subjetivo.

Refiere el tribunal en el primer ámbito el artículo 65 de la Constitución, que expone una pauta basilar o postulado destinado a orientar y fundamentar la activación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia tiene como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

En el segundo ámbito, el artículo 65 de la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, reconoce y apoya el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

En nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado mediante ley N° 29571, en su Título Preliminar, Artículo I, establece de manera clara y precisa su contenido: “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 la protección de los derechos de los consumidores, dentro del marco del artículo 65 de la Constitución Política del Perú y en un régimen de economía social de mercado, establecido en el capítulo I del Título III, Del Régimen Económico, de la Constitución Política del Perú”.

El artículo I del Título Preliminar del código de Protección y Defensa del Consumidor establece su protección al consumidor en dos puntos importantes a resaltar: a).- La protección de los derechos de los consumidores dentro del marco normativo contemplado en nuestra Constitución prevista en el artículo 65, que establece “como protección al consumidor” el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran en disposición de los consumidores y usuarios en el mercado; y b).- El Régimen Económico social de Mercado (entendiendo este último lo establecido en el art. 58 de la Constitución Política del Perú).⁶

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 03314-2004-AA/TC.

⁶ Entendida la economía social de mercado como otro tipo de organización de la economía donde las unidades económicas son independientes entre sí en el ejercicio de la libre iniciativa. Su actuación está inspirada en el lucro, y es un principio de plena competencia; en este tipo de mercado, la presencia del Estado tiene la tarea de estimular y reglamentar el ejercicio de la iniciativa privada, con la finalidad de armonizarla con el interés y la justicia social. Esta opción otorga al

La protección al consumidor constituye un conjunto de medidas legales que toma el Estado para una correcta protección al consumidor; hoy en día la protección al consumidor va más allá de los “derechos del consumidor y su relación con el consumidor-proveedor”, extendiendo su protección jurídica de una manera más eficiente a los contratos, métodos comerciales abusivos, la protección al consumidor en productos o servicios específicos, responsabilidad y sanciones, así como la defensa colectiva de los consumidores.

En suma, la Constitución política solo tiene la posibilidad de ser realmente cumplida y aplicada cuando la respalda un poder social constituido por la conciencia mayoritaria de los pueblos, y como parte de esta, por una conducta proba de los jueces y otros funcionarios del Estado.⁷

Derecho del consumidor como derecho de la persona

El derecho del consumidor debe ser entendido como un derecho subjetivo y personal que una vez transgredido debe ser reparado, puesto que esa transgresión equivale a una violación de uno de los derechos de la persona y debe tener jurídicamente un tratamiento similar a la violación de la libertad, la intimidad o cualquier otro atributo de la personalidad. La materialización de la protección a los consumidores es consecuencia del reconocimiento de la existencia de una gran mayoría de personas que al realizar las operaciones normales de la vida diaria no están en condiciones de conseguir por sí solas calidades y precios adecuados, se ven imposibilitados de ejercer sus derechos por no contar con los recursos necesarios para enfrentarse a los productores y proveedores.⁸

Savigny, citado por Espinoza Espinoza, dijo que solo el hombre, completo e individual, es persona para el derecho,⁹ entendida de esta manera la categoría jurídica de persona individual. Nuestra Constitución política otorga la categoría de persona como fin supremo de la sociedad.

En ese sentido, el Estado interviene cada vez más con mayor amplitud, modificando, regulando normas jurídicas, tanto en el campo de la publicidad, de la contratación, etc., toda vez que el interés del consumidor ulteriormente protegido es un interés propio de la persona humana. Proteger al consumidor significa en esencia proteger a la persona humana, en tanto y cuanto es sujeto de necesidades y fin supremo de la sociedad y del Estado.¹⁰ Sin embargo, dicha la protección hemos visto relegada en los métodos comerciales agresivos o engañosos.

Estado la promoción y tutela de los siguientes criterios básicos: seguridad, libertad, propiedad, mercado abierto, bienestar armónico y compartido (el bienestar armónico y compartido lleva a la búsqueda del empleo, la distribución equitativa del ingreso, la prestación de servicios sociales amplios extendidos, así como la garantía del goce de los derechos sociales. En nuestro país constitucionalmente se estableció “la economía social de mercado”.

⁷ Jorge Rendón Vásquez. *Documentos constitucionales de la historia universal*. Editorial Edial, 2003.

⁸ Julio Baltazar Durand Carrión. *Op. cit.*

⁹ Juan Espinoza Espinoza. *Derecho de las personas*. Tercera edición. Lima: Editorial Huallaga, 2001, p. 107.

¹⁰ Julio Baltazar Durand Carrión. *Op. cit.*

Derecho del consumidor como derecho multidisciplinario

Esta multidisciplinariedad no impide hablar de la autonomía del derecho del consumidor. La multidisciplinariedad del derecho del consumidor lo lleva a hacer incursiones en casi todas las ramas del Derecho y de otras ciencias no jurídicas. El Instituto Nacional de Consumo de España expresa que no hay duda de que el derecho del consumidor es multidisciplinario y así debe seguir siéndolo. Esta multidisciplinariedad comporta dos acepciones, una interna y otra externa.¹¹

En nuestro país tampoco podemos hablar de una autonomía del derecho del consumidor, que sin duda comparte su aplicación del mismo con el derecho administrativo y procesal administrativo. Sin perjuicio de una relación directa con las otras ramas del Derecho, como la norma procesal, civil, tributaria, constitucional, procesal constitucional, entre otras.

En el orden interno, el derecho del consumidor es multidisciplinario porque, aparte de los suyos propios, comparte ciertos principios, conceptos, institutos e instrumentos con otras ramas jurídicas. Durante mucho tiempo la naturaleza de la rama fue utilizada como el único criterio para clasificación de la disciplina jurídica y sobre la base de tal criterio tenemos, entre otros, el Derecho civil, el Derecho mercantil, el Derecho penal, el Derecho procesal civil, el Derecho administrativo y tributario.¹²

Teorías de los intereses difusos

Hablamos en general de intereses difusos para calificar a los que pertenecen indistintamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de una comunidad conformada alrededor de una imagen objetivo: la pretensión de goce por parte de cada uno de ellos, de una misma prerrogativa, en virtud de la indivisibilidad de los bienes perseguidos, por su naturaleza no susceptibles de aprobación exclusiva. Se traduce en intereses colectivos mediante un procedimiento de sectorización y especificación, cuando tiene como punto subjetivo de referencia una estructura organizativa no ocasional, individualizable, como componente sociológico concreto (no contingente) dentro de la colectividad en general.¹³

El interés protegido del consumidor es en esencia el de la persona humana en tanto sujeto de necesidades y fin supremo de la sociedad y del Estado; por ello, la perspectiva de su protección debe proyectarse hacia la colectividad en general.¹⁴ Para defender los intereses colectivos de los consumidores en nuestro país, se han creado las famosas asociaciones de consumidores, a fin de velar por los intereses de los consumidores cuando se vea afectado el interés colectivo de los consumidores.

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR¹⁵

Principio de soberanía del consumidor.¹⁶ El consumidor es el agente más importante en el mercado, y por ello se le debe brindar información relevante, necesaria y útil para que este pueda tomar una decisión libre en base a la debida información que pueda tener, a fin de que sea el consumidor quien oriente a las mejoras de los condiciones de los productos o servicios ofrecidos en el mercado con ayuda de sus decisiones. Para un mejor entender, la permanencia de un producto en el mercado va a depender del constante consumo que realicen el consumidor o usuario; entonces, si el consumidor o usuario no realiza tal uso o consumo, se presume que el producto ofertado en el mercado no satisface sus necesidades, lo que generará que el proveedor del producto mejore la calidad del producto a gusto de los consumidores o usuarios.¹⁷ Muchas veces se dice que el consumidor sanciona al mercado con su indiferencia en la adquisición del producto, y este último se ve obligado a mejorar su calidad.

Principio pro consumidor.¹⁸ El Estado va a ejercer una protección especial al consumidor o usuario cuando esté dentro de un contrato de consumo, debido a que siempre se encuentra vulnerable, y por tanto en desventaja con respecto al proveedor. Esa vulnerabilidad se debe al desnivel que se genera en los sujetos de la relación de consumo, la cual resulta de la ventaja que tiene el proveedor frente al consumidor. La ventaja que se genera en beneficio del proveedor es una ventaja natural. Esta se debe a que está en manos del proveedor hace llegar al consumidor la información suficiente para que este tome la decisión correcta con respecto al consumo o uso de un determinado producto.

Por ello, este principio busca dar una protección más efectiva al consumidor o usuario, ya que se considera que es este la parte débil en el contrato; más aún si tenemos en cuenta que en los métodos comerciales agresivos el consumidor se encuentra acosado por el proveedor.

Principio de transparencia.¹⁹ Gracias a este principio, los proveedores se encuentran en la obligación de generar una plena accesibilidad a la información de los productos y servicios

¹⁵ Esteban Carbonell O'Brien. *Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Versión actualizada y ampliada. Lima: Juristas Editores E.I.R.L., 2015.

¹⁶ Artículo V. Principios. *Principio de Soberanía del Consumidor*.- Las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten al mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos.

¹⁷ Esteban Carbonell O'Brien. *Op. cit.*

¹⁸ Artículo V. Principios. *Principio pro consumidor*.- En cualquier campo de su actuación el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de ese principios, en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, deben interpretarse en sentido más favorable al consumidor.

¹⁹ Artículo V. Principios. *Principio de Transparencia*.- En la actuación en el mercado, los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen. La información brindada debe ser veraz y apropiada conforme al presente Código.

que ofrecen a todo consumidor o usuario, para de esta manera evitar que el consumidor o usuario sea engañado por una falsa publicidad y por la carencia de información relevante y veraz. Este principio se ve relegado en la protección en los métodos comerciales agresivos o engañosos, al no haber igualdad de condiciones entre el proveedor y el consumidor.

Principio de corrección de la asimetría.²⁰ Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante que coloque a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado.

Principio de buena fe.²¹ El principio de la buena fe es un principio general del Derecho y, por ende, de aplicación dentro de todo nuestro ordenamiento jurídico. Sostener que estamos ante un principio general del Derecho nos lleva a concluir que el mismo es anterior y se encuentra por encima de la legislación, es decir, que no necesita de esta última para resultar exigible en su condición de mandato de optimización.

Este principio es definido por la doctrina como “un modelo de conducta social, o, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado”. Esta definición nos permite inferir que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado en la medida que no es posible realizar un listado de cada uno de los actos que atentan contra él. Principio que se ve vulnerado con una mayor indefensión al consumidor en las ventas agresivas.

Principio de protección mínima.²² La norma en comento contiene las normas de mínima protección a los consumidores y no impide que las normas sectoriales puedan dispensar un nivel de protección mayor.

Principio pro asociativo.²³ El Estado facilita la actuación de las asociaciones de consumidores o usuarios en un marco de actuación responsable y con sujeción a lo previsto en el presente Código.

²⁰ Artículo V. Principios. *Principio de Corrección de la Asimetría.*- Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado.

²¹ Artículo V. Principios. *Principio de Buena Fe.*- En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores y sus representantes deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular.

²² Artículo V. Principios. *Principio de Protección Mínima.*- El presente código contiene las normas mínimas de protección a los consumidores y no impide que las normas sectoriales puedan dispensar un nivel de protección mayor.

²³ Artículo V. Principios. *Principio Pro Asociativo.*- El Estado facilita la actuación de las Asociaciones de Consumidores o usuarios en un marco de actuación responsable y con sujeción a lo previsto en el presente código.

Principio de primacía de la realidad.²⁴ En la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa.

MÉTODOS COMERCIALES AGRESIVOS O ENGAÑOSOS

Según Estivagarribia y Gilbota, citado por Gustavo Rodríguez García,²⁵ 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.

El artículo 58²⁶ del Código define a los métodos comerciales agresivos o los métodos comerciales engañosos de la siguiente manera:

²⁴ Artículo V. Principios. *Principio de Primacía de la Realidad.*- En la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realizan, persigan o establezcan la forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyace al acto jurídico que la expresa.

²⁵ Gustavo Rodríguez García. “El fantasma de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del consumidor”. *Actualidad Jurídica*, 202 (setiembre 2010), p. 47.

²⁶ 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 y el dolo.

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

Crear la impresión de que el consumidor ya ha ganado, que ganará o conseguirá, si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente cuando, en realidad: (I) tal beneficio no existe, o (II) la realización de una acción relacionada con la observación del premio o ventaja equivalente está sujeta a efectuar un pago o incurrir en un gasto.

El cambio de la información originalmente proporcionada al consumidor al momento de celebrarse la contratación, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.

El cambio de las condiciones del producto o servicio antes de la celebración del contrato, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.

Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realizar proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e impertinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades.

Emplear centros de llamadas (call centers), sistema de llamado telefónico, envío de mensaje de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos o servicios, así como prestar el servicio de telemarketing a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas que hayan sido incorporados en el registro implementado por el Indecopi para registrar a los consumidores que no deseen ser sujetos de las modalidades de promoción antes indicadas.

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.

58.2 La presente disposición comprende todo tipo de contratación de productos o servicios, sea efectuada mediante contratos dentro o fuera del establecimiento del proveedor, ventas telefónicas, a domicilio, por catálogo, mediante agentes, contratos a distancia, y comercio electrónico o modalidades similares.

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 y el dolo.

(...)

Sobre la base de esta definición, se tipifican como conductas prohibidas las siguientes:²⁷

a. **Crear la impresión de que el consumidor ya ha ganado, que ganará o conseguirá, si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente cuando, en realidad: (I) tal beneficio no existe, o (II) la realización de una acción relacionada con la observación del premio o ventaja equivalente está sujeta a efectuar un pago o incurrir en un gasto.**

Esta conducta se sigue presentando con relativa frecuencia en la práctica. El caso típico es el de la agencia de viaje que le comunicaba a una determinada cantidad de personas que habían obtenido un premio consistente en un pasaje para viajar a un destino, pero con la condición de que contrataran el alojamiento u otros servicios con la agencia de viajes en cuestión. De esta forma, no se trataba en realidad de un premio, pues el consumidor no podía acceder a él a menos que contratase los otros servicios impuestos. Se debe precisar que ciertas conductas “engañosas” podrían constituir delito de estafa cuando se den los supuestos establecidos en el Código Penal. Siguiendo el ejemplo propuesto, la agencia de viaje comunica al supuesto beneficiario que el premio le sería entregado (error, mediante engaño) siempre que realice el desprendimiento patrimonial (pago por adquisición de alojamiento u otro servicio), procurándose aquella un beneficio económico (lucro, por el pago que realizó el consumidor), con lo que finalmente el premio resulta no ser el deseado, esperado o propuesto.

b. **El cambio de la información originalmente proporcionada al consumidor al momento de celebrarse la contratación, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.**

Ocurre también que muchos proveedores captan a los consumidores sobre la base de información proporcionada en forma preliminar. Al generar el interés del consumidor, los proveedores modifican la información brindada al momento de concretarse la contratación, de forma tal que el consumidor es inducido a error, al no indicársele expresamente los datos o aspectos que han sido variados. Este supuesto también puede devenir en un delito de estafa, conforme a lo antes desarrollado; es decir, está entre el límite de la infracción administrativa y la sanción penal.

²⁷ Cristhian Northcote Sandoval. “Protección de los consumidores contra los métodos comerciales abusivos”. *Actualidad Empresarial. Revista de Investigación y Negocios*. (Agosto 2013), pp. X3-X4.

c. El cambio de las condiciones del producto o servicio antes de la celebración del contrato, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.

Es un supuesto similar al anterior, en el cual las características o condiciones del producto o servicio son modificadas, sin informársele debidamente al consumidor antes de contratar.

Esta omisión, que puede ser deliberada o negligente, sugiere una variación inconsulta a las expectativas del consumidor, quien se ve burlado en su buena fe, pues dicho cambio no siempre resulta en beneficio del usuario.

d. Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realizar proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e impertinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades.

Los métodos agresivos se configuran precisamente cuando los proveedores emplean medidas que presionan a los consumidores a adquirir o contratar productos o servicios, sobre todo en situaciones en las que el consumidor ni siquiera ha solicitado o ha manifestado su interés en los referidos productos o servicios.

Estas situaciones se presenta también para el engaño, pues muchos ofrecimientos se realizan en condiciones o situaciones que no corresponden a un ambiente normal de una contratación comercial, como los ofrecimientos que se hacen en el domicilio de los consumidores o a través de llamadas o comunicaciones a sus domicilios o centros de trabajo, de forma tal que el consumidor se encuentra desprevenido con respecto a la posibilidad de contratar. Este tipo de conducta afecta no solo la libre elección del consumidor en su condición de tal, sino esencialmente el derecho constitucional que asiste a toda persona de decidir voluntariamente sobre un determinado producto a consumir.

e. Emplear centros de llamadas (call centers), sistema de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos o servicios, así como prestar el servicio de telemarketing a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas que hayan sido incorporados en el registro implementado por el Indecopi para registrar a los consumidores que no deseen ser sujetos de las modalidades de promoción antes indicadas.

Otra forma agresiva de utilizar los medios de comunicación por parte de los proveedores es la de llamar o enviar mensajes electrónicos a los números o direcciones electrónicas que los consumidores, previamente, han registrado ante el Indecopi. Situación que se ve agravada cuando podemos estar frente a terceros que utilizan estos medios para estafar, aprovechándose de la buena fe del consumidor o de su ignorancia sobre cómo proceder.

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.

Como una cláusula general, este literal hace referencia a todas las conductas que realice un proveedor, por las cuales ejerza violencia, dolo o intimidación sobre un consumidor, para forzarlo o presionarlo a contratar.

Las prohibiciones antes señaladas se aplican a todo tipo de contratación de productos o servicios, efectuada mediante contrato dentro o fuera del establecimiento del proveedor, ventas telefónicas a domicilio, por catálogo, mediante agente, contratos a distancia y comercio electrónico o modalidades similares.

Los modelos circulantes en Italia, Brasil, Alemania, Francia o en la Directiva Comunitaria (que no prohibían las ventas agresivas reconocen un derecho de reflexión y un derecho a apartarse del contrato. En cambio, el Código de Protección y Defensa del Consumidor (art. 59) asume el modelo del derecho a la restitución. Así, el consumidor tiene derecho a la restitución inmediata de las prestaciones materia del contrato del consumo en aquellos casos en que el proveedor haya incurrido en algunas de las prácticas indicadas en el artículo 58, cualquiera sea la modalidad de contratación empleada. Para tal efecto, el consumidor cuenta con un plazo de siete (7) días calendarios, contados a partir del día en que se produjo la contratación del producto o servicio, o desde el día de su recepción o inicio de su ejecución, lo que ocurra con posterioridad, sin perjuicio de su derecho a ejercer las acciones administrativas pertinentes conforme a las disposiciones de presente Código, o a solicitar la anulación del contrato en la vía jurisdiccional correspondiente.²⁸

DERECHO A LA RESTITUCIÓN²⁹

El Código ha establecido como mecanismo correctivo de la práctica agresiva, “el derecho a la restitución”. Este derecho permite al consumidor ejercer su facultad de solicitar la

²⁸ Juan Espinoza Espinoza. “Primeras reflexiones a propósito del Código de Protección y Defensa del Consumidor”. *Ius et Veritas* (2010).

²⁹ Artículo 59.- derecho a la restitución.- El consumidor tiene derecho a la restitución inmediata de las prestaciones materia del contrato de consumidor en aquellos casos en que el proveedor haya incurrido en alguna de las prácticas indicadas en el artículo 58°, cualquiera sea la modalidad de consumidor empleada.

Para tal efecto, el consumidor cuenta con un plazo de siete días calendarios, contados a partir del día en que se produjo la contratación de producto o servicio, desde el día de su recepción o inicio de su ejecución, lo que ocurre con posterioridad, sin perjuicio de su derecho a ejercer las acciones administrativas permitidas conforme a las disposiciones del presente código o a solicitar la anulación del contrato en la vía jurisdiccional correspondiente.

El derecho a la restitución se considera válidamente ejercido cuando el consumidor comuniquen fehacientemente al proveedor sobre ello y proceda a la devolución de los productos recibidos o solicite la interrupción del servicio contratado.

Ejercido este derecho, el consumidor no asume reducción alguna del monto a ser devuelto en caso de que haya efectuado un uso normal del producto o disfrute del servicio, salvo que se haya generado un manifiesto deterioro o pérdida de su valor.

Corresponde al consumidor probar la causal que sustenta su derecho a la restitución y el ejercicio de este derecho conforme a lo dispuesto en el presente artículo.

restitución inmediata de las prestaciones materia del contrato de consumo dentro de los siete días calendarios contados desde el día en que se produjo la contratación del servicio o adquisición del producto o desde el día de su recepción o inicio de ejecución, lo que ocurra con posterioridad.³⁰ Debemos precisar que ese derecho es para el consumidor que advirtió a tiempo la práctica agresiva, ya que si el consumidor no advirtió la práctica agresiva en el plazo de siete días, dicha práctica agresiva se perfecciona bajo un consentimiento.

Más aún si se advierte que el plazo sumarísimo impuesto por la norma es muy corto, y lo más grave es que “la carga de la prueba recae en el consumidor”. Consideramos que el plazo de siete días es muy corto, considerando que debe haber un plazo razonable para ejercer el debido procedimiento. Consideramos importante una modificatoria al artículo 59 del Código de Protección al Consumidor, ampliando el plazo de restitución a 30 días naturales, ya que como se impone normativamente en siete días, se ve vulnerado el derecho del consumidor por la misma exigencia del último párrafo del art. 59, que establece que el consumidor debe acreditar la causa.

REFLEXIONES FINALES

1. La protección a los consumidores ha llegado a alcanzar en los últimos tiempos una notoria importancia, pudiendo resultar sorprendente, sobre todo desde un punto de vista retrospectivo, que un tema al que se atribuye hoy tan marcada relevancia haya aparecido como problema reciente. Porque lo cierto es que si bien ya hace mucho tiempo que pueden encontrarse en la legislación normas concretas para la protección a los consumidores, piénsese en el control administrativo en materia de medicinas o de alimentos, en la idea de llevar a cabo una política global dirigida a conseguir esa protección,³¹ más aún si tomamos en cuenta que en esencia el consumidor es persona humana, y todos somos consumidores.

2. En efecto, la necesidad de que el consumidor sea protegido es consecuencia del reconocimiento de que existe una gran masa, la inmensa mayoría de personas, que al realizar las operaciones normales de la vida diaria, referidas principalmente a la adquisición de bienes y servicios, no están en condiciones de conseguir por sí solas unas calidades y unos precios adecuados.

3. El prototipo del consumidor necesitado de protección es la persona que individualmente no está en condiciones de hacer valer sus justas exigencias sobre los productos o servicios que adquiere y que carece de los medios necesarios para enfrentarse con las empresas con las que contrata.³²

³⁰ Espinoza Espinoza, Juan. *Op. cit.*

³¹ Rodríguez-Cano, Alberto Bercovitz. “La protección de los consumidores, la Constitución Española y el Derecho Mercantil”. En *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid: Editorial Tecnos, 1987.

³² *Ibidem.*

4. Ante el crecimiento rápido, vertiginoso de la venta de productos y servicios bajo la técnica del marketing directo, con clientes que no pueden expresar un consentimiento verdadero formado en la reflexión de sus propias conveniencias, la legislación nacional ha establecido el derecho de restitución para proteger al consumidor como mecanismo correctivo de esta práctica agresiva de ventas, lo que nos parece acertado, pero no compartimos que el plazo sea tan corto como siete días, más aún si la carga de la prueba recae sobre el consumidor.

5. Estando que es el consumidor quien debe probar que los productos o servicios que adquirió no tienen la calidad o cantidad que le ofertaron mediante el marketing directo, ante la ausencia de información veraz por parte del vendedor y ante la falta de una institución estatal que le brinde información fidedigna al respecto (solo existe una asociación, que es ASPEC [Asociación Peruana de Consumidores]), consideramos que el plazo razonable debe ser de 30 días naturales y no de 7 días, como lo ha establecido la norma nacional.

6. Finalmente, en consideración a lo vertido en la reflexión anterior, se hace necesario que el legislador contemple la necesidad de la creación de un organismo supervisor de la venta de productos o servicios vía marketing directo, institución en la que previamente se debe proceder a inscribir de forma sumaria las bondades, calidades y cantidades de los productos y servicios por parte de los vendedores y luego proceder a ofertarlos al público, acto que facilitaría al consumidor tener una prueba preconstituida para presentar su reclamo de forma inmediata dentro de los siete días. Mientras no se cree este organismo supervisor, se hace necesario que el plazo sea de treinta días calendarios.

REFERENCIAS

- Carbonell O'Brien, Esteban. *Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Versión actualizada y ampliada. Lima: Juristas Editores E.I.R.L, 2015.
- Chanamé Orbe, Raúl; José Palomino Manchego; Luis Seanz Dávalos. *Derecho Constitucional General y Teoría del Estado*. Ediciones Jurídicas, 1994.
- Durand Carrión, Julio Baltazar. *Derecho del consumidor. Análisis de su autonomía y nuevas perspectivas de desarrollo*. Lima: Cultural Cuzco, 2006.
- Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de las personas*. Tercera edición. Lima: Editorial Huallaga, 2001, p. 107.
- Espinoza Espinoza, Juan. "Primeras reflexiones a propósito del Código de Protección y Defensa del Consumidor". *Ius et Veritas* (2010).
- Kotler, Philip. Traducción de Núñez Ramos Antonio. *Las preguntas más frecuentes sobre marketing*. Grupo Editorial Norma, 2005.
- Northcote Sandoval, Cristhian. "Protección de los consumidores contra los métodos comerciales abusivos". *Actualidad Empresarial. Revista de Investigación y Negocios*. (Agosto 2013), pp. X3-X4.
- Rendón Vásquez, Jorge. *Documentos constitucionales de la historia universal*. Editorial Edial, 2003.
- Rodríguez-Cano, Alberto Bercovitz. "La protección de los consumidores, la Constitución Española y el Derecho Mercantil". En *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid: Editorial Tecnos, 1987.
- Rodríguez García, Gustavo. "El fantasma de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del consumidor". *Actualidad Jurídica*, 202 (setiembre 2010).

Recibido: 01/09/2015

Aceptado: 30/09/2015