



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA APLICACIÓN DE MÉTODOS COMERCIALES COERCITIVOS Y MÉTODOS AGRESIVOS O ENGAÑOSOS EN LA VENTA DE PRODUCTOS VACACIONALES EN EL PERÚ

César Castillo-Garagate

Piura, septiembre de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Castillo, C. (2017). *La aplicación de métodos comerciales coercitivos y métodos agresivos o engañosos en la venta de productos vacacionales en el Perú* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

CÉSAR AUGUSTO CASTILLO GARAGATE

**LA APLICACIÓN DE MÉTODOS COMERCIALES COERCITIVOS
Y MÉTODOS AGRESIVOS O ENGAÑOSOS EN LA VENTA DE
PRODUCTOS VACACIONALES EN EL PERÚ**



**UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO**

Tesis para optar el Título de Abogado.

2017

APROBACIÓN

La tesis titulada “*La aplicación de métodos comerciales coercitivos y métodos agresivos o engañosos en la venta de productos vacacionales en el Perú*”, presentada por el bachiller César Augusto Castillo Garagate en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal.

Director de Tesis

DEDICATORIA

A Dios, a mi amada esposa, a mis padres y hermanos, pilares fundamentales de mi vida, por su amor, apoyo y comprensión incondicional.

AGRADECIMIENTO

Un agradecimiento especial a mi asesora de Tesis, Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal, por brindarme su conocimiento, dedicación e inagotable paciencia.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I: LA CONTRATACIÓN Y LOS PRODUCTOS VACACIONALES | 5 |
| 1. La contratación y sus modalidades | 5 |
| a. La contratación en masa | 5 |
| b. Contrato de adhesión y las cláusulas generales de contratación | 11 |
| 2. Los productos en materia vacacional | 14 |
| a. Evolución y expansión del contrato vacacional | 14 |
| b. Desarrollo normativo en el ámbito peruano | 16 |
| c. La multipropiedad en el Perú..... | 17 |
| CAPÍTULO II: LOS MÉTODOS COMERCIALES ABUSIVOS: ALCANCE DE LOS MÉTODOS COMERCIALES COERCITIVOS Y MÉTODOS AGRESIVOS O ENGAÑOSOS | 19 |
| 1. Tratamiento de los métodos comerciales abusivos en el derecho comparado | 19 |
| A. Marco normativo europeo..... | 19 |
| a. La directiva comunitaria sobre las prácticas comerciales desleales agresivas: Directiva 2005/29/CE..... | 20 |
| a.1. Las prácticas comerciales engañosas | 22 |
| a.2. Las prácticas comerciales agresivas..... | 24 |

| | | |
|----|---|----|
| B. | Marco normativo norteamericano: Alcances de la <i>Federal Trade Commission</i> | 26 |
| 2. | Tratamiento de los métodos comerciales abusivos en el Derecho Peruano..... | 28 |
| A. | Tratamiento en la Ley de Protección al Consumidor y las instancias administrativas..... | 29 |
| B. | Tratamiento en el Código de Protección y Defensa del Consumidor..... | 30 |

CAPÍTULO III. LA APLICACIÓN DE MÉTODOS COMERCIALES COERCITIVOS Y AGRESIVOS EN LA CONTRATACIÓN Y SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN EN LA NORMATIVA PERUANA.....

| | | |
|-------|--|----|
| 1. | Primeros alcances normativos. Ley de Protección al Consumidor..... | 33 |
| A. | El tratamiento peruano de las ventas agresivas en la Ley de Protección al Consumidor por parte de las instancias administrativas..... | 37 |
| a. | La inexistente tipificación de las ventas agresivas en la Ley de Protección al Consumidor y su análisis como infracción al deber de idoneidad..... | 38 |
| b. | Breve estudio de los pronunciamientos emitidos por Indecopi sobre métodos comerciales coercitivos..... | 39 |
| 2. | Desarrollo actual de las figuras y su tratamiento en el Código de Protección y Defensa del Consumidor..... | 43 |
| A. | Métodos comerciales coercitivos..... | 43 |
| B. | Métodos comerciales agresivos o engañosos..... | 51 |
| a. | Las ventas agresivas como Método Comercial Agresivo en el Perú..... | 57 |
| b. | Estudio de los pronunciamientos emitidos Indecopi sobre métodos comerciales agresivos o engañosos (ventas agresivas)..... | 60 |
| c. | Criterios resaltantes de las ventas agresivas..... | 64 |
| (i) | La adecuación del criterio de consumidor razonable a las circunstancias de las ventas agresivas..... | 64 |
| (ii) | El detrimento de la voluntad..... | 67 |
| (iii) | La exigibilidad de la carga de la prueba: inflexibilidad que produce imposibilidad de probar..... | 68 |
| d. | Derecho a la restitución..... | 74 |

| | |
|---|----|
| C. Comentario a la Resolución n° 4356-2014/SPC-INDECOPI: Breve análisis a los procedimientos iniciados contra Blue Marlín Beach Club S.A..... | 76 |
| CONCLUSIONES | 81 |
| BIBLIOGRAFÍA | 85 |

ABREVIATURAS

| | |
|------|--|
| Cfr. | Confrontar |
| CPDC | Código de Protección y Defensa del Consumidor |
| FTC | <i>Federal Trade Commission</i> |
| LPC | Ley de Protección al Consumidor |
| RCI | <i>Resort Condominiums International</i> |
| Sala | Sala Especializada en Protección al Consumidor |
| TDC | Tribunal de Defensa de la Competencia |

INTRODUCCIÓN

Uno de los fundamentos para la protección al consumidor es la desigualdad de información que existe entre los proveedores de productos y servicios frente a los consumidores, quienes se encuentran en desventaja durante la relación de consumo, en tanto no cuentan con el mismo conocimiento sobre lo que se pretende adquirir y no tienen los mismos mecanismos para defenderse ante cualquier vulneración de sus intereses. En atención a ello, se advierte que los consumidores, si bien saben qué es lo que desean contratar o adquirir, no necesariamente tienen a su disposición la información que les permitiría adoptar decisiones adecuadas de consumo o elecciones más convenientes, a diferencia de los proveedores que, debido a su conocimiento especializado y su experiencia en el mercado, tienen una mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofertan.

En reiteradas oportunidades, la divergencia o desigualdad de información que existe entre proveedor y consumidor crea un desbalance durante la relación de consumo, adquiriendo el proveedor mayor ventaja sobre el consumidor, materializado ello, en un desequilibrio, que trae como consecuencia que los proveedores adopten y empleen métodos comerciales abusivos, que como siempre perjudican al consumidor y vulneran sus derechos.

Sobre el particular, el CPDC entiende a los métodos comerciales abusivos como aquellas conductas, realizadas por los proveedores de bienes y servicios, en perjuicio del consumidor; distinguiendo tres tipos de conductas prohibidas: métodos abusivos de cobro, métodos comerciales coercitivos y métodos comerciales agresivos o engañosos, siendo estos dos últimos, los temas que serán abordados en el presente trabajo de investigación, el cual ha sido realizado con la intención de aclarar las dudas generadas por la cantidad de denuncias presentadas, en temas relacionados con métodos comerciales agresivos, ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), durante mi desempeño laboral en esta institución; en tanto, pese a la protección con la que goza el consumidor peruano en las relaciones de consumo, muchos de los pronunciamientos emitidos por este organismo público especializado, no fueron favorables para las personas que se vieron afectadas con este tipo de métodos.

Tales cuestionamientos surgieron cuando advertí que en la mayoría de las denuncias presentadas por los consumidores afectados se había comprobado el sometimiento a métodos agresivos o engañosos, conocidos también como ventas agresivas. No obstante a ello, las decisiones del Indecopi en muchos casos, no ampararon los hechos materia de denuncia; al no contar nuestro país con dispositivos legales específicos que protegieran a los usuarios de tales prácticas restrictivas de sus derechos, imponiendo en muchos de los casos, la carga de la prueba como responsabilidad del consumidor afectado, viéndose vulnerado su derecho de poder dar término a vínculos contractuales en los que no habían prestado su consentimiento, ante la exigencia de una penalidad de índole económica que resultaba siendo demasiado onerosa.

Por tales motivos mi investigación se basó en la utilización del método de investigación cronológica y de deducción, mediante el cual se pretende señalar el inicio y acontecer de estas prácticas en nuestro país, que hoy son consideradas ilícitas; su relación con la figura de las ofertas de los productos vacacionales, que es el contexto en donde se desarrolló este tipo de prácticas restrictivas de derechos, el empleo de ventas agresivas; el avance jurisprudencial y la orientación otorgada a las prácticas comerciales agresivas.

Por otro lado, si bien el tema a tratar ha sido desarrollado en los últimos años por el Indecopi ante las incidencias previamente señaladas, se ha tenido como principal dificultad la falta de bibliografía especializada que profundice sobre el mismo. Sin embargo, el aporte brindado en las resoluciones emitidas por la autoridad administrativa de consumo en los últimos años ha permitido abordar más al detalle los alcances y repercusiones de la utilización de dichos métodos comerciales durante la comercialización de los paquetes promocionales en nuestro país.

CAPÍTULO I

LA CONTRATACIÓN Y LOS PRODUCTOS VACACIONALES

1. La contratación y sus modalidades.

a. La contratación en masa.

El contrato, concebido como una declaración conjunta de la voluntad común de dos partes, es decir, un acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas obligacionales con contenido patrimonial es un concepto moderno, fruto de una larga evolución histórica del pensamiento jurídico¹.

Cabe señalar que, los jurisconsultos romanos no concibieron una teoría general del contrato y evidentemente no definieron al contrato como hoy lo conocemos. Lo que conoció el derecho romano fue la existencia de convenciones, en las cuales una de las partes daba alguna cosa o hacía algo para luego recibir a cambio algo que la otra parte prometía a su vez dar o hacer. Al lado de las figuras mencionadas, el derecho romano también conoció los llamados pactos como acuerdos de voluntades, pero que no generaban obligación alguna y ciertamente no otorgaban acción para exigir su cumplimiento².

¹ LÓPEZ SANTA MARÍA, J. *Los contratos – Parte general*, 2º edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, t. I, p 25-94.

²SOTO COAGUILA, C. *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*, Revista: Vniversitas, 2003, p. 567 -568.

La teoría del contrato que reposa en el acuerdo de voluntades fue elaborada con posterioridad a esa época, siendo necesaria la confluencia de diversas corrientes de pensamiento. En primer lugar, al desarrollo del derecho canónico, donde faltar a una promesa es una mentira, un engaño y, por consiguiente, un pecado. La doctrina canónica confirió un valor fundamental al consenso, imponiendo a las personas el deber de fidelidad a la palabra empeñada y el deber de veracidad en todas sus relaciones. La segunda línea de pensamiento que contribuyó al desarrollo del concepto moderno de contrato fue el voluntarismo jurídico. Para esta corriente jurídica, cualquier persona que deseara obligarse, lo hacía por su sola voluntad. Hay que destacar que esta escuela jurídica contribuyó enormemente al desarrollo y auge del tráfico comercial de la época.³

En atención a ello, SOTO⁴ señala que así llegamos al concepto moderno del contrato como acuerdo de voluntades, por medio del cual las personas se obligan. Este concepto de contrato, a su vez, tiene su fundamento en presupuestos ideológicos y sociológicos imperantes en esa época. Siguiendo a DÍEZ-PICAZO⁵, el primero de los presupuestos es el económico, que en una economía liberal se funda en el lema “*Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*” y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual, actuando en el interés de cada persona, son los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones. El segundo presupuesto se encuentra en la idea sustancial de la igualdad de las partes contratantes. En efecto, el contrato es el mejor medio de arreglo de los intereses privados, ya que es la obra común de dos contratantes que se encuentran en igual situación de negociación; es un arreglo entre iguales. Finalmente, el tercer presupuesto se encuentra en la exaltación de la libertad individual de las personas

³Idem.

⁴Idem.

⁵ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción – Teoría del contrato*, 5ª edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, vol. I, p. 121-122.

Asimismo, DE LA PUENTE Y LAVALLE⁶ ha destacado que, al existir una desigualdad económica, se generó un abuso de la contratación, por lo que el Estado ya no podía continuar concediendo a los particulares tanta libertad para regular entre ellos sus relaciones, decidiendo intervenir más de cerca en la relación contractual a fin de intentar equilibrar las posiciones de los contratantes, estrechando así el campo de la autonomía privada.

En consecuencia, la autonomía privada ya no imperaba soberanamente como antes, porque el Estado interviene en las relaciones contractuales, modificando las cláusulas del contrato mediante la intervención legislativa o judicial; forzando —a veces— a celebrar determinados contratos a pesar de la voluntad contraria de los contratantes; o dispensando a los contratantes —en algunos casos— a que ejecuten sus prestaciones. A este fenómeno de intervención y dirigismo del Estado en las relaciones contractuales, un sector de la doctrina lo ha calificado como la crisis o decadencia del contrato⁷.

Por tanto, SOTO⁸, señala que “(...) la denominada crisis del contrato se debe, fundamentalmente, al intervencionismo del Estado en la contratación privada y al surgimiento del sistema de contratación masiva o predispuesta”. Es así que, actualmente los servicios y productos son colocados a disposición del público en grandes cantidades, por lo que las contrataciones que rigen este tipo de adquisiciones se han tenido que masificar, para poder adecuarse a las nuevas características de la contratación.

Asimismo, para BULLARD⁹, la consecuencia del proceso de estandarización de los contratos es “(...) relaciones jurídicas hechas en serie. Las sincronizadas maquinarias de la cadena de ensamblaje son reemplazadas por el formato pre redactado. La voluntad del

⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. *El contrato en general*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, t. I, p. 36.

⁷ SOTO COAGUILA, C. *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*. Op. Cit. p 570.

⁸ SOTO COAGUILA, C. *Transformación del derecho de contratos: contratación predispuesta, cláusulas generales de contratación, cláusulas abusivas o vejatorias, contratación electrónica, contratos informáticos*, Grijley, Lima, 2005, p. 68.

⁹ BULLARD GONZÁLES, A. *Contratación en masa ¿Contratación?*, Themis, Segunda Época, Número 15, Lima, 1989, p. 47-55.

consumidor ha sido sacrificada, como lo fue la habilidad del artesano, en aras del progreso”.

El sistema de contratación en masa busca viabilizar y agilizar la celebración de numerosos contratos de tal forma que sin suprimir el elemento esencial para la existencia y validez de un contrato –el consentimiento-, pueda lograrse rápidamente el acuerdo contractual. El resultado de lo señalado, pone en evidencia que, un gran sector del mercado ha “estandarizado” dicho contrato, perdiendo con ello la negociación. Es así que, las principales características de estos nuevos contratos son la ausencia de negociación y la reducción de los costos de transacción involucrados¹⁰. Ello, con la finalidad de hacer más fluida la contratación de bienes y servicios. Cabe precisar que, si bien en líneas generales se evidencia un beneficio para ambas partes del contrato –comprador y vendedor-, también genera una situación de indefensión para el consumidor, dado que lo coloca en una situación menos favorecida en la contratación respecto al proveedor.

Como resultado de la propagación de la contratación de bienes y servicios en forma masiva, el Derecho Civil incorpora figuras como las cláusulas generales de contratación y los contratos de adhesión, ello a efectos de poder contrarrestar la posición de ventaja que ostentaban los proveedores respecto de los consumidores. Sobre este aspecto, TORRES¹¹ señaló que el Código Civil contiene actualmente entre sus disposiciones la regulación de estas dos figuras, con el doble objeto de viabilizar la colocación masiva de bienes y servicios en el mercado y proteger al adherente, que es la parte débil de esta modalidad de relación contractual, independientemente de si este es considerado o no un consumidor final.

Así tenemos que el autor concede al Derecho del Consumo, la protección del contratante débil -consumidor final-. En esa

¹⁰SOTO COAGUILA, C. Loc. Cit.

¹¹TORRES VÁSQUEZ, A. *Contratación Masiva: Protección al Consumidor*, Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Pro justicia, Motivensa, Lima, 2009, p. 197-200.

misma línea, DE LA PUENTE Y LAVALLE¹² considera como consumidor –protegido por la normativa sectorial- únicamente a aquel usuario de productos y servicios que los adquiere en calidad de destinatario final.

Por tanto, en los últimos años la innovación más sobresaliente en el campo del Derecho fue el alumbramiento del Derecho del Consumidor como una nueva rama del derecho, cuyo análisis no solo abarca una lista de derechos básicos, tales como la idoneidad e información, que garantizan a la parte expuesta en una relación de consumo, sino que también provee de herramientas adecuadas para brindar a tales garantías de viabilidad, como es la protección por parte de la autoridad.

La protección de derechos básicos al consumidor, en la adquisición de bienes o servicios en el marco de una relación e consumo, es el objeto del Derecho del Consumidor, recogido en la norma de la materia¹³.

Con la aparición del Derecho del Consumidor advertimos que éste ha venido a complementar al Derecho Civil en lo que respecta a la regulación de las relaciones derivadas del fenómeno del

¹²DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. *Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor*, Themis, Segunda Época, Número 31, Lima, 1995, p. 15-22.

¹³**LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

Artículo IV.-Definiciones: Para los efectos del presente Código, se entiende por:

1. Consumidores o usuarios

1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

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

(...)

5. 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 económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III.

consumo. En efecto, el Derecho Civil creó figuras como el “Contrato de Adhesión” y las “Cláusulas Generales de Contratación” a efectos de facilitar el tráfico comercial; sin embargo, la producción industrial, la despersonalización de los proveedores, la masificación de los consumidores y el incremento desmesurado de los contratos por adhesión, dieron lugar a la “Contratación de Consumo”. Por ello, el Código Civil al estar construido sobre otras bases, como la autonomía de la voluntad y el principio *pacta sunt servanda*, se vio limitado para regular los efectos jurídicos derivados de este tipo de contratos de consumo.

Sobre el particular, DE LA PUENTE Y LAVALLE señala que “(...) el consumidor que puede satisfacer su necesidad de cierto bien o servicio de varios proveedores, no se ve compelido a celebrar el contrato de adquisición con un determinado proveedor, sino que puede recurrir indistintamente a varios de ellos, con lo cual el proveedor elegido por el consumidor no tiene la condición de parte fuerte en la negociación contractual”¹⁴.

Asimismo, BULLARD manifiesta que “Ya no se trata de decidir qué es mejor para el consumidor. Se trata de poner al consumidor en una situación en la que éste pueda decir que es mejor para él. Sólo así lograremos que los derechos de los consumidores estén adecuadamente protegidos”¹⁵. Ello, en tanto la conducta de los proveedores respecto de sus consumidores viene delimitada por el mercado, puesto que las decisiones de consumo de los adquirentes obligan a los proveedores a recoger en sus instrumentos de contratación en masa sus preferencias contractuales, por lo que el derecho a la información que ostentan los consumidores se vuelve fundamental para que el mercado funcione adecuadamente.

Sobre el particular, SOTO¹⁶ manifestó su falta de seguridad sobre el supuesto en el cual el proveedor se encontraba en una posición de superioridad sobre el consumidor, en el marco de una

¹⁴DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. Loc. Cit.

¹⁵BULLARD GONZÁLES, A. *¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor*, En: “*El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales*”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 15-51.

¹⁶SOTO COAGUILA, C. Op. Cit. p. 225.

relación contractual en serie, al valorar tal presunción como una figura proteccionista del Derecho Romano.

En virtud a ello, comparto la posición emitida por SOTO Y MOSSET¹⁷. Así en la práctica, basta con observar las resoluciones de este tema que se tramitan ante la Sala Especializada en Protección al Consumidor, para poder evidenciar que los consumidores no sólo requieren suficiente información para adoptar una decisión de consumo, sino que requieren de otros mecanismos que lo amparen ante la posición de dominio que ejerce el proveedor, al encontrarse el consumidor en una situación de desventaja. Por ello, queda en evidencia la posición de debilidad en la que se encuentra el consumidor, la cual viene a ser un rasgo característico en un mercado como el nuestro.

Resulta más que evidente que, para poder realizar una decisión de consumo adecuada concurre no sólo la información sino también la experiencia, las necesidades a satisfacer, la cultura, la idiosincrasia, la costumbre y otros elementos que desvían el resultado de la razón y la eficacia económica, por lo que el solo cambio de información a quien efectúa esta decisión (consumidor) no podría equiparar por sí sola la balanza en que se encuentran las partes contratantes en una relación de consumo, sino que es necesaria la intervención del Estado para regular o prohibir prácticas que mermen la igualdad entre las partes de la contratación.

b. Contrato de adhesión y las cláusulas generales de contratación.

El Código Civil de 1984 no contiene una definición de contrato de consumo, pero sí alude al contrato por adhesión¹⁸ y a las cláusulas generales de contratación¹⁹, como herramientas jurídicas de contratación en masa.

¹⁷ SOTO COAGUILA, C. y MOSSET ITURRASPE, J. *El Contrato en una Economía de Mercado*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, p. 21 y 38.

¹⁸ Código Civil Peruano, Artículo 1390.- Contrato por adhesión: “El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.”

¹⁹ Código Civil Peruano, Artículo 1392.- Cláusulas generales de contratación: “Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por

En el contrato por adhesión, una de las partes redacta, en forma anticipada o no, la totalidad del contenido del contrato, y la otra parte sólo contempla las opciones de adherirse al texto contractual o no celebrar el contrato. Aquí vemos que, la celebración del contrato no es fruto de la negociación entre las partes, en tanto que no existe libertad contractual por la parte no predisponente, sin embargo se señala que subsiste la libertad de contratar pues no existe la obligación de contratar, salvo el caso de los contratos necesarios por adhesión, como por ejemplo para la prestación de los servicios públicos, en los cuales generalmente existe un solo proveedor del mismo y consecuentemente el consumidor no tiene la posibilidad de escoger entre celebrar o no el contrato, pues si decide no celebrar el contrato estaría renunciando a la oportunidad de contar con ese servicio público esencial para su vida de relación personal y familiar.

Las cláusulas generales de contratación, constituyen en sí mismas un reglamento contractual efectuado por una de las partes contratantes, con el fin de homogeneizar el contenido de futuros contratos que se celebren en base a ellas; tomando fuerza vinculante y carácter contractual desde que se incorporan al documento contractual, y se determinan por su predisposición unilateral y su generalidad, además de estar redactadas en forma clara, precisa y sencilla, para facilitar su comprensión directa.

Si bien se puede afirmar que a diferencia de los contratos por adhesión, en los contratos con cláusulas generales de contratación es posible excluir o incorporar cláusulas en interés de la parte no predisponente²⁰, sin embargo se debe considerar que “en ambos supuestos contratos (por adhesión y por cláusulas generales de contratación), siempre una parte termina adhiriéndose –en menor o mayor medida- al programa contractual predispuesto por la otra, es

una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.”

²⁰ Código Civil Peruano, Artículo 1395.- Exclusión de cláusulas generales del contrato: “Las partes pueden convenir expresamente que determinadas cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebran.”

decir la adhesión se configura como un elemento común y predominante de estos contratos, constituyéndose en muchos de los casos como su característica principal...»²¹

El contrato de consumo es una manifestación de los contratos masivos el cual se perfecciona con la adhesión que hace el consumidor a lo estipulado por quien efectúa el contrato, es decir el transferente. En los contratos de cláusulas generales, las cláusulas pueden ser aceptadas o no. Sin embargo, en el caso del contrato por adhesión las cláusulas no son sometidas a aprobación, quedando éste perfeccionado con la adhesión del consumidor al formato preredactado por el predisponente; mientras que, en las cláusulas generales de contratación son obligaciones contractuales con su inclusión que se produce cuando se ha llegado a un arreglo respecto de ellas.

Por otro lado, ESPINOZA ESPINOZA expresa que “si bien es cierto que los contratos estándar son un instrumento tan útil que es imposible eliminarlos, siendo ingenuo pensar que su eliminación se ofrecería una tutela al consumidor, no debemos perder de vista que un adecuado sistema de control de este tipo de contratos podría evitar situaciones que afecten los derechos de los consumidores, así como de otros agentes económicos, en aras de restablecer el equilibrio de la relación contractual con aquellos que predisponen los contratos de adhesión o las cláusulas generales de contratación. Punto de partida obligatorio sería actualizar el concepto de autonomía privada, así como cambiar los mecanismos de control formal por mecanismos de control sustancial, vale decir, de contenido de los contratos estándar”²².

Asimismo, el CPDC en su artículo 48° recoge algunos requisitos que deben cumplirse en los contratos de consumo celebrados por adhesión o por cláusulas generales de contratación, los cuales se detallan a continuación:

²¹MERINO ACUÑA, R. *Cláusulas vejatorias y autonomía contractual en el Código Civil y las leyes especiales*, Cuadernos Jurisprudenciales, N° 64, Octubre 2006, Año 6, p. 5.

²²ESPINOZA ESPINOZA, J. *Derecho de los consumidores*, Rodhas, Lima, 2006, p. 150.

- a. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, debe hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- b. Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo del contenido del contrato antes de su suscripción.
- c. Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. Los productos en materia vacacional.

a. Evolución y expansión del contrato vacacional.

Estas nuevas modalidades contractuales nacieron hace algunas décadas en zonas de gran atractivo turístico en Europa y los Estados Unidos de Norteamérica, siendo los hoteles los primeros en colocar el uso compartido de habitaciones por periodos anuales determinados a una tarifa reducida²³. Es así como el tiempo compartido como concepto se inició en Europa a principios de los años 60 extendiéndose posteriormente a Estados Unidos, donde aparece por primera vez en los 70, con ello, las personas que no podían cubrir el costo de una casa de verano o de campo, pudieron acceder a la posibilidad de pasar una corta temporada de vacaciones en un lugar con atractivo turístico por un económico precio.

En esa misma línea, ROJAS ULLOA nos indica que, [...] el fenómeno multipropietario aparece por los años 60, mientras que las sociedades de intercambio no surgen sino hasta los años 70, época en que se introduce el *Time-sharing* en los Estados Unidos, siendo en este país donde nace la gran idea de poder intercambiar los títulos adquiridos en diferentes complejos turísticos. Podemos afirmar, sin lugar a dudas, que el éxito de la industria del *Time-sharing* se debe en gran parte a estas sociedades que se dedican al

²³ROJAS ULLOA, M. *La multipropiedad. Enfoque Jurídico y Económico*, Universidad San Martín de Porres. Fondo Editorial, Lima, 2010, p. 27.

intercambio de los títulos que contienen los derechos de multipropiedad²⁴.

Por otro lado, BOWEN manifiesta que, la primera compañía de intercambio de vacaciones, *Resort Condominiums International* (RCI), fue establecida en 1975. Ello proveyó un elemento crucial a la experiencia del *Time-sharing* que afectaría su popularidad en las décadas por venir. Las Compañías de intercambio no poseen resorts, sin embargo, intervienen en aproximadamente 80% de las vacaciones de *Time-sharing* tomadas alrededor del mundo cada año. Estas compañías permiten a los propietarios de *Time-sharing* intercambiar los puntos o semanas que tienen en su haber en su casa *resort* asignada por vacaciones en otros destinos. En esencia, el interés fraccionado del propietario del *Time-sharing* es convertido en un derecho libremente intercambiable²⁵.

Conforme se fue difundiendo la figura de la multipropiedad a lo largo de Europa y América del Norte, se generaron iniciativas empresariales orientadas a lograr que los estratos sociales con menos posibilidades de poder contar con un inmueble destinado a vacacionar, puedan acceder a un inmueble, generalmente ubicado en zonas turísticas, por un periodo de tiempo al año, a un precio considerablemente menor.

Con el progreso de la multipropiedad en lo que respecta a la gestión de derechos sobre una propiedad inmueble, surgieron nuevas variedades de productos vacacionales, conllevando que la industria de tiempo compartido se vea criticada y muchas veces relacionada con el denominado fraude turístico. A diferencia de los alquileres tradicionales, donde el consumidor decide cada año sobre la base de la calidad y precio de los hospedajes, el tiempo compartido requiere que se haga el pago inicial de una fuerte cantidad de dinero; surgiendo figuras en las que ya no existía un bien inmueble sometido a multipropiedad, sino solamente un derecho de uso y disfrute por temporadas preestablecidas de rotación anual en hoteles o *resorts*, a cambio de una cuota de

²⁴ROJAS ULLOA, M. Op. Cit. p. 84.

²⁵BOWEN, D. *Timeshare Ownership: Regulation and Common Sense*. *Loyola Consumer Law Review*. Loyola University of Chicago, Número 18, rev. 459, Chicago, 2006, Consulta: 11 de junio del 2011, p. 91.

ingreso a la membresía de esta modalidad y el mantenimiento de ésta.

b. Desarrollo normativo en el ámbito peruano.

Siguiendo lo señalado por TORRES Y TORRES LARA, en cuanto al análisis de la recepción del contrato de multipropiedad en nuestra legislación, señaló que dicha figura es del derecho real, según la cual varias personas se instituyen en propietarias de un inmueble pero lo disfrutan por un periodo de tiempo al año²⁶.

Inicialmente, el contrato de multipropiedad se introdujo a través del Decreto Supremo n° 032-82-ITI de 23 de julio de 1982, el legislador peruano equiparó la figura al arrendamiento del Código Civil. Al regularse, se establece que se trataba de una cesión de uso indefinido por parte de los promotores del inmueble respecto de los adquirentes, creando así una modalidad de compañía turística denominada “Tiempo Compartido”, continuando con la denominación otorgada en el *common law*, catalogada como establecimientos de hospedaje.

Posteriormente, en la década del 90, a través Decreto Legislativo n° 706 de 5 de noviembre de 1991, se le designó también con el nombre de “tiempo compartido”. Dicha regulación introdujo a la multipropiedad como un supuesto de copropiedad, remitiendo en sus principales aspectos a la normativa que versa sobre la copropiedad en el Código Civil, con excepción de la normatividad vertida en los artículos del 983° al 991°, 992° inciso 1 y 993° y otras disposiciones que se opongan al decreto.

Para ORÉ CHÁVEZ²⁷, en el referido decreto legislativo se asimilo la multipropiedad como un supuesto de copropiedad, a pesar de que tales figuras se diferencian en muchos aspectos, ya que la multipropiedad es un derecho perpetuo, exclusivo y autónomo, mientras que la copropiedad es transitoria, divisible.

²⁶TORRES Y TORRES LARA, C. *La multipropiedad*. En: *Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latino Americano*, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1988.

²⁷ORÉ CHÁVEZ, I. *La multipropiedad como un nuevo Derecho Real*, 2007, Consulta: 29 de mayo del 2011.

Hasta hoy el legislador peruano no ha logrado abarcar al contrato de multipropiedad en las diversas modalidades que se han desarrollado desde sus inicios en la década de los 60. La única modalidad de multipropiedad que se ha dado en el Perú es la de los contratos de adquisición de derechos de goce, en inmuebles proporcionados por la industria hotelera por breves períodos al año, otorgando a cambio de este servicio el pago de un derecho de “membresía”.

Es debido al poco desarrollo de la figura jurídica en nuestro país que no se encuentre un desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la misma, ni mucho menos variaciones causadas por la costumbre, como si ha se ha visto en otros países.

c. La multipropiedad en el Perú

Entre las figuras más conocidas del contrato de “Membresía de Club Vacacional”, se encuentran los siguientes:

- **La Inmobiliaria**

En esta figura el promotor de la operación, procede a la venta de cuotas indivisas de un inmueble en términos de porcentajes, instaurando un reglamento interno que regula el uso y disfrute del inmueble entre los adquirentes. A fin de asegurar este tipo de contratos se eleva a escritura pública y se inscribe en los Registros Públicos.

- **La Societaria**

En la cual, la promotora establece una sociedad, siendo la propietaria del inmueble; aquí el capital está dividido en un número de acciones que concuerda con los espacios de tiempo anuales que van a establecer el uso y disfrute del bien por los adquirentes.

- **La Hotelera**

Aquí el uso y disfrute del inmueble por un determinado número de personas por un periodo no mayor a 99 años, reservándose el promotor de la gestión y propietario del bien, el derecho de que transcurrido el tiempo estipulado, el bien vuelva a su patrimonio. El título que certifica éste derecho se le denomina "Certificado de vacaciones", quedando, el titular; obligado a

respetar las normas establecidas en el contrato o documentos de referencia.

- Sistema de Club

En este sistema el promotor instaura una o varias sociedades propietarias de los inmuebles. Las acciones de la sociedad se depositan en un fiduciario que puede ser el banco, o compañía fiduciaria que tiene responsabilidad fiduciaria para mantener los activos del plan, bajo depósito fiduciario, cuya misión es garantizar y velar por los derechos de ocupación de los adquirentes de los mismos. Este mismo promotor, inicia la creación de un club, procediéndose a otorgar unos títulos a los miembros del club, al cual pertenecen las sociedades propietarias de los inmuebles y los adquirentes de los derechos de uso.

- *Time-Sharing Twist o Lease-Back*

Radica en la venta de un inmueble, con el cual el adquirente se compromete a entregarlo al promotor para que éste lo utilice en régimen de *Time-Sharing* o tiempo compartido durante un período de tiempo. Este tipo de contrato permite al adquirente, una rebaja en el precio de adquisición. Transcurrido el período de tiempo contratado en el cual se estableció el régimen de *Time-sharing*, el inmueble pasa a ser de propiedad exclusiva al adquirente.

CAPÍTULO II

LOS MÉTODOS COMERCIALES ABUSIVOS: ALCANCE DE LOS MÉTODOS COMERCIALES COERCITIVOS Y MÉTODOS AGRESIVOS O ENGAÑOSOS

1. Tratamiento de los métodos comerciales abusivos en el Derecho Comparado.

A. Marco normativo europeo.

En lo que respecta a la protección de los consumidores con el transcurso de los años, Europa se ha visto obligado a dar mayor preeminencia en los intereses de la Comunidad, puesto evidenció la necesidad de conferir de otra visión a la protección de los consumidores, desde el punto de vista de las prácticas desleales comerciales que pudieran perjudicarlos. En atención a ello, los miembros conformantes de la Comunidad Europea al abordar temas de interés macroeconómico, lo hicieron teniendo en cuenta la protección y el beneficio de todos sus conformantes.

Por ello, a medida que la Comunidad Europea se desarrollaba, el potencial de su mercado interior se hacía cada vez mayor, lo que ocasionó que se derribaran muchas barreras que impedían el comercio transfronterizo, abriendo con ello, nuevas posibilidades y oportunidades para empresas y consumidores. Sin embargo, muchos ciudadanos europeos tenían dudas sobre las transacciones o compras transfronterizas, bien por la preocupación de no ver garantizados los mismos derechos que mantenían cuando realizaban compras en su propio país, ya sea por

confusión o desconocimiento de las distintas leyes de los otros Estados miembros.

Por tanto, la apertura de las fronteras y la unificación de los conceptos arancelarios promovieron la multiplicación masiva de cierto tipo de negocio, en que el producto es vendido a distancia o directamente en diversos países teniendo como sede en un tercer país, acarreado como consecuencia un vacío legal en cuanto a la responsabilidad de la empresa o proveedor frente al consumidor. Todo ello originó la aplicación de técnicas de venta y mercadeo que colocaban al consumidor en una relación contractual insegura y vulnerable cuyas condiciones no se daban a conocer, se omitían o en las que simplemente no deseaba encontrarse.

En virtud de ello, la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales se ideó en consenso con la Comunidad Europea, con la finalidad de vencer los obstáculos que frenaban el desarrollo del mercado interior europeo, en tanto, se procedió a reemplazar innumerables normativas vigentes de cada país por una sola legislación común a todos ellos, puesto que se buscaba clarificar y simplificar el proceso de definir qué es una práctica comercial desleal. Así como proporcionar tanto a consumidores como a comerciantes un punto de referencia único que les garantizará sus derechos, y determinar qué prácticas comerciales se encontraban prohibidas.

a. La directiva comunitaria sobre las prácticas comerciales desleales agresivas: Directiva 2005/29/CE.

En el año 2003, la Comisión presentó una propuesta sobre un texto normativo referido a las prácticas comerciales desleales, en adelante la “Propuesta de la Comisión”, en la cual se proponía reformar la legislación comunitaria relativa a la protección de los consumidores con la finalidad de suprimir las barreras al suministro transfronterizo de bienes y servicios²⁸. Las prácticas prohibidas en esta directiva comprenden el concepto de una cláusula general, la definición de los conceptos de prácticas engañosas o agresivas e incluso la demostración de 31 conductas prohibidas.

²⁸ Véase el punto 1 de la “Exposición de motivos” de la *Propuesta de la Comisión*.

Cabe señalar que, esta disposición se aprobó con vistas a fortalecer la confianza de los consumidores europeos en las transacciones transfronterizas, puesto que los ciudadanos no estaban seguros de que sus derechos quedaran protegidos en compras internacionales. Por tanto, tras un exhaustivo proceso de consultas, se llegó a un acuerdo que dio origen a la Directiva 2005/29/CE, sobre Prácticas Comerciales Desleales, en la adelante la Directiva, la cual reemplazó las múltiples leyes y decisiones judiciales de carácter nacional con un conjunto de normas comunes. La uniformidad y transparencia que estas normas proporcionarán a todos los países comunitarios contribuirá a reforzar la confianza de los consumidores, ello de conformidad con lo señalado en los numerales 3 y 4 de la parte considerativa de la mencionada Directiva.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en los numerales 6 al 21 del apartado considerando de la citada Directiva²⁹, este cuerpo normativo buscaba aproximar las leyes de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales, incluida la publicidad desleal, que son directamente perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores y, por ende, indirectamente perjudiciales para los de los competidores legítimos, protegiendo a los consumidores de las consecuencias de dichas prácticas comerciales desleales cuando éstas son sustanciales. Es decir, aborda las prácticas comerciales que influyen directamente en las decisiones de los consumidores sobre transacciones relacionadas con productos y protege directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.

En atención a ello, la Directiva establece una única prohibición general de aquellas prácticas comerciales desleales que distorsionan el comportamiento económico de los consumidores y señala normas sobre las prácticas comerciales agresivas, que no están reguladas a escala comunitaria. La prohibición general común establecida por la presente Directiva abarca las prácticas comerciales desleales que distorsionan el comportamiento económico de los consumidores. Esta prohibición general se

²⁹ Véase los numerales 6 al 21 de la parte considerativa de la Directiva 2005/29/CE.

desarrolla mediante normas sobre dos tipos de prácticas comerciales que son: las prácticas comerciales engañosas y las prácticas comerciales agresivas

La cláusula general señala dos criterios para analizar la conducta juzgada, cuyo aspecto determinará que estime como desleal, que son la diligencia profesional y la distorsión del comportamiento económico de los consumidores. El primero, constituye un modelo estándar de la conducta del proveedor en el mercado en forma honesta, regido por el principio de la buena fe, mientras que el segundo es el resultado perseguido por la práctica desleal, cual es imposibilitar al consumidor realizar una decisión informada.

a.1. Las prácticas comerciales engañosas.

Se consideran prácticas comerciales engañosas aquellas prácticas, incluida la publicidad engañosa que, al inducir a engaño al consumidor, le impiden elegir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente. De conformidad con las leyes y prácticas de Estados miembros sobre publicidad engañosa, la Directiva clasifica las prácticas engañosas en acciones engañosas y omisiones engañosas.

- **Las acciones engañosas.-** De acuerdo al artículo 6.1 de la Directiva 2005/29/CE, se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa o que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio sobre determinados elementos, y que en cualquiera de esos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado³⁰. Asimismo, se considerará también engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado³¹.

³⁰ Que se refiere a una *definición* que no puede considerarse *exhaustiva*, pues en dicho artículo se utiliza la expresión *en particular*.

³¹ Véase el artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE

- **Las omisiones engañosas.**- Una práctica comercial engañosa se configurará cuando se omita o se oculte una información sustancial que sea indispensable para que el consumidor medio pueda realizar una decisión con el conocimiento de causa suficiente y en las condiciones previstas en el artículo 7° de la Directiva. Adicionalmente, en los casos en que haya una invitación a comprar³², según lo dispuesto en el artículo 7.4³³ de dicha normativa comunitaria, considerará sustancial la información que se consigne en el contrato (características del producto, dirección e identidad del comerciante, precio, los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, entre otros). Se considerará también que hay omisión engañosa cuando se oculte la información sustancial u ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto, Asimismo, cuando el medio utilizado para comunicar la práctica comercial imponga limitaciones de espacio o de tiempo.

³²*Invitación a comprar* se define en el artículo 2(i) de la Directiva 2005/29/CE como: “comunicación comercial que indica las características del producto y su precio de una manera adecuada al medio de la comunicación comercial utilizado, y permite así al consumidor realizar una compra”.

³³ artículo 7.4:

- a) Las características principales del producto, en la medida adecuada al medio utilizado y al producto;
- b) La dirección geográfica y la identidad del comerciante, tal como su nombre comercial y, en su caso, la dirección geográfica y la identidad del comerciante por cuya cuenta actúa;
- c) El precio, incluidos los impuestos, o, en caso de que éste no pueda calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza del producto, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, cuando tales gastos no puedan ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que pueden existir dichos gastos adicionales;
- d) Los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, si se apartan de las exigencias de la diligencia profesional;
- e) En el caso de los productos y transacciones que lleven aparejado un derecho de revocación o cancelación, la existencia de tal derecho.

a.2. Las prácticas comerciales agresivas.

Las disposiciones sobre las prácticas comerciales agresivas deben abarcar aquellas prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor. Se trata de las prácticas que utilizan el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza física, y la influencia indebida

El artículo 8º de la Directiva, señala que una práctica comercial se considerará agresiva si se cumplen dos presupuestos: - que, en su contexto fáctico de los hechos, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, disminuya o pueda disminuir de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida³⁴, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto; y - que haga o pueda hacer que el consumidor tome una decisión sobre una transacción que de otra manera no hubiera tomado.

Como ocurre en el caso de las prácticas comerciales engañosas, en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE se enumeran diversas prácticas agresivas que se consideran desleales en cualquier circunstancia, indicándose los siguientes supuestos:

- Crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato;
- Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor, ignorando las peticiones de éste de que el comerciante abandone su casa o no vuelva a personarse en ella, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual;
- Realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté

³⁴ En el literal j) del artículo 2 de la Directiva se define la *influencia indebida* como la “utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa”

justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual³⁵;

- Exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de una póliza de seguro que presente documentos que no puedan razonablemente considerarse pertinentes para determinar la validez de la reclamación o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales;
- Incluir en una publicidad una exhortación directa a los niños para que compren o convenzan a sus padres u otros adultos de que les compren los productos anunciados³⁶;
- Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (suministro no solicitado), salvo cuando el producto en cuestión sea un producto de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en el artículo 7. 3, de la Directiva 97/7/CE;
- Informar expresamente al consumidor de que el trabajo o el sustento del comerciante corren peligro si el consumidor no adquiere el producto o servicio; y
- Crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad: no existe tal premio o ventaja equivalente, o la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto.

³⁵ Este supuesto se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 97/7/CE, así como de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO núm. L 281 de 23 de noviembre de 1995 pág. 31) y de la Directiva 2002/58/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DO núm. L 201 de 31 de julio de 2002, pág. 37).

³⁶ Este supuesto se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16 de la Directiva 89/552/CEE.

Esta directiva, asigna a todos sus miembros un estándar elevado de protección a los consumidores en lo relativo a las prácticas comerciales desleales utilizadas en su contra; sin embargo, no imposibilita que se preserven leyes más proteccionistas de ciertos miembros.

B. Marco Normativo Norteamericano: Alcances de la *Federal Trade Commission*.

El sistema norteamericano se caracteriza por la existencia de duplicidad de los órganos para la aplicación de las leyes antitrust – la *Federal Trade Commission*, y la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia de los EE.UU, los cuales son dos órganos de defensa de la competencia, que actúan en estrecha colaboración, guiados por la necesidad de una aplicación efectiva y diferenciada de las normas anti trust en relación con la gravedad de las infracciones, evidenciándose que la *Federal Trade Commission* está autorizada para emitir órdenes de cese y desistimiento con características de actos administrativos singulares en la aplicación de la *Clayton Act* y *Federal Trade Commission Act*, mientras que la *Antitrust Division* está encargada de la persecución de las violaciones más graves (algunas de las cuales constituyen delitos) en aplicación de la *Sherman and Clayton Act*, mediante sus potestades de iniciar proceso civil o penal.

La *Federal Trade Commission*, en adelante la FTC, se creó en 1914, cuyo propósito fue el de prevenir los métodos de competencia desleal dentro del comercio como parte de la batalla “fin a los monopolios”. Con el paso de los años, el Congreso promulgó leyes adicionales otorgándole a la agencia una mayor autoridad para vigilar las prácticas anticompetitivas. En 1938, el Congreso promulgó una amplia prohibición contra las “prácticas o actos desleales y engañosos”. Desde entonces, a la Comisión también se le ha encomendado la administración de una amplia variedad de leyes de protección del consumidor que incluyen la Regla de Ventas de Telemercadeo, la Regla del Sistema de Pago por Llamada y la Ley de Igualdad de Oportunidad de Crédito.

La FTC es creada como agencia independiente, que ocupa un lugar específico respecto a los poderes públicos (Ejecutivo y Legislativo), sin romper el esquema de equilibrio de poderes, es decir aportando estabilidad en el sistema; se encarga de controlar la aplicación y

ejecución de aquellas disposiciones dirigidas a promover la competencia, encargándose de ejecutar y hacer cumplir las leyes *anti-trust*, como por ejemplo las Leyes Sherman y Clayton; estas leyes están relacionadas a la protección del consumidor, asimismo brindan asesoría a las empresas sobre cómo interpretar las leyes, de manera general y en casos específicos. Es decir, busca prevenir las prácticas comerciales anticompetitivas, engañosas o desleales hacia los consumidores; mejorar el nivel de información de las opciones disponibles para los consumidores y aumentar el grado de comprensión del proceso competitivo por parte del público; y cumplir con estos objetivos sin imponer una carga indebida sobre la actividad comercial legítima.

La FTC es la única agencia federal que tiene jurisdicción tanto en el ámbito de la protección del consumidor como en el terreno de la competencia en amplios sectores de la economía, trabajando a favor de un cumplimiento de la ley, promoviendo el interés de los consumidores compartiendo su experiencia y conocimientos con las cámaras legislativas federales y con las legislaturas estatales, y con agencias gubernamentales de EE. UU. y del ámbito internacional; desarrollando políticas e investiga herramientas a través de audiencias, talleres y conferencias; y creando programas educativos prácticos elaborados en lenguaje claro para consumidores y negocios que interactúan en un mercado global con tecnologías en constante cambio. La tarea de la FTC es ejecutada por el Buró de Protección del Consumidor, el Buró de Competencia y el Buró de Economía³⁷.

En atención a ello, el *Bureau of consumer protection* fue creado para proteger a los consumidores y usuarios contra la competencia desleal (*against “unfair, deceptive or fraudulent 52 practices”*), en la que se aplican tanto las leyes elaboradas por el Congreso en defensa de los consumidores y usuarios, como también los actos normativos de la FTC. Dentro de sus principales actividades incluyen investigaciones, funciones cuasi judiciales en resolución de conflictos, funciones normativas (*rule making proceedings*) y actividades de información y educación de los consumidores y usuario, contribuyendo a la actividad de la FTC de informar al Congreso u otras instituciones sobre el efecto de las medidas tomadas en defensa de los consumidores y usuarios.

³⁷ Véase el portal institucional de *Federal TradeCommission* en <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>

Por otro lado, corresponde señalar que la Ley de la FTC, desarrolla sus funciones, procedimientos, facultades, conductas ilícitas, etc. Asimismo, menciona dentro de la clasificación de deslealtad contenida en la Sección 5, parágrafo a)³⁸, respecto a las prácticas comerciales agresivas, que los métodos de competencia desleal en el comercio o que afectan el mismo, y las prácticas desleales y actos de mala fe o prácticas en el comercio o que afectan el mismo, son declaradas ilegales.

2. Tratamiento de los métodos comerciales abusivos en el Derecho Peruano

Uno de los fundamentos que justifica y motiva la regulación en materia de protección al consumidor es el desequilibrio de recursos e información que existe entre los proveedores de productos y servicios frente a los consumidores. Cuando hablamos de desequilibrio, hacemos referencia a una situación general que consiste en la desventaja en la que se encuentran normalmente los consumidores frente a los proveedores de bienes y servicios pues lo usual es que estas empresas poseen una gran cantidad de recursos económicos y de información que, deja el camino abierto para que un proveedor con mala fe, vulnere los derechos de los consumidores, aprovechándose de la falta de información y de recursos de estos para defenderse. El desequilibrio en la información se hace evidente cuando un consumidor no cuenta con los datos necesarios como para tomar una decisión de consumo adecuada a sus intereses, de forma tal que los proveedores le pueden hacer ofrecimientos ocultando determinados factores que podrían haber variado la decisión del consumidor de adquirir o contratar el producto o servicio. En este aspecto, la regulación en materia de protección al consumidor obliga a los proveedores a proporcionar de manera oportuna, suficiente y veraz, la

¹¹ “Federal Trade Commission Act. § 45. Unfair methods of competition nun lawful; prevention by Commission (Sec. 5) (a) Declaration of unlawfulness; power to prohibit unfair practices; inapplicability to foreign trade (1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are here by declared unlawful. [...]

Texto traducido: Ley de la Comisión Federal de Comercio. § 45. Los métodos injustos de competencia son ilegales; Prevención por la Comisión (artículo 5) a) Declaración de ilegalidad; El poder de prohibir las prácticas desleales; Inaplicabilidad al comercio exterior (1) Se declaran ilegales los métodos de competencia desleales o que afectan al comercio y los actos o prácticas injustas o engañosas que afectan al comercio. [...]

información que el consumidor requiere para tomar una decisión adecuada³⁹.

Por otra parte, el desequilibrio de recursos se hace evidente cuando un consumidor no está en la posibilidad de enfrentar las acciones que puede adoptar un proveedor para defender sus intereses, en términos de procedimientos y procesos legales, manejo publicitario y acceso a los medios de comunicación. Por ello, es que se justifica la existencia de una instancia administrativa especializada que brinda protección a los consumidores a través de procedimientos de denuncia rápidos y de bajo costo, en comparación a lo que llevaría iniciar un proceso judicial. Una de las manifestaciones del desequilibrio de información y de recursos que existe entre los proveedores y los consumidores, es la utilización por parte de los primeros, de métodos comerciales considerados como abusivos, que se manifiestan como métodos comerciales coercitivos, agresivos y engañosos, y de cobros prohibidos.⁴⁰

A. Tratamiento en la Ley de Protección al Consumidor y las instancias administrativas.

Los Métodos Comerciales Abusivos no fueron desarrollados extensamente en la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo n° 716, puesto que únicamente se estableció ciertas disposiciones respecto a los métodos comerciales coercitivos, específicamente en el artículo 5° literal d)⁴¹ y 13°⁴² del cuerpo legal; sin embargo la Ley de Protección al Consumidor, en el año 1991, fue un gran paso legislativo en la defensa de los derechos de los consumidores, la misma que fue mejorada y actualizada por normas modificatorias ulteriores, pero, sobre todo, por el Texto Único Ordenado, aprobado por

³⁹ NORTHCOTE SANDOVAL, C *Protección de los consumidores contra los métodos comerciales abusivos*, Actualidad Empresarial N° 285 - Segunda Quincena de Agosto 2013, p. X-1.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ El Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI – Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor de 11 de diciembre de 2000, estableció en el título segundo “De los derechos de los consumidores” artículo 5, inciso d) que los consumidores tienen los siguientes 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

⁴² Texto actual, según lo dispuesto por el artículo 18° del D. Leg. N° 807 del 18.04.1996

Decreto Supremo n° 039-2000-ITINCI, del 11 de diciembre del 2000. Es así que, los principales derechos de los consumidores y los deberes de los proveedores fueron establecidos por estas normas en aras de contribuir al buen funcionamiento de la economía social de mercado.

Cabe señalar que, el Indecopi a través de sus pronunciamientos y de variada jurisprudencia administrativa tuvo que variar ciertos conceptos y criterios en pro de la verdadera tutela de los consumidores. En ese sentido, el Decreto Legislativo n° 1045, Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, publicado el 26 de junio de 2008, que modifica a la Ley n° 716, en lo pertinente, pretendió subsanar los errores que ésta presentaba, finiquitando así con las principales discusiones que despertaba su marco normativo, tales como “la ampliación del concepto de consumidor, la incorporación del estándar de diligencia ordinaria, la supresión de la mención de “responsabilidad objetiva” del proveedor y la incorporación de los supuestos de ruptura del nexo causal, el establecimiento de nuevos supuestos de cláusulas vejatorias, entre otras”.⁴³

B. Tratamiento en el Código de Protección y Defensa del Consumidor

En nuestro país, el CPDC, consideró de manera expresa que los métodos comerciales abusivos son aquellas conductas realizadas por los proveedores de bienes y servicios son perjudiciales para los consumidores⁴⁴.

Es así que, parte de las conductas tipificadas en el CPDC corresponden a situaciones que durante varios años fueron utilizadas por los proveedores en perjuicio del consumidor, las cuales se identificaron y sancionaron a través de procedimientos de denuncia resueltos por la Comisión de Protección al Consumidor (en primera instancia) y el Tribunal del Indecopi (en segunda instancia). De esta manera, la regulación contenida en el CPDC es la consecuencia de un trabajo de recopilación de los criterios y precedentes en materia de protección al consumidor y que ahora se encuentran plasmados como normas legales

⁴³ ESPINOZA ESPINOZA, J. *¿La muerte del “consumidor razonable” y el nacimiento de la responsabilidad absoluta del proveedor?*, Revista Foro Jurídico, Año 4, 2008, p. 106.

⁴⁴ NORTHCOTE SANDOVAL, C. *Loc. Cit.*

de aplicación general a todas las operaciones que se pudieran materializar en las relaciones de consumo.

En atención a ello, el CPDC distingue tres tipos de conductas prohibidas como métodos comerciales abusivos: Métodos comerciales coercitivos; Métodos comerciales agresivos o engañosos y Métodos abusivos de cobro, siendo que en el presente caso, únicamente serán materia de análisis los dos primeros.

Por tanto, el CPDC, buscó proclamar los principales derechos de los consumidores tales como los ha hecho la Ley de Protección al Consumidor; sin embargo, planteó dos derechos más, como lo fue el de reflexión y de retractarse. Estos derechos se plasman, con mejor claridad, en el contexto de las llamadas ventas agresivas, puesto que en muchas ocasiones los consumidores eran obligados y presionados a adquirir ciertos productos; y al verse sorprendidos por el proveedor, terminaban aceptando los productos sin desearlos y ocasionándose de esta manera, un perjuicio de índole económico que claramente no satisfacía sus expectativas.

El jurista ESPINOZA ESPINOZA⁴⁵ plantea el caso donde un proveedor llamó a nueve consumidores, indicándoles que habían ganado premios de pasajes aéreos y estadía en Buenos Aires, además de una cena en un restaurante nacional; pero, cuando fueron al lugar citado por el proveedor, se vieron comprometidos a firmar un contrato de afiliación con cargo a sus tarjetas de crédito, el cual brindaba descuentos en hoteles, pasajes, etc.; por lo que al no haber cumplido el proveedor con lo ofrecido, los consumidores lo denunciaron. La Resolución N° 0765-2006/CPC, del 2 de mayo de 2006, declaró fundada la denuncia, imponiendo al proveedor denunciado la devolución de lo pagado como medida correctiva y una multa. En este caso, quedó claro que además de ser un servicio no idóneo, el contrato de afiliación celebrado por los consumidores fue firmado sólo por la atracción de los premios ofrecidos.

Sobre el particular, el autor indica que para evitar estos acontecimientos, debe existir un plazo para reflexionar y analizar las características del servicio, y de ser el caso el producto, ofrecidos, y así desistirse y apartarse del contrato del consumo. El jurista agrega que en

⁴⁵ ESPINOZA ESPINOZA, J. Op. Cit. p. 31-32.

algunos Códigos de Consumo, como el italiano y el brasileño vigentes, prevén los derechos de reflexión y arrepentimiento (apartamiento del contrato o receso), ante la existencia de ventas agresivas que si bien no están prohibidas, atentan contra el momento en el que los consumidores deberían realizar una decisión de consumo meditada y racional.

Por tanto, se advierte que el CPDC pretende controlar las cláusulas y prácticas abusivas que afectan y continúan afectando a los consumidores y salvaguardar los intereses de los consumidores, frente al desequilibrio existente en la relación de consumo, en la que el proveedor siempre se encuentra en mejores condiciones con respecto al consumidor, por la asimetría informativa existente, por lo que, el proveedor, al establecer unilateralmente el contrato, generalmente no guiaría sus esfuerzos a los intereses de los consumidores.

CAPÍTULO III

LA APLICACIÓN DE MÉTODOS COMERCIALES COERCITIVOS Y AGRESIVOS EN LA CONTRATACIÓN Y SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN EN LA NORMATIVIDAD PERUANA

1. Primeros alcances normativos. Ley de Protección al Consumidor.

La Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo n° 716, publicada en 1991 sufrió varias modificaciones, siendo la última la promulgación del Decreto Legislativo n° 1045. Una de las reformas más importantes fue la Ley n° 27311 del año 2000 que reguló de forma más precisa, entre otros aspectos, los métodos comerciales coercitivos, reforzó los mecanismos alternativos de solución de conflictos y otorgó la facultad de imponer medidas correctivas al Indecopi.⁴⁶

La citada Ley tenía como finalidad garantizar el respeto y el ejercicio de los derechos del consumidor, garantizando en el literal d) del artículo 5°, el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, y protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen información equivocada.

⁴⁶Ley n° 27311: Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, de 18 de julio de 2000; complementada después por la Ley n° 27917 de 10 de enero de 2003.

A su vez, señala de manera enunciativa, no limitativa, el derecho a la protección prohibiendo lo siguiente: *a) El condicionamiento de la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, salvo limitadas excepciones; b) obligar al consumidor a asumir prestaciones que no haya pactado o a efectuar pagos por bienes o servicios que no hayan sido requeridos previamente; c) modificar, sin el consentimiento expreso de los consumidores, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio; d) completar los títulos valores emitidos incompletos por el consumidor, de manera distinta a la que fuera expresamente acordada al momento de su suscripción; e) establecer limitaciones injustificadas o no razonables al derecho de poner fin a un contrato; y f) ofrecer bienes o servicios a través de visitas, llamadas telefónicas o métodos análogos de manera impertinente.*

Desde la dación de la primera norma en materia de protección al consumidor, Decreto Legislativo n° 716 de 09 de noviembre de 1991, nuestro sistema de protección al consumidor ha buscado salvaguardar los derechos de los consumidores, “mediante la proscripción de aquellos métodos comerciales ilegítimos que impliquen, entre otras cosas, obligar al consumidor a asumir prestaciones no pactadas, condicionarlos a la adquisición de productos no requeridos o modificar sin su consentimiento las condiciones y términos en los que los servicios se contratan”⁴⁷; puesto que el contenido original de la norma prescribía en su inciso d) el derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores, 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; sin embargo, se advirtió que en todo el contenido de la citada ley no se hizo otra referencia a los métodos coercitivos lo cual significó mucha dificultad al desarrollo de la figura, pues su regulación carecía de un contenido que la jurisprudencia o la doctrina pudieran interpretar y aplicar en cada caso en particular que se presentaba.

Es así que, con el Decreto Legislativo n° 807 de 18 abril de 1996, la indeterminada figura de los métodos coercitivos va adquiriendo un matiz más definido, pues a través de esta norma se modifica el artículo 13° del Decreto Legislativo n° 716, estableciéndose que “queda prohibida la

⁴⁷ Resolución 0259-2012/SC2-INDECOPI recaída sobre el Expediente N° 7-2011/CPDC-INDECOPI (31/01/2012).

realización de propuestas al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre un bien o servicio que no hayan sido requeridos previamente y que generen un cargo automático en cualquier sistema de débito o que interpreten el silencio del consumidor como aceptación a dicho cargo. Si con la oferta se envió un bien, incluso si se indicara que se devolución puede ser realizada sin costo alguno para el receptor, el receptor no está obligado a conservarlo ni a restituirlo al remitente”; apreciándose que en este dispositivo legal se regula los costos adicionales por prestaciones de productos o servicios no requeridos por el consumidor y no acordados en las operaciones de consumo y cuyo importe el proveedor se atribuye la potestad de cobrar prestando un servicio sin el requerimiento de aquel agente de mercado.

Con posterioridad, a través de la Ley n° 27311 se modifica nuevamente el artículo 13° en la que se señala que “de manera enunciativa, mas no limitativa, el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no podrán:

- a. *Modificar, sin consentimiento expreso de los consumidores, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio. No se puede presumir el silencio del consumidor como aceptación, salvo que éste así lo hubiese autorizado expresamente y con anterioridad.*
- b. *Realizar ofertas al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre un bien o servicio que no hayan sido requeridos previamente y que generen un cargo automático en cualquier sistema de débito, o interpretar el silencio del consumidor como aceptación a dicho cargo, salvo que aquel lo hubiese autorizado expresamente con anterioridad. Si con la oferta se envió un bien, incluso si se indicara que su devolución puede ser realizada sin costo alguno para el receptor, éste no está obligado a conservarlo ni a restituirlo al remitente.*
- c. *Completar los títulos valores emitidos incompletos por el consumidor de manera distinta a la que fuera expresa o implícitamente acordada al momento de su suscripción”.*
- d. *En el caso de esta norma, parece que el legislador poco a poco va tomando idea de lo que son los métodos comerciales coercitivos y va delimitando su concepto como métodos que utilizan los proveedores para distribuir sus productos sin hacer mucho caso de*

la voluntad expresa del consumidor para el perfeccionamiento de relación de consumo.

Mediante, el Decreto Legislativo n° 1045 de 26 de 06 de 2008 se amplía los supuestos establecidos en el artículo 13°, que fuera modificado por la Ley n° 27311, incluyendo dentro de los métodos coercitivos que pueden presentarse:

- a. En relaciones contractuales de duración continuada o tracto sucesivo donde haya dependencia o subordinación entre las acciones de consumo, tomar ventaja indebida del oportunismo post contractual, es decir, condicionar la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, salvo que por su naturaleza sean complementarios, formen parte de las ofertas comerciales o, por los usos y costumbres sean ofrecidos en conjunto;*
- b. Obligar al consumidor a asumir prestaciones que no haya pactado o a efectuar pagos por bienes o servicios que no hayan sido requeridos previamente. En ningún caso podrá interpretarse el silencio del consumidor como aceptación de dichas prestaciones o pagos, salvo que lo hubiese autorizado, de manera expresa;*
- c. Modificar sin el consentimiento expreso de los consumidores, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio. No se puede presumir el silencio del consumidor como aceptación, salvo que éste así lo hubiere autorizado expresamente y con anterioridad;*
- d. Completar los títulos valores emitidos incompletos por el consumidor, de manera distinta a la que fuera expresamente acordada al momento de su suscripción;*
- e. Establecer limitaciones injustificadas o no razonables al derecho del consumidor de poner fin a un contrato, así como a la forma como éste puede hacerlo; u,*
- f. Ofrecer bienes o servicios a través de visitas, llamadas telefónicas o métodos análogos de manera impertinente.*

Finalmente con lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor de 30 de enero de 2009, se conservan dichos supuestos, cuya estructura básicamente es recogida por el CPDC que actualmente nos rige, el cual realizó leves modificaciones, e incluyó el literal g) que considera como método coercitivo el “exigir al

consumidor la presentación de documentación innecesaria para la prestación del servicio que contrate o la entrega del producto adquirido, pudiendo, en todo caso, exigirse solo la documentación necesaria, razonable y pertinente de acuerdo con la etapa en la que se encuentre la prestación del producto o ejecución del servicio.

A. El tratamiento peruano de las ventas agresivas en la Ley de Protección al Consumidor por parte de las instancias administrativas.

A nivel de las instancias administrativas del Indecopi, la Comisión de Protección al Consumidor, en adelante la Comisión⁴⁸, resulta competente para conocer las denuncias por infracción a las normas de protección al consumidor en el Perú, la cual ha tenido que asumir los problemas surgidos en el área de las contrataciones que versan sobre la venta de productos vacacionales, a causa de la utilización de técnicas de ventas agresivas por parte de las empresas en contra de los consumidores.

Es así que, al afrontar este escenario la legislación de protección al consumidor peruana no contenía entre sus normas, alguna que contenga concretamente las conductas de los hechos denunciados por los consumidores afectados por tales situaciones, por lo que no dejó otra opción que recurrir y aplicar los parámetros normativos existentes en la Ley de Protección al Consumidor, tales como el deber de idoneidad, de información y la prohibición de empleo de métodos comerciales coercitivos.

De este modo la Comisión al imputar una supuesta infracción y efectuar el respectivo análisis, realizaba un proceso administrativo bajo el marco del deber de idoneidad, ahora si el consumidor denunciaba, como muchas veces ocurrió, la imposibilidad de acceder a los beneficios que le

⁴⁸ Mediante Decreto Ley 25868 se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-Indecopi, estableciéndose entre sus diversas comisiones funcionales la Comisión de Protección al Consumidor, cuyas facultades abarcaban la sanción de infracciones administrativas a la ley de Protección al Consumidor. Dicho decreto ha sido reemplazada por sucesivas leyes, encontrándose vigente desde el 28 de junio de 2008 a la fecha el Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi.

fueron ofrecidos⁴⁹; entonces la denuncia se viabilizaba desde el deber de información, otras veces la cuestión discutida se concentraba en la omisión de información por parte del proveedor respecto al contrato suscrito o lo señalaba, como métodos comerciales coercitivos, señalando los mecanismos de presión ejercidos por el proveedor para obtener la aprobación del consumidor en la contratación

En reiteradas ocasiones, la Comisión iniciaba el procedimiento administrativo imputando y analizando conductas como presuntas infracciones, las formas antes señaladas (idoneidad, información y métodos comerciales coercitivos); sin embargo, en muchas oportunidades los resultados fueron negativos para el consumidor, ello ante la falta de pruebas respecto a la utilización de prácticas comerciales agresivas o se demostraba la existencia de un contrato válidamente firmado por el consumidor, desvirtuaba que la empresa impusiera condiciones oscuras o desconocidas para el consumidor. Advirtiéndose que, muy pocas veces fueron declarados fundados los casos, en el sentido referido al deber de idoneidad, cuando quedaba verificado el incumplimiento de la entrega de los premios ofrecidos⁵⁰.

a. La inexistente tipificación de las ventas agresivas en la Ley de Protección al Consumidor y su análisis como infracción al deber de idoneidad.

La Ley de Protección al Consumidor, en adelante la LPC, señalaba en su artículo 5° literal d) 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, no abordaba la práctica comercial relacionada con los métodos agresivos o engañosos, limitando, al

⁴⁹ Aspectos relacionados con el listado de algunos hoteles y no la totalidad ofrecida, escasez de disponibilidad de habitaciones sobretudo en temporadas altas, costos mayores a los ofrecidos por los hoteles.

⁵⁰ En otros casos, la Comisión se pronunció en las Resoluciones Finales No. 552-2003, de 28-04-03, No. 647-2003-CPC, de 18-06-03 (confirmada por la Resolución No. 0091-2004/TDC-INDECOPI, de 19-03-04), No. 161-2004-CPC, de 11-02-04 (confirmada por la Resolución No. 0308-2004/TDC-INDECOPI, de 21-07-04), No. 930-2004-CPC, de 15-09-04, No. 0386-2006-CPC, de 07-03-06, No. 0148-2006-CPC, de 31-06-06.

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 correspondiente⁵¹.

b. Breve estudio de los pronunciamientos emitidos por Indecopi sobre métodos comerciales coercitivos:

En el presente caso, corresponde analizar algunas resoluciones, en las que se evidencia la existencia de métodos comerciales coercitivos y que fueron materia de pronunciamientos por parte de la Comisión, aplicando como criterio una infracción al deber de idoneidad:

- (i) *Expediente 1294-2005/CPC, instaurado ante la Comisión en contra de Travel Savings S.A.C.:* En el presente caso, nueve consumidores denunciaron (en seis procesos distintos)⁵² al proveedor, Savings S.A.C, que fueron abordados en centros comerciales, solicitando sus datos haciéndoles raspar un ticket e inmediatamente se les informaba que habían ganado un premio de estadía en Buenos Aires y además una cena en un restaurante; indicando que al asistir al local del proveedor fueron aturdidos entre la música y las diferentes personas que ingresaban y salían de la oficina donde eran atendidos siendo “obligados” e “inducidos bajo presión” a firmar un contrato de afiliación con cargo a sus tarjetas de crédito en el cual se brindaban servicios de descuentos en hoteles, cenas, cruceros, entre otros por la vigencia de un año.

En atención a ello, la Comisión, en decisión que comparto, con Resolución n° 0765-2006/CPC de 02 de mayo de 2006, declaró fundada la denuncia aplicando, además de otras sanciones, la medida correctiva de devolución de lo pagado por los consumidores y una multa de 30 UITs. Con respecto

⁵¹ Cabe señalar que únicamente, el legislador estableció en la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo 716, los alcances de los métodos comerciales coercitivos, específicamente en el artículo 5° literal d) y 13° del cuerpo legal.

⁵² Los expedientes n° 1502-2005/CPC, 1362-2005/CPC, 1644-2005/CPC, 1666-2005/CPC y 1750-2005/CPC, fueron acumulados al Expediente n° 1294-2005/CPC y resuelto en primera instancia mediante Resolución 765- 2006/CPC.

al premio, la Comisión señaló que *“los denunciantes solicitaron la devolución de su dinero que se les cargó en sus tarjetas de crédito en tanto que, sólo se acercaron a Travel Savings a fin de recoger un premio y no para celebrar contrato alguno de afiliación; pese a que en su defensa, Travel Savings manifestó que los denunciantes entregaron su tarjeta de crédito libre y voluntariamente como adultos, manifestando su voluntad al momento de la celebración del contrato de afiliación.*

Por lo que, la Comisión estimó que en el presente caso (...) *era imposible que los denunciantes puedan obtener algún medio probatorio que demuestre que Travel Savings les ofreció por teléfono un premio y que en sus oficinas los presionaron e indujeron a celebrar un contrato de afiliación el cual desconocían sus términos y menos aún que entregaron sus tarjetas de crédito con el fin de acceder al premio ofrecido y no para que se les carguen sumas de dinero por un servicio no deseado y desconocido; evidenciándose que (...) 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.*

La Comisión agregó que, (...) *a lo largo del procedimiento Travel Savings no ha demostrado que, el solicitarles a los denunciantes la visita a sus oficinas se hubiera debido efectivamente a la entrega de los premios y que la celebración de los contratos de afiliación con los respectivos cargos de tarjeta de crédito se hubiera dado libre y voluntariamente. Por el contrario, todos los indicios acreditados (los contratos de afiliación, las órdenes de pago a favor de Travel Savings, los certificados de hospedajes y las cenas de cortesía) crearon convicción en la Comisión de*

la existencia de la falta de idoneidad en el servicio y, consiguientemente, de la infracción por parte de Travel Savings.

En ese orden de ideas, valorados en conjunto, los indicios permitieron afirmar a la Comisión que Travel Savings ofreció diversos premios a los denunciantes con la verdadera y única finalidad de hacerlos celebrar un contrato de afiliación con los respectivos cargos de dinero en sus tarjetas de crédito, por un servicio no deseado ni conocido por los denunciantes. Finalmente, la Comisión consideró necesario precisar que la Ley de Protección al Consumidor protege al consumidor razonable, que es aquel que actúa con una diligencia ordinaria en sus decisiones de consumo (...). No obstante ello, en el presente caso, los denunciantes celebraron los contratos de afiliación atraídos por una expectativa falsa, siendo el único propósito de Travel Savings el que los denunciantes suscribieran dichos documentos bajo circunstancias desfavorables para ello, y cargarles en sus tarjetas de créditos sumas de dinero a su favor. Indicando finalmente que, había quedado acreditado que Travel Savings no brindó un servicio idóneo a los denunciantes, toda vez que los mismos no pudieron acceder a los descuentos ofrecidos por la denunciada”.

De lo señalado en el párrafo precedente, se aprecia que este caso es un supuesto de “venta agresiva”, por cuanto, el proveedor trabajó sobre las emociones del consumidor, aprovechándose de la situación en la que se encontraban los consumidores y se verifica que el contrato fue celebrado fuera de los locales comerciales⁵³; sin embargo, la autoridad administrativa se limitó a flexibilizar el tratamiento de la carga de la prueba y no a sancionar directamente el empleo de métodos de ventas agresivas.

En la Resolución n°. 0765-2006/CPC, la Comisión, consideró infracción al deber de idoneidad desde el punto de vista de la no correspondencia de los servicios dados con lo efectivamente prometido incluyendo en estos supuestos a los premios ofrecidos,

⁵³ LORENZETTI, R. *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, p. 207.

evidenciándose que los denunciados celebraron los contratos de afiliación atraídos por una esperanza falsa, siendo la única intención de *Travel Savings* que los denunciados firmaran contratos bajo circunstancias desfavorables a ellos, y cargarles en sus tarjetas de créditos sumas de dinero a favor del referido proveedor. Advirtiéndose que, en estos casos se configuran dos momentos: el de la venta agresiva y el de la infracción al deber de idoneidad, tanto en la promesa de los premios, como en la de los servicios derivados del contrato de afiliación suscrito.

Asimismo, si bien es cierto, la Comisión observó que el contrato se efectuó bajo “presión” e “inducción”, ello teniendo en cuenta que los consumidores se encontraban atraídos por la “falsa expectativa” de los premios, el análisis de la infracción únicamente se realizó y centro en la infracción al deber de idoneidad.

Sobre el particular debemos señalar que, en este tipo de casos, cuando está presente un elemento sorpresa en el perfeccionamiento de una relación de consumo, no es acertado el análisis del *estándar* del “consumidor razonable”, por cuanto, dadas las circunstancias especiales creadas por el propio proveedor, el consumidor no ha podido deliberar ni resolver apropiadamente respecto de las características positivas y negativas del producto o servicio ofrecido. El *estándar* analizado debe realizarse teniendo en cuenta, el uso al bien o servicio en el período de deliberación y en el ejercicio oportuno del derecho de arrepentimiento. En estos casos aun cuando no hay un plazo estipulado por ley, creo que es apropiado y beneficioso tener como parámetro referencial un plazo para poder decidirse entre siete a diez días. Aun cuando no se cuente con una disposición que señale un plazo para poder deliberar sobre la obtención o no de un servicio o bien, los operadores jurídicos van a tener que aplicar los parámetros de idoneidad e información.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que de acreditarse las diversas formas de venta no sólo se debía limitar a constatar lo ofrecido con lo efectivamente firmado en el contrato, dado que, frente a estas situaciones, se necesitaban tener discernimientos excepcionales para evaluar la conducta del consumidor. Es decir, ante este tipo de situaciones existía la posibilidad de aplicar, el

artículo 20° de la Ley de Protección al Consumidor, el cual, a la letra, establece que:

“La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las características y funciones propias de cada producto y las condiciones y garantías ofrecidas, dan lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”⁵⁴.

Es así que, en este sentido el operador jurídico no sólo debía tener en cuenta lo que contiene el contrato suscrito por el consumidor, sino la información publicitaria que el proveedor le había ofrecido y entregado; por lo que en este tipo de casos no era posible aplicar la normatividad referida a los métodos comerciales coercitivos estipulado en el literal d) del artículo 5° y el artículo 13° de la LPC, por cuanto el punto característico de estos casos es que, a pesar que no se había concluido una manifestación de voluntad por parte del consumidor, éste se encontraba dentro de una relación de consumo; a diferencia de las ventas agresivas, ya sea por el elemento sorpresa o el de emotividad, sí se configuraba una voluntad; pero ésta adolecía de un vicio de la voluntad, motivo por el cual, surge el período de análisis y reflexión en acción del derecho de arrepentimiento.

2. Desarrollo actual de las figuras y su tratamiento en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

A. Métodos comerciales coercitivos

A nivel doctrinal se ha advertido que “los métodos comerciales coercitivos tienen como objetivo, forzar a que el consumidor, existiendo o no una relación contractual, asuma obligaciones o cargas no pactadas o autorizadas. En uso de su autonomía privada, el consumidor tiene el

⁵⁴ Para un comentario a este artículo, cfr. LEDESMA ORBEGOZO, *Exigencias válidas de los consumidores*, en *Ley de Protección al Consumidor. Comentarios. Precedentes Jurisprudenciales. Normas Complementarias*, a cura de ESPINOZA ESPINOZA, Rodhas, Lima, 2004, p. 183-186.

derecho a definir y aceptar las relaciones de consumo que considere convenientes para sus intereses, sin que medie coacción alguna por parte del proveedor. Advirtiéndose que los métodos coercitivos comunes son la modificación unilateral por parte del proveedor de las condiciones y términos contractuales en que un consumidor adquirió un producto o servicio, o el cargo automático de una oferta no requerida por el consumidor⁵⁵.

A lo largo del desarrollo de la regulación de los métodos comerciales coercitivos se han adicionando nuevos supuestos, por lo cual en la utilización de criterios de diversa índole que puedan amenazar la voluntad de los consumidores, “la norma establece una lista abierta de los métodos comerciales coercitivos prohibidos, como son la modificación unilateral, por parte del proveedor, de las condiciones y términos contractuales en que un consumidor adquirió un producto o servicio, o el cargo automático de una oferta no requerida previamente”⁵⁶. Por tanto, se aprecia que el artículo 56° del CPDC tipifica una serie de conductas como métodos coercitivos, sin que se trate de una lista cerrada.

Por tanto, se advierte que los métodos comerciales coercitivos afectan la libertad de decisión y la libertad de contratación pues vulneran el derecho de los consumidores al imponerles obligaciones no pactadas por el libre ejercicio de su voluntad. Al respecto es también explicativa la posición de la Sala de Protección al Consumidor del Indecopi, que refiere que “cada consumidor está en el derecho de definir, aceptar y autorizar las condiciones y relaciones contractuales que considere pertinentes en sus operaciones de consumo. Lo contrario implicaría vulnerar el principio de autonomía privada que debe regular toda relación contractual. El único sujeto que puede juzgar qué es lo que más le conviene al consumidor es él mismo, no estando el proveedor autorizado para arrogarse tal decisión”⁵⁷. En tal sentido, es el propio consumidor y sólo él quien delimita su intervención en el proceso de contratación, tal procedimiento no es solamente un hecho aislado, sino que es un derecho

⁵⁵ FERRAND RUBINI, E. *Los derechos de los consumidores*. En: *Ley de Protección al Consumidor*, Rodhas, Lima, 2004, p. 66.

⁵⁶ Resolución 2021-2009/SC2-INDECOPI recaída sobre el Expediente N° 110-2008/CPC-INDECOPI-LAL (09/11/2009)

⁵⁷ Resolución 0173-2006/TDC-INDECOPI recaída sobre el Expediente N° 494-2005/CPC (08/02/2006).

del consumidor a que nadie sino él sea quien decida cuando llevar a cabo una operación de consumo.

Por tanto, las prácticas coercitivas no sólo se configuran cuando el proveedor establece una relación contractual con el consumidor sin su consentimiento sino también cuando el consumidor tiene la voluntad de sostener dicha relación y el proveedor le pone obstáculos y trabas para otorgar el producto o servicio ofrecido⁵⁸ o cuando quiera disolver el contrato⁵⁹.

En virtud de ello, los métodos coercitivos se entienden como una anomalía en la formación, aprobación o consumación de la voluntad en una relación de servicio o consumo, convirtiendo una operación de consumo razonada en virtud a las necesidades del consumidor y las características del producto, en una operación incorrecta e ineficaz que lesiona los derechos e intereses económicos del consumidor, pues le exige y constriñe a asumir costos no precavidos de acuerdo a la variación de las condiciones antes estipuladas bajo las cuales se ha dispuesto a contratar o se ha contratado.

En consecuencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan que los métodos comerciales coercitivos van más allá de la relación contractual convenida, pues los deberes determinados y establecidos por el proveedor de forma unilateral exigirán al consumidor a asumir costos

⁵⁸ Véase **Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571.**

56.1 De manera enunciativa y no limitativa, el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no pueden:

(...)

g. Exigir al consumidor la presentación de documentación innecesaria para la prestación del servicio que contrate o la entrega del producto adquirido, pudiendo, en todo caso, exigirse solo la documentación necesaria, razonable y pertinente de acuerdo con la etapa en la se encuentre la prestación del producto o ejecución del servicio.

⁵⁹ Véase **Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571.**

56.1 De manera enunciativa y no limitativa, el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no pueden:

e. Establecer limitaciones injustificadas o no razonables al derecho del consumidor a poner fin a un contrato cuando legal o contractualmente se le haya reconocido ese derecho, o a emplear los mismos mecanismos de forma, lugar y medios utilizados en la celebración de los contratos para desvincularse de estos.

en tanto estos estén de alguna forma ya obligados por alguna relación anterior.

En base a lo señalado, algunos de los criterios sobre los que se basan la identificación de los métodos coercitivos son básicamente la vulneración de la relación de confianza a través de todo el proceso contractual por una práctica abusiva de los proveedores de configurar relaciones sin el consentimiento de los consumidores, modificar las reglas de juego sustancialmente sin el consentimiento o venia de los sujetos tutelables, poner obstáculos a su voluntad para disolver los contratos o poner barreras para un cumplimiento efectivo de la obligación contraída.

- ✓ ***La relación de confianza:*** Los métodos coercitivos deterioran la relación de confianza, existente entre el consumidor y el proveedor, la cual resulta primordial para su desarrollo. Es decir para el funcionamiento dinámico del mercado masivo es necesario que exista una relación de confianza entre el consumidor y el proveedor, de lo contrario las transacciones se harían más costosas pues el consumidor se vería obligado a sobrellevar costos adicionales de información y por otro lado se harían menos frecuentes debido a que no se esperaría un desenvolvimiento leal en la conducta de los agentes de mercado que proporcionan productos o servicios, creando riesgos que pocos consumidores estarían dispuestos a correr. Sobre la base de una relación de confianza necesaria para el desenvolvimiento la jurisprudencia tiene una idea clara al señalar que “si no existiera esta relación de confianza, el futuro cliente no contrataría con el proveedor por el temor a ser embaucado o que alguna modificación lo lesione, ya que lo que busca el cliente es una empresa seria, eficaz y confiable”⁶⁰

Es en este escenario que cobra especial relevancia el principio de buena fe sobre la creencia de que los sujetos de mercado que se vinculen a través de relaciones económico jurídicas están dispuestos a respetar todas las condiciones tanto anteriores como posteriores al perfeccionamiento de una relación contractual, es por eso que la que la buena fe “es una directriz que deben observar los contratantes en todo el

⁶⁰ Resolución 0517-2006/TDC-INDECOPI recaída sobre el Expediente n° 458-2005/CPC (12/04/2012).

íter contractual, razón por la cual los contratos se basan en relaciones de confianza, supuesto esencial de la buena fe, y que gracias a este se permite que las relaciones contractuales se realicen de una manera más fluida”⁶¹ .

La expectativa de una conducta adecuada de los agentes de mercado en el desenvolvimiento de las relaciones económicas deberá basarse en la confianza que tienen las partes de que las reglas de juego no sean impuestas sin respetar la voluntad de los sujetos intervinientes, por lo que se trata de una buena fe subjetiva pues las partes deben tener la creencia de que se obrará respecto a derecho. Así “la buena fe resulta ser la convicción interna del sujeto de encontrarse en una situación jurídica regular, de normal desenvolvimiento jurídico que lo impulsa a contratar, porque si se moviera bajo el constante temor de que va a ser engañado o estafado, las contrataciones y las relaciones jurídicas de intercambio disminuirían”⁶² .

- ✓ ***La afectación de libertades:*** Los métodos coercitivos afectan esencialmente la libertad de los consumidores de elegir y decidir qué producto o servicio les conviene adquirir y en qué momento hacerlo, siendo los proveedores quienes se atribuyen dicha facultad afectando la esfera privada de los consumidores en una decisión que les corresponde exclusivamente a ellos. A consecuencia de ello vulneran también su libertad de contratar, a través de la decisión unilateral del proveedor sobre la satisfacción de las expectativas del consumidor.

Por otro lado, debe precisarse que existe diferencia con las cláusulas abusivas en cuanto, éstas sí están rigurosamente ligadas a la presencia del contrato y en segundo lugar porque imputan un desequilibrio en las prestaciones recíprocas pero el consumidor conoce la oferta y la cláusula contractual y la acepta, es decir el inestabilidad aparece dentro de las reglas de juego; sin embargo, en los métodos coercitivos el proveedor crea una relación contractual y varía la oferta sin tener consentimiento manifiesto del consumidor, es decir, sin tomar en cuenta su voluntad, el cual es un elemento básico para que el surgimiento de obligaciones se perfeccione.

⁶¹ Ídem.

⁶² Ídem.

El artículo 56° del CPDC tipifica una serie de conductas como métodos coercitivos. De esta manera, los proveedores están prohibidos de ejecutar las siguientes conductas⁶³:

- a. ***En los contratos de duración continuada o de tracto sucesivo, condicionar la venta de un producto o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, salvo que, por su naturaleza o con arreglo al uso comercial, sean complementarios. La oferta de productos o servicios no complementarios debe garantizar que puedan ofrecerse por separado.***

Una práctica muy común es establecer la venta de lo que se conoce como “productos o servicios atados”. Es una práctica comercial plenamente válida, siempre que la venta de los productos o servicios atados no esté condicionada, es decir, que el consumidor tenga siempre la posibilidad de adquirir o contratar los productos o servicios por separado. Es decir, lo que está prohibido es que los proveedores obliguen a los consumidores a adquirir o contratar un producto o servicio condicionado a otro.

- b. ***Obligar al consumidor a asumir prestaciones que no ha pactado o a efectuar pagos por productos o servicios que no han sido requeridos previamente. En ningún caso puede interpretarse el silencio del consumidor como aceptación de dichas prestaciones o pagos, salvo que lo haya autorizado previamente de manera expresa.***

Si bien parece lógico que un consumidor no pueda ser obligado al pago de productos o servicios que no ha contratado, en la práctica, resulta común encontrar situaciones en las cuales al consumidor se le aplican cargos por servicios o productos que no ha contratado expresamente o que, en todo caso, ha contratado bajo la forma de un silencio o aceptación de cláusulas que no le han sido informadas.

Por tanto, no resulta válido el envío de una comunicación al consumidor en la que se le informa que ante la falta de respuesta en un determinado plazo, se considerará aceptado el producto o servicio ofrecido en la comunicación. Es un tratamiento que nace de la regulación

⁶³ NORTHCOTE SANDOVAL, C. Op. Cit. p. X-2 –X-3.

que contiene el Código Civil en su artículo 142º: “El silencio Artículo 142º. El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”.

c. Modificar, sin el consentimiento expreso del consumidor, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio, inclusive si el proveedor considera que la modificación podría ser beneficiosa para el consumidor. No se puede presumir el silencio del consumidor como aceptación, salvo que él así lo haya autorizado expresamente y con anterioridad.

Otro de los supuestos comunes es que un proveedor modifique unilateralmente las condiciones de la operación. Como sabemos, un contrato solo puede ser modificado si ambas partes están de acuerdo. Sin embargo, el cambio en las condiciones pactadas es un supuesto que se ha evidenciado muchas veces, sobre todo en el rubro de servicios financieros y bancarios.

Es así que, durante algún tiempo algunas entidades bancarias habían adoptado el procedimiento de incrementar las líneas de crédito de sus clientes, sin que estos lo hubieran solicitado o aceptado expresamente. Las entidades bancarias argumentaban que se trataba de una situación beneficiosa para los consumidores, pues tendrían acceso a una mayor línea de crédito para su consumo, pero lo cierto es que en la práctica podían generarse situaciones desfavorables como un sobreendeudamiento o un mayor perjuicio en caso de robo o fraude de las tarjetas de crédito.

d. Completar formularios, formatos, títulos valores y otros documentos emitidos incompletos por el consumidor, de manera distinta a la que fue expresamente acordada al momento de su suscripción.

Esta regla se origina en el tratamiento que existe en materia de títulos valores, contemplado en la Ley nº 27287 – Ley de Títulos Valores. Conforme a esta regla, un consumidor que hubiera aceptado un título valor o de un formato en forma incompleta, para que el proveedor, en la oportunidad pactada, complete la información respectiva, no puede ser

obligado a prestaciones distintas a las que se hubieran aceptado expresamente.

Un caso muy común de títulos valores incompletos es el de los créditos o líneas de crédito otorgadas por las entidades bancarias. Como respaldo de estas líneas de crédito, se emitía un pagaré incompleto ya que a la firma del contrato de crédito no se podía conocer cuál sería el monto final a cobrarle al consumidor, pues podía ocurrir que no hubiera utilizado toda la línea de crédito. Pero lo que no puede ocurrir es que el título valor sea completado por un monto que no corresponde a la deuda real o considerando tasas de interés que no fueron pactadas.

e. Establecer limitaciones injustificadas o no razonables al derecho del consumidor a poner fin a un contrato cuando legal o contractualmente se le haya reconocido ese derecho, o a emplear los mismos mecanismos de forma, lugar y medios utilizados en la celebración de los contratos para desvincularse de estos.

Así como las partes tienen libertad para decidir contratar y las condiciones de sus contratos, tienen derecho también a ponerle fin a un contrato en la forma y condiciones pactadas. Lo importante de esta regla, además, es que los proveedores deben permitir a los consumidores desvincularse de los contratos a través de los mismos medios en que fueron celebrados. Por ejemplo, es muy usual actualmente, que los consumidores puedan contratar servicios a través del teléfono o de internet. Pues en tales casos, los proveedores deben implementar canales que permitan apartarse del contrato por los mismos medios.

f. Tomar ventaja indebida en las relaciones contractuales de duración continuada o de tracto sucesivo, en aquellas situaciones en las que el cambio de un proveedor resulta significativamente costoso para el consumidor.

Esta prohibición es un poco más general que las anteriores, pues hace referencia a una diversidad de casos en la cual es posible que un proveedor se aproveche de la situación en la que se encuentra el consumidor frente a una operación de duración continuada en la cual es muy oneroso o imposible cambiarse de proveedor.

- g. Exigir al consumidor la presentación de documentación innecesaria para la prestación del servicio que contrate o la entrega del producto adquirido, pudiendo, en todo caso, exigirse solo la documentación necesaria, razonable y pertinente de acuerdo con la etapa en la que se encuentre la prestación del producto o ejecución del servicio.**

Otra situación de abuso cometida por algunos proveedores es la exigencia de documentos innecesarios para contratar un servicio o para la compra de un producto, de forma tal que dicha documentación no sea razonable o no se ajuste a la naturaleza de la contratación. Estas restricciones se aplican a todas las ofertas de productos o servicios, sean estas efectuadas dentro o fuera de establecimientos comerciales o mediante métodos de contratación a distancia, cualquiera sea el medio de comunicación empleado para ello. Como habíamos mencionado, se trata de una lista a título enunciativo y no limitativo, pues el artículo 57° contiene en una cláusula abierta en el siguiente sentido:

Asimismo, en el artículo 57° del referido CDPC, señala que también son métodos abusivos todas aquellas otras prácticas que, aprovechándose de la situación de desventaja del consumidor resultante de las circunstancias particulares de la relación de consumo, le impongan condiciones excesivamente onerosas o que no resulten previsibles al momento de contratar.

B. Métodos comerciales agresivos o engañosos.

Según ESTIVA GARRIBIA y GILBOTA, citado por RODRÍGUEZ GARCÍA⁶⁴, los métodos 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. Señalando además que, las ventas agresivas se producen cuando se recorta la capacidad de análisis del consumidor con respecto a la oferta formulada

⁶⁴ RODRÍGUEZ GARCÍA, G. *El fantasma de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del consumidor*. Actualidad Jurídica, 202, Lima, (setiembre 2010), p. 47.

El artículo 58° del CPDC, define a los métodos comerciales agresivos o engañosos como aquellas prácticas que los proveedores no pueden llevar a cabo, mientras mermen en forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida y el dolo, resaltando sobre todo el derecho de todo consumidor a la protección de este tipo de métodos⁶⁵.

De la revisión de diversos casos, desde el año 2010 en adelante⁶⁶, se aprecia que los aspectos generalmente denunciados por los

⁶⁵Código de Protección y Defensa del Consumidor.

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:

- 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.
- B. El cambio de la información originalmente proporcionada al consumidor al momento de celebrarse la contratación, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.
- C. El cambio de las condiciones del producto o servicio antes de la celebración del contrato, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.
- 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.
- E. 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.
- 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.

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.

⁶⁶ Para mayor información, se puede consultar el Buscador de Resoluciones de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi <http://sistemas.indecopi.gob.pe/>

consumidores afectados, versan sobre el sometimiento del consumidor a un método de venta agresiva, la falta de equivalencia o concordancia entre lo ofrecido y lo adquirido y, finalmente, fuertes penalidades pecuniarias frente al deseo del consumidor de resolver el vínculo contractual.

El modelo o patrón de ventas agresivas aplicado en estos casos es generalmente una invitación al consumidor para una supuesta reunión informativa de carácter informal donde es agasajado gratuitamente (con alimentos, bebidas, música, lapiceros, agendas, etc.) y en la que le informan en forma muy persuasiva e insistente, por el tiempo que les resulte necesario para obtener el resultado favorable a ellos, incluso por varias personas, los “grandes beneficios” del producto ofrecido.

Por tanto, la libre autonomía de la voluntad juega un papel trascendental e importante para las relaciones contractuales y es una de las proposiciones uniformadoras del derecho privado, jugando un aspecto principal en el Derecho del Consumidor, ya que es a través de este derecho que el consumidor puede llegar a establecer una relación de intercambio seguro y adecuado con el proveedor, conforme a los intereses que pretende satisfacer.

En atención a ello, la relación contractual entre consumidor y proveedor es resultado de una decisión de consumo, el cual se inicia en el área interna del consumidor adquirente de un bien y un servicio, ello teniendo en cuenta las necesidades que busca satisfacer ya sea en las características del producto o servicio con el cual busca solucionar esa carencia, así el consumidor analizará y reflexionará qué producto obtener, las condiciones dispuesto a aceptar para obtenerlo, cuándo y porqué adquirirlo para tomar un decisión de consumo que vaya de acuerdo a sus intereses y en último lugar adoptará una acción que dé origen a una relación jurídica. Es por ello que 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 operación de consumo.

cpc_jurisprudencia/consultanew/principal.asp y del Tribunal del Indecopi
<http://systems.indecopi.gob.pe/buscResolucion/index.seam>.

La jurisprudencia del Indecopi, a través de la Sala de Defensa de la Competencia n° 2 ha señalado que “un consumidor tiene derecho de definir, aceptar y autorizar las condiciones y relaciones contractuales que considere pertinentes en sus operaciones de consumo. Lo contrario implicaría vulnerar el principio de autonomía privada que debe regular toda relación contractual. 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 tal decisión⁶⁷”.

Por tanto, se entiende que la relación de consumo tiene que ver con una relación bilateral en la cual intervienen proveedor y consumidor, es en esta relación de intercambio, en la que se suelen presentar los métodos agresivos los cuales vienen a ser métodos comerciales que sortean la voluntad de una de las partes- el consumidor-, comprometiéndolo a que asuma obligaciones no concretadas por el libre ejercicio de su voluntad, siendo el proveedor quien de cierta manera afecta o merma su voluntad puesto que decide por el consumidor, cambiando las características y situaciones por las que el consumidor sí contrataría en base a su necesidad e información, generando desconfianza entre las partes suscribientes de contrato.

El artículo 58° del CPDC define a los métodos comerciales agresivos o engañosos de la siguiente manera⁶⁸: *En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen:*

- 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 obtención 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 viajes 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 contratarán el alojamiento u otros servicios con la agencia de

⁶⁷ Resolución 0259-2012/SC2-INDECOPI recaída sobre el Expediente N° 7-2011/CPDC-INDECOPI (31/01/2012).

⁶⁸ NORTHCOTE SANDOVAL, C. Op. Cit. p X-3.

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.

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.

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.

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 prestan también para el engaño pues muchos ofrecimientos se realizan en condiciones o situaciones que no corresponden al 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.

- e. ***Emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y 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.

Es decir, el Indecopi administra un registro de números telefónicos y direcciones de correo electrónico, regulado por la Directiva n° 005-2009/COD-INDECOPI, en el cual todo consumidor puede inscribir sus números de teléfono y direcciones de correo electrónico, de forma tal que ningún proveedor pueda llamarlo o enviarle a dichos números y direcciones, información de carácter comercial o publicitaria no solicitada.

- 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.***

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, efectuadas 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.

Para una protección eficaz de los consumidores contra los métodos agresivos o engañosos, el CPDC prevé un derecho de restitución en virtud del cual los consumidores pueden solicitar la devolución de todas las prestaciones que hubieran pagado como consecuencia de alguna de las conductas prohibidas. Este derecho de restitución se ejerce sin perjuicio de la acción de anulación que el consumidor puede ejercer en la vía judicial.

Asimismo, corresponde señalar que la cláusula general contenida en el inciso f, que se refiere a los vicios tradicionales de voluntad (dolo, violencia e intimidación), subyace un “nuevo vicio⁶⁹” que es justamente la sorpresa, y así resulta que crear la impresión que se ha ganado un premio (inciso a), el cambio de información (inciso b), el cambio de las condiciones del producto (inciso c) y las visitas no solicitadas o llamadas telefónicas (inciso d), también producen el mismo efecto que los vicios tradicionales de voluntad.

a. Las ventas agresivas como método comercial agresivo en el Perú

Esta figura, se encuentra definida como cualquier conducta desleal por ser engañosa; toda vez que contiene información falsa o información que, aun siendo cierta, por su contenido o exposición incite o pueda llevar a error a los receptores, siendo susceptible de variar su comportamiento económico, siempre que incida sobre algunas de las siguientes formas:

- (i) *La existencia o la naturaleza del bien o servicio.*
- (ii) *Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.*

⁶⁹ SACCO R. y DE NOVA G. *Il Contratto*, Tomo primero, Tercera edición, UTET, Torino, 2004, p.621.

- (iii) *La asistencia postventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.*
- (iv) *El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.*
- (v) *El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.*
- (vi) *La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación.*
- (vii) *La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.*
- (viii) *Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.*

En atención a ello, cuando el empresario o profesional señale en una práctica comercial que se encuentra vinculado a un código de conducta, la infracción de los compromisos asumidos en dicho código, son considerados como desleales, siempre que éste sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta aptitud sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor como por ejemplo en el tan sonado caso Blue Marlín.

En atención a ello, el Indecopi, ha señalado que el deber de los proveedores de prometer productos idóneos no significaba una obligación de ofrecer productos seguros o de una determinada calidad, limitándose este deber a otorgar productos que reunieran las características o patrones establecidos en la normativa vigente, las que fueran acordadas con el usuario y las que este último moderadamente esperaría en función de la naturaleza y finalidad para la que un producto ha sido puesto en el mercado.

Además, se apreciaban dos cuestiones repetitivas que frenaban la sanción de las ventas agresivas como trasgresiones a la prohibición del empleo de métodos comerciales coercitivos:

- (i) *La falta de acreditación del alegado detrimento de la voluntad a la que habrían sido sometidos los consumidores al momento de contratar los productos de tiempo compartido.*
- (ii) *La barrera impuesta por el modelo de consumidor razonable en la evaluación de la conducta del consumidor al momento de contratar.*

Por su parte, RODRÍGUEZ GARCÍA⁷⁰, señala que bajo el rótulo de “ventas agresivas”, se suelen incluir conductas que sí resultan sancionables, pero no por ser ventas agresivas sino por tratarse de otras conductas infractoras de la normativa de protección al consumidor. Por eso cuando se dice que la venta agresiva es la que se produce mediante engaños, se incurre en una inexactitud. Los actos de engaño resultan absolutamente reprimibles tanto por las normas de protección al consumidor como por las de represión de la competencia desleal. No obstante, las ventas agresivas no implican engaños, puesto que, si los hay, la conducta será sancionable por la presencia de estos y no por la agresividad de la práctica. Por eso es que el autor señala que resulta importante delinear adecuadamente qué se entiende por venta agresiva a fin de determinar si corresponde o no asignarle algún nivel de reproche a la conducta.

El CPDC regula los denominados “métodos de venta agresivos ilícitos”, y entre las conductas enumeradas se señala como prohibidas aquellas conductas que crean “la impresión 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 obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a efectuar un pago o incurrir en un gasto*”.⁷¹

⁷⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, G. Op. Cit, p.45.

⁷¹. Ibídem p 46.

El autor indica además que, los escenarios típicamente cubiertos bajo el rótulo de “ventas agresivas” son aquellos en los que los consumidores se ven envueltos ante una estrategia de ventas montada para “presionarlo” a que compre un bien o contrate un servicio. Asimismo, considera que la asimilación de las ventas agresivas como práctica prohibida bajo la vigencia de la Ley de Protección al Consumidor era absolutamente desacertada sin perjuicio del cuestionamiento medular al fundamento para reprimir dicha conducta; lo que sin duda nos encontramos de acuerdo, debido a que las ventas agresivas como una modalidad de una práctica coercitiva bajo el amparo de la Ley de Protección al consumidor, eran concebidas como simples vulneraciones al deber de idoneidad e información, y no se analizaba a profundidad los alcances y repercusiones que dichas conductas, tenían sobre el consumidor que- al ser la parte más débil- era el que se veía afectado en sus intereses económicos.

b. Estudio de los pronunciamientos emitidos por Indecopi sobre métodos comerciales abusivos o engañosos (ventas agresivas).

(i) *Procedimiento iniciado contra Comercializadora Multivacaciones Del Caribe S.A.C:* En un procedimiento administrativo iniciado contra Comercializadora Multivacaciones Del Caribe S.A.C. en el año 2009, se invocó que se habría cargado sin consulta y autorización alguna, el monto total del paquete turístico en la tarjeta de crédito del consumidor, entre otras infracciones, la Comisión señaló que:

“En ese contexto, debemos tener en cuenta que un consumidor razonable es aquel que actúa con una diligencia ordinaria en sus decisiones de consumo, por ejemplo, leyendo los contratos que celebra, a fin que pueda informarse adecuadamente respecto de ciertos riesgos o de determinadas condiciones contractuales. En esta medida, los denunciantes, al celebrar el “Contrato de Afiliación al Sistema Sun Vacation Club” antes señalado, aceptó cada una de las condiciones establecidas en éste.

En tal sentido, los hechos alegados por los denunciantes no pueden ser definidos como prácticas comerciales coercitivas ya que en todo momento los denunciantes tuvieron la opción de

*aceptar o no los servicios ofrecidos por la denunciada sin haber sido obligados a ello*⁷².

De lo anterior se advierte que, la Comisión consideró que la presencia de diversos documentos firmados por los consumidores establecía prueba de que los consumidores fueron apropiadamente informados sobre las condiciones establecidas en el contrato del paquete turístico adquirido, denegando por consiguiente la denuncia presentada.

En el presente caso no se acogió la denuncia en su conjunto como una supuesta infracción de la prohibición de utilización de métodos comerciales coercitivos, pese a que en la resolución se detalló que los consumidores asistieron atraídos por una promoción y fueron incitados a firmar un contrato desconocido⁷³, sino que se realizó el análisis respecto de cada hecho de manera separada como una imputación distinta de cada hecho, distinguiendo entre: cargo inconsulto en la tarjeta de crédito, falta de entrega de los premios ofrecidos, falta de información sobre las condiciones contractuales, cobro de una penalidad excesiva por resolución del contrato, etc.

Según los hechos narrados por los denunciantes, se celebró una reunión en la que se les informó de forma rápida y general los alcances del evento “Sun Vacations” de Multivacaciones. Agregaron que, los trabajadores de la denunciada siempre señalaron que el pago del evento se realizaría en cuotas mensuales. Sin embargo, la empresa denunciada cargó a su cuenta sin consultar y sin autorización alguna la suma de S/ 10,550.40, monto que no fuera advertido inicialmente por su persona.

⁷² Ver Resolución 3949-2009/CPC del 18 de noviembre de 2009, emitida en el expediente 1616- 2009/CPC. En la segunda instancia, con posterioridad a la apelación, las partes conciliaron las pretensiones del procedimiento, por lo que la Sala declaró concluido el procedimiento sin emitir un pronunciamiento de fondo y dejando sin efecto la referida resolución.

⁷³ Extracto pertinente de la Resolución 3949-2009/CPC:

Los denunciantes señalaron que, fueron invitados por personal de la denunciada a asistir a una reunión en el Hotel El Olivar el 15 de febrero de 2009. Manifestaron que acudieron a dicha cita con el interés de conocer las instalaciones del referido hotel así como hacer uso del premio ofrecido por la denunciada consistente en una noche gratis. Sin embargo, no se les indicó que para hacer uso de dicha invitación había que pagar previamente la suma de U\$ 35,00 más los impuestos que se generarán del uso.

Señaló además que, debido a la presión ejercida por el personal de la denunciada, firmaron los documentos proporcionados para la celebración del contrato n° SP911941. Señalaron que, dicho contrato no fue examinado por ellos en su debido momento, sino cuando ya se había cargado el monto de la cuota de membresía a su tarjeta de débito.

Finalmente, narraron que nunca se les informó que el reintegro del 70% estaba condicionado a la firma de un contrato de cancelación mediante el cual se renunciaba a cualquier reclamo posterior.

En atención a ello, considero que si la denuncia hubiese sido analizada como una sucesión de hechos componentes de una única conducta infractora, con el empleo de ventas agresivas, la Comisión habría realizado el análisis como una contravención a la prohibición de métodos comerciales coercitivos, valorando los hechos denunciados desde el punto de vista de que los eventos que en conjunto procuran la pérdida de la capacidad de decisión del administrado, lo que posiblemente hubiese permitido al colegiado arribar a un resultado diferente.

Sobre el tema, la Sala de Protección al Consumidor n° 2, a través de la Resolución n° 390-2010/SC2-INDECOPI del 25 de febrero del 2010, se pronunció señalando que no se acogía la denuncia debido a que el consumidor no había conseguido acreditar la utilización de métodos comerciales coercitivos en su contra, bajo la modalidad de ventas agresivas. En la resolución emitida, la Sala precisó lo siguiente:

16. De acuerdo a los documentos que obran en el expediente, el señor Peña no ha logrado acreditar que Multivacaciones hubiera ejercido presión indebida sobre él a efectos de lograr la suscripción del contrato de afiliación al programa vacacional del Sistema “Sun Vacation Club”, pues fuera de sus alegatos en tal sentido, no ha presentado ningún medio probatorio que acredite que el contrato fue suscrito bajo niveles de presión considerables que hubiesen mermado su autonomía de la voluntad.

En este caso resulta notoria la exigencia de la Administración de que la conducta que el administrado alegada como coercitiva fuera acreditada por el propio denunciante, a diferencia del pronunciamiento en el Caso Travel Savings, en el que valorando las condiciones en que se habría producido la venta, se decidió que resultaba imposible que el consumidor acreditase las mismas, debiendo en cambio el proveedor acreditar que se realizó una venta informada e idónea. Como se aprecia, ambas instancias administrativas cambiaron su posición respecto a las prácticas de ventas agresivas.

Cabe precisar que en la realidad de los hechos resulta imposible que un consumidor acuda a la invitación de una promotora de productos vacacionales con el pensamiento de utilizar herramientas que le permitan demostrar posteriormente que fue sometido y como consecuencia de ello víctima de las prácticas de ventas agresivas, debido a que habitualmente las invitaciones no dejan ver que se trata de una oferta contractual, ni el consumidor espera ser sometido, bajo mecanismos de ventas agresivas para realizar una contratación. Ello en aras de la norma civil que regula la buena fe. Cabe recordar el pronunciamiento de la Comisión respecto a este aspecto, el cual señaló:

*(...) Resultaría absurdo pretender que un consumidor grabe cada llamada del teléfono de su domicilio y que acuda a recibir su premio con una videograbadora, a fin de acreditar lo que efectivamente sucedió ahí. (...)*⁷⁴

Si bien en otros casos las acusaciones contra las empresas promotoras de productos vacacionales han sido resueltas fundadas, ello se debe a que el punto controvertido no versaba en la utilización de tales métodos, sino en que no se haya entregado al denunciante lo ofrecido en la contratación, tales como certificados de cortesía, descuentos, etc.⁷⁵

⁷⁴ Ver Resolución n° 765-2006/CPC.

⁷⁵ Ver la Resolución n° 1412-2006/CPC del 2 de agosto del 2006 y la Resolución n° 1990-2006/CPC del 24 de octubre del 2006, que se declararon consentidas respecto de la infracción al deber de idoneidad, por no haber permitido a los consumidores acceder a los descuentos ofrecidos; así como la Resolución n° 765-2006/CPC del 2 de mayo del 2006, comentada en el capítulo anterior, que fue declarada consentida en el extremo referidos a la infracción al deber de idoneidad, por ofrecer premios a los consumidores

De esta forma, el consumidor ha visto restringida la protección de su derecho a no ser sometido al empleo de ventas agresivas, ello debido a la falta de pruebas que ha sido supeditado a la voluntad del proveedor.

c. Criterios resaltantes de las ventas agresivas.

(i) La adecuación del criterio de consumidor razonable a las circunstancias de las ventas agresivas.

Sobre el particular, el Indecopi ha precisado que como requisito para proteger al consumidor no debe encuadrarse necesariamente dentro del concepto de eslabón más débil de la cadena producción-consumo, sino que requiere un requisito adicional, y es que el consumidor debe ser razonable, es decir, diligente.

Por tanto, debemos advertir que el modelo de consumidor razonable debería ser considerado no como un patrón de protección en sí mismo, sino como un componente adicional en el estudio de las conductas infractoras. Ello, en tanto que correspondería comprobar cuánto afecta la utilización de los métodos comerciales coercitivos al consumidor.

Es decir, en un primer momento, correspondería valorar y evaluar el grado de presión ejercida contra el consumidor en la venta agresiva, o establecer si dicha venta se llevó a cabo, a través del acoso, la coerción, la influencia prohibida o el dolo. En segundo lugar, corresponde establecer si el mecanismo empleado ha sido suficiente y determinante para haber logrado el resultado de someter el mínimo de discernimiento y razonabilidad que correspondiese ostentar en virtud a sus situaciones particulares o si este haya contratado igualmente, aun sin el empleo de métodos agresivos, porque su falta de razonabilidad no le hubiese tolerado actuar de otro modo.

con la única finalidad de hacer que contraten un servicios no deseado ni conocido, además de no cumplir con entregar los premios ofrecidos.

La razón de conservar dentro del análisis, en una segunda etapa, un análisis de la razonabilidad media atribuible al consumidor afectado, es estudiar el grado de razonabilidad media que este pudiera tener, a efectos de no fallar en cometer el desatino de extender la protección otorgada en la legislación a aquellos consumidores que no se manejan en el mercado con razonabilidad alguna. De esta manera, el consumidor que por diversos aspectos ya sea a nivel socioeconómico, educativo, laboral, etc. proceda con un nivel de razonabilidad propio de sus condiciones no verá desvanecerse la protección otorgada por ley.

Por su parte, la Directiva de Prácticas Comerciales Desleales contiene un segundo aspecto en la aplicación del modelo de consumidor medio, pues cuando se trate de una afectación a un consumidor correspondiente a determinado conjunto de consumidores especialmente vulnerables a tales mecanismos, la Directiva señala en lo que respecta a las Prácticas Comerciales Desleales, que cuando se trata de prácticas que se encuentren orientadas a afectar el comportamiento económico del consumidor miembro de un determinado grupo de consumidores⁷⁶, más propensos a ser víctimas de tales prácticas, se establece que se deberá tener en cuenta dicha situación⁷⁷. Así, para usar el patrón de

⁷⁶DIRECTIVA 2005/29/CE RELATIVA A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES DE LAS EMPRESAS EN SUS RELACIONES CON LOS CONSUMIDORES EN EL MERCADO INTERIOR.

(...)

2. Una práctica comercial será desleal si:

- a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, y
- b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

⁷⁷DIRECTIVA 2005/29/CE RELATIVA A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES DE LAS EMPRESAS EN SUS RELACIONES CON LOS CONSUMIDORES EN EL MERCADO INTERIOR.

(18) (...)Atendiendo al principio de proporcionalidad, la presente Directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales. Cuando una práctica comercial se dirija específicamente a un

consumidor, la referida norma señala una variable, consistente en tener como referencia al consumidor medio del grupo al que pertenecerá al consumidor afectado, en reemplazo del consumidor medio del mercado.

Entre de los grupos de consumidores vulnerables, son considerados a los niños, las personas de la tercera edad y, teniendo en cuenta nuestra realidad sociocultural se considera también al migrante andino o selvático que no tiene grado de instrucción o tiene uno muy elemental pues resulta necesario analizar las condiciones del consumidor particularmente afectado para el análisis de su conducta.

Al respecto, la Comisión de Protección al Consumidor, mediante Resolución n° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI, indica que el patrón de consumidor requerido por la Ley no es el de un consumidor especialista o excesivamente estricto y minucioso sino el de uno que actúe con diligencia ordinaria mínimamente requerida para la realización de una transacción de intercambio en el mercado. De esta manera, la citada resolución señala que, se formaría consumidores responsables que toman sus medidas adecuadas antes de hacer una decisión de consumo porque si no, crearía consumidores poco diligentes a los que la Ley resguardaría aun en situaciones producidas por su propia irresponsabilidad.

Es decir, a consecuencia de estas situaciones, los proveedores se verían en la necesidad de incrementar los precios de los bienes y servicios al tener que tomar mayores garantías cuando tenga que celebrar una transacción de consumo con un consumidor negligente. Esta última situación, como vemos, no es querida por nuestro ordenamiento jurídico.

Entonces, en el Perú esa capacidad del consumidor para analizar y discernir mejor la información se ha llevado al grado de razonabilidad que pueda tener, es decir, al uso de la celeridad ordinaria y común que efectúe cualquier persona para hacer uso de

grupo concreto de consumidores, como los niños, es conveniente que el efecto de la práctica comercial se evalúe desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo.

la información que le es dada en el mercado, es considerado como la conducta de un consumidor razonable promedio.

(ii) El detrimento de la voluntad.

Sobre el menoscabo o deterioro de la libre voluntad del consumidor, según la Directiva de la Comunidad Europea, el carácter de engaño de una práctica comercial reside únicamente del hecho de que se encuentre falto de verdad, por contener información aparente, o de que, de modo general, conlleve a error al consumidor medio, en particular, sobre las características primordiales de un producto o servicio, y que por ello pueda hacerle tomar una decisión de consumo que no hubiera realizado sin tal práctica. Por tanto, los componentes integrantes de una práctica comercial engañosa han sido entendidos sustancialmente desde el punto de vista del consumidor, ello en sentido de que es el destinatario de prácticas comerciales desleales.

Es decir, cuando se juntan estas características, los métodos serán considerados engañosos y, por lo tanto, desleal debiendo prohibirse, sin que se tenga que comprobar si se da el criterio, estipulado en otra disposición de la misma Directiva que manifiesta la definición general de las prácticas comerciales desleales, referente a que la práctica comercial sea contraria a las exigencias de la diligencia profesional, que concierne al ámbito del empresario.

Como se advierte, en la Comunidad Europea las circunstancias para que se establezca una práctica comercial desleal en detrimento de los consumidores es que estos sean privados de su capacidad de decisión como resultado de la práctica. Es decir, la práctica comercial desleal debe tener por objetivo menoscabar la voluntad del consumidor en sus decisiones económicas.

Por tanto, en la legislación comunitaria es suficiente la presión que se maneje de la práctica, no siendo necesario que se hubiese logrado el deterioro de la capacidad de decisión del consumidor, sino que basta que la práctica pueda acarrear ese efecto.

(iii) La exigibilidad de la carga de la prueba: inflexibilidad que produce imposibilidad de probar.

El ejercicio del derecho de restitución por el consumidor está sujeto a la acreditación irrefutable por parte de este de una causal, conforme establece el CPDC. En el caso de los métodos comerciales agresivos o engañosos, la única causal señalada es el menoscabo significativo de la libertad de elección del consumidor, ya sea a través del acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

Asimismo, aun cuando no se establece explícitamente la atribución de la carga de la prueba en el marco de una denuncia por infracción a las normas del CPDC, esta disposición referente al ejercicio del derecho de restitución deja pocas incertidumbres respecto a quién resultaría obligado a acreditar la existencia de la causal de restitución en el curso del procedimiento administrativo, pues conforme al texto de la norma, tal obligación recae en el consumidor.

El CPDC con este mecanismo imposibilita totalmente el inicio de procedimientos administrativos por afectación a los derechos de los particulares, pues al conferir a los consumidores de un mecanismo por el que pueden deshacer el contrato en una vía extra procedimental, también valida dicho contrato si no ejercitan tal derecho en un plazo determinado. Así, los consumidores no podrían acceder a la tutela de la Comisión si no ejercieron su derecho, pudiendo en todo caso permitirse una acción particular si, habiendo solicitado y acreditado el uso de métodos comerciales agresivos en el marco de la restitución, el proveedor se negase a concederle la misma y a devolver la contraprestación pagada por el consumidor.

Si bien el CPDC expresamente prohíbe los métodos comerciales agresivos o engañosos, en el fondo los permite, por el simple hecho que el derecho a la restitución tiene que ser ejercido por el consumidor: dentro de un plazo de reflexión de 7 días puesto que, de no hacerlo, la venta será válida y producirá todos sus efectos.

Sin embargo, la dificultad probatoria apreciada en los casos tramitados por denuncias contra las promotoras de productos vacacionales se ve manifestada en la jurisprudencia emitida por la autoridad administrativa peruana en la materia, toda vez que no fue tomada en cuenta por el legislador, que optó por no establecer ningún parámetro de flexibilidad a favor del consumidor respecto a la carga probatoria en los casos de ventas agresivas.

En la flexibilización de la carga probatoria que pudo haberse adoptado en el CPDC respecto a las ventas agresivas, conviene traer a colación el tratamiento legislativo y jurisprudencial a través de la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas o *favor probationis*.

En cuanto a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, se ha señalado que el criterio predominante, implantado a raíz de obtener una mejor apreciación de la actuación probatoria en casos de responsabilidad médica, es atribuir la carga de la prueba sobre la parte que está en mejor posición de producir la prueba.

Por tanto, la obligación de probar se debe trasladar a quien disfrute de las mejores circunstancias y condiciones para producir las pruebas, independientemente de su posición en la relación procesal, puesto que de desatenderse estas especiales circunstancias se arribaría a un pronunciamiento injusto.

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha señalado respecto a las cargas probatorias dinámicas mediante Sentencia del 26 de enero de 2007, recaída en el Expediente n° 01776-2007-AA/TC, señalando que:

*“Si bien la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, la misma implica el planteamiento de nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.
(...)”*

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado. Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo.”

Asimismo, a través de la Resolución n° 1087-2010/SC2-INDECOPI del 24 de mayo de 2010, la Sala manifestó que:

33. [...] Así pues, el principio de la carga de la prueba asigna, según la teoría general del proceso, la responsabilidad de probar los hechos a quien los alega, es decir, al denunciante por regla general.

34. Sin embargo, se verifican situaciones excepcionales en las que no es posible o resulta sumamente difícil para el consumidor acreditar la existencia de la conducta infractora del proveedor que lo ha perjudicado, atendiendo a circunstancias particulares que pueden presentarse durante la ejecución del acto de consumo y que deben ser apreciadas por la autoridad administrativa caso por caso. En tales supuestos, es un imperativo flexibilizar la regla de la carga de la prueba, a fin de asegurar el cumplimiento del deber especial de protección de los derechos de los consumidores y usuarios conforme a lo estipulado en la Constitución Política del Perú, de modo que dicha carga recaiga en aquél sujeto de la relación de consumo que se encuentra en mejor posición o condición para satisfacerla.

35. El tratamiento de la carga de la prueba bajo ese criterio ha sido desarrollado a través de la teoría de las cargas probatorias dinámicas o favor probationis, mediante la cual se flexibiliza la carga de la prueba, trasladándola a quien posee mayores posibilidades de producirla. La teoría de las cargas probatorias dinámicas tiene como base los principios procesales de solidaridad y colaboración en materia probatoria. El principio de solidaridad establece que la carga de la prueba debe recaer sobre quien está en mejores condiciones de suministrarla; y, el principio de colaboración dispone que corresponde a ambas partes del conflicto producirlas pruebas que estén en su poder o deban estarlo.

Como se puede apreciar, tanto el intérprete constitucional, como la doctrina procesal y la jurisprudencia de la Comisión, aceptan la existencia de situaciones en las que la acreditación de la conducta infractora debe recaer en el denunciado, debido a que se encuentra en mejor posición de probar que no es responsable por la imputación efectuada en su contra; al contar con mayores elementos probatorios que acrediten dicha situación.

Cabe indicar que la teoría bajo comentario no señala en forma determinante cuánto se debe requerir acreditar al afectado con la conducta ilícita para que opere la inversión de la carga probatoria, por lo que el punto de quiebre ha sido, en algunos casos, previsto en la ley o en la jurisprudencia.

Así, en cuanto al deber de idoneidad, mediante Resolución n° 085-96- TDC de 13 de noviembre de 1996, la Sala estableció mediante un precedente de observancia obligatoria que al consumidor le corresponde acreditar únicamente el defecto en el producto o servicio, con lo cual se produce la inversión de la carga de la prueba al proveedor, quien deberá acreditar a su vez que dicho defecto no le resulta imputable⁷⁸.

Por tanto, tomando como ejemplo la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas se considera que en el caso de las ventas agresivas, donde la sana experiencia ha demostrado la dificultad que significa para el consumidor probar la conducta infractora, correspondería también la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, a efectos de flexibilizar la carga impuesta al denunciante y, en consecuencia, garantizar la accesibilidad de los consumidores a la tutela de sus derechos ante las instancias administrativas en forma efectiva.

⁷⁸ Parte pertinente de la Resolución n° 085-96-TDC:

SEGUNDO: De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N°807, considerar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación de los siguientes principios:

(...)

b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo.

Sin embargo, la flexibilización de esta carga en el procedimiento administrativo no puede ser absoluta, pues debe observar ciertos límites en su ejercicio, a efectos de no desnaturalizar el sistema de protección al consumidor estimulando la formulación de denuncias maliciosas bajo un indebido amparo legal. No obstante, el problema en la probanza de las ventas agresivas radica en que un consumidor difícilmente podrá aportar al procedimiento otro medio de prueba que no sea su propio testimonio. Ante este contexto, la acreditación de la conducta infractora por parte del consumidor debería efectuarse mediante el análisis conjunto de los indicios que este proporcione, o aplicando la carga probatoria dinámica.

En el procedimiento administrativo, resulta aplicable supletoriamente⁷⁹ la norma procesal civil que regula el empleo de los sucedáneos de los medios probatorios⁸⁰, que constituyen auxilios establecidos por la ley o asumidos por el juzgador, para lograr el fin perseguido por los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos. Entre los sucedáneos de los medios probatorios se encuentran los indicios, las presunciones y las ficciones legales⁸¹.

⁷⁹ Resolución n°1934-2009/SC2-INDECOPI del 29 de octubre de 2009, dictada por la Sala en el marco del expediente n° 1541-2008/CPC, relativo a la intervención quirúrgica de un señor de avanzada edad por el establecimiento médico sin haberse adoptado las medidas de precaución adecuadas para evitar complicaciones durante el procedimiento, habiéndosele ocasionado un estado de coma vegetativo.

⁸⁰ **CODIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 275°.- Finalidad de los sucedáneos.** -Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

⁸¹ **CODIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 276°.- Indicio.**- El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.

Artículo 277°.- Presunción.- Es el razonamiento lógico - crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al juez a la certeza del hecho investigado.

La presunción es legal o judicial.

Artículo 281°.- Presunción judicial.- El razonamiento lógico - crítico del juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción en torno al hecho o hechos investigados.

Artículo 282°.- Presunción y conducta procesal de las partes.- El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas

Cabe señalar que, se ha señalado que existe correspondencia y relación entre los indicios y las presunciones, el indicio se configura como un hecho material, mientras que la presunción es una forma determinada de razonar; sin embargo de acuerdo a los efectos que su análisis puede causar, los indicios se dividen en: necesarios, cuando puedan por sí solos crear convicción plena sobre los hechos, o contingentes cuando permiten lograr este resultado mediante su análisis conjunto de pruebas e indicios. Habiéndose verificado la existencia del indicio, el juzgador deberá derivar de este o un conjunto de estos, mediante un razonamiento lógico, la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento.

La determinación de infracciones administrativas a las normas de protección al consumidor puede también producirse sobre la base del estudio conjunto de indicios contingentes que lleven a la autoridad a formar convicción respecto de los hechos investigados.

Por tal motivo, en los procedimientos donde se investigue el empleo ilícito de métodos comerciales agresivos, deberá valorarse también la existencia de este tipo de indicios a efectos de comprobar la conducta denunciada y, con ello, invertir la carga de la prueba respecto del proveedor denunciado.

Adicionalmente, se debe considerar que es necesario reglamentar el mantenimiento de gran cantidad de documentales a los proveedores que trabajen mediante el empleo de prácticas comerciales agresivas de venta, con el objeto de salvaguardar la disponibilidad de la prueba desde la primera oportunidad que esta es producida, mediante la obligación de ciertos deberes para el registro de los sucesos que pudieran ser objeto de controversia con posterioridad. De este modo, los documentos que contengan la prueba intangible de los métodos empleados en la contratación que se cuestiona podrían ser requeridos dentro de un procedimiento a efectos de sustentar la existencia de una infracción.

asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

Entre los actos que deben registrarse están por ejemplo el control de asistencia de los consumidores que sean invitados a participar en las supuestas charlas de difusión, grabaciones de las conversaciones telefónicas llevadas a cabo con su público objetivo, videograbaciones de las charlas que se les brinde, obligatoriedad de implementar sistemas presenciales de pago con tarjeta de crédito, es decir que se requiera la identificación de la identidad y firma del voucher, etc.

Por tanto, la implementación de lo señalado anteriormente disminuiría de cierto modo, el empleo de las prácticas comerciales agresivas ilícitas, pues obligaría a los proveedores a que, aun empleando la metodología de las ventas agresivas, deba efectuar una total exhibición de todas las condiciones e información relevante para el consumidor, a efectos de no incurrir en una infracción, dejando de lado las prácticas dolosas de coacción que terminaban mermando la voluntad de los consumidores durante la relación contractual.

d. Derecho a la restitución.

En el artículo 59° del CPDC 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 calendario, 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 CPDC, o a solicitar la anulación del contrato en la vía jurisdiccional correspondiente⁸².

⁸²ESPINOZA ESPINOZA, J. *Primeras reflexiones a propósito del Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Ius et Veritas. Lima (2010), p 167.

El derecho a la restitución se considera efectiva y válidamente ejercido cuando el consumidor comunique 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”. Debido a la importancia de este derecho a la restitución, el artículo 60º del CPDC dispone que toda renuncia anticipada a dicho derecho formulada por los consumidores es nula.

La Sala Especializada en Protección al Consumidor establece que “al margen que los consumidores siempre tengan en último término, la opción de decidir contratar o no el servicio ofrecido, lo que el CPDC proscribe 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”⁸³

Es decir, el Indecopi ha recogido, a través de la Sala Especializada en Protección al Consumidor, diversa casuística donde establece “que el consumidor tiene derecho a la restitución inmediata de las prestaciones materia del contrato de consumo para aquellos casos en los cuales el proveedor haya incurrido en métodos comerciales agresivos o engañosos, cualquiera sea la modalidad de contratación empleada. Para tal efecto, el consumidor cuenta con un plazo de siete días calendario, 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. En ese sentido, dicha disposición tiene por finalidad otorgarle al consumidor un periodo de reflexión respecto del bien adquirido o servicio contratado a efectos de que pueda desistirse del contrato y obtener la restitución inmediata de lo que

⁸³ Resolución 4356-2014/SPC- INDECOPI.

pagó, en caso el proveedor haya utilizado métodos comerciales agresivos en la contratación”⁸⁴

**C. Comentarios a la Resolución n° 4356-2014/SPC-INDECOPI:
Breve análisis a los procedimientos iniciados contra Blue
Marlín Beach Club S.A.:**

En el marco de los procedimientos administrativos promovidos contra Blue Marlín Beach Club S.A. (en adelante, Blue Marlín) entre el año 2012 y 2013⁸⁵, los denunciantes alegaron que el proveedor denunciado habría aplicado métodos comerciales agresivos o engañosos para la afiliación al programa “Multivacaciones Decameron”

Sobre el particular, en ocho (8) de las doce (12) denuncias, los consumidores indicaron que Blue Marlín les informaba que habían ganado premios consistentes en viajes a distintos destinos siendo que para recogerlo debían acudir a las oficinas de la denunciada; no obstante, una vez en dicho lugar, eran obligados a escuchar una charla, y luego presionados a firmar los contratos para la adquisición del mencionado programa vacacional.

Asimismo, en otros 2 casos, los consumidores señalaron que, mediante ventas agresivas, Blue Marlín hizo que adquirieran el servicio ofrecido. Finalmente, en otros 2 casos, los consumidores indicaron que Blue Marlín habría cobrado sin sus autorizaciones montos de dinero a fin de pagar los programas vacacionales adquiridos.

La Comisión efectuó la primera imputación respecto del inciso a) del referido artículo 58° del CPDC, detallando que Blue Marlín creó la impresión de que el consumidor había ganado un premio; sin embargo, para poder recibirlo, debía realizar una determinada acción (escuchar una charla), lo cual, no fue debidamente informado a los consumidores. En efecto, a los consumidores únicamente se les informaba que habían

⁸⁴ Resolución n° 0728-2013/SPC- INDECOPI.

⁸⁵ Cabe precisar, que se acumuló al expediente n° 327-2012/CPC-INDECOPI-PIU; los expedientes n° 337-2012/CPC-INDECOPI-PIU; 340-2012/CPC-INDECOPI-PIU; 368-2012/CPC-INDECOPI-PIU; 005-2013/CPC-INDECOPI-PIU; 006-2013/CPC-INDECOPI-PIU; 008-2013/CPC-INDECOPI-PIU; 009-2013/CPC-INDECOPI-PIU; 014-2013/CPC-INDECOPI-PIU; 018-2013/CPC-INDECOPI-PIU; 042-2013/CPC-INDECOPI-PIU; 080-2013/CPC-INDECOPI-PIU.

ganado un premio, el cual debían acercarse a recoger, no esperando que una vez en el local comercial de la empresa ésta condicione la entrega a tener que escuchar una charla informativa sobre sus programas vacacionales.

Sobre esto último, la Sala interpretó el tiempo destinado por los consumidores para escuchar la charla como un gasto efectuado por los mismos, lo cual era el “gasto” en el cual incurrían los consumidores, para poder acceder al premio ofrecido previamente, por lo cual, la Sala resolvió declarar fundado dicho extremo, al considerar que quedó acreditado que Blue Marlín condicionó la entrega del premio ofrecido previamente a que los consumidores escuchasen una charla sobre los productos vacacionales del proveedor.

Por otro lado, respecto de la imputación efectuada en referencia al inciso f) del artículo 58° del CPDC, la Comisión analizó el dolo, violencia o intimidación ejercido por Blue Marlín al momento de la contratación. Cabe precisar, que un hecho determinante en este punto fue la realización de una diligencia de inspección bajo la modalidad de consumidor incognito, con la finalidad de verificar las condiciones bajo las cuales, Blue Marlín ofrecía sus productos a los consumidores.

Sobre este extremo los denunciantes señalaron que Blue Marlín habría presionado, coaccionado e incluso obligado a dichos consumidores a contratar, cobrando sin su autorización sumas de dinero, ello, durante largas sesiones de negociación y dentro de un ambiente bullicioso que no les permitía reflexionar sobre las distintas ofertas. Cabe precisar que la Sala se pronunció en los siguientes términos:

“Atendiendo a que ha quedado acreditado que durante la oferta de sus servicios en el local de Piura, Blue Marlin impedía a los consumidores conocer los términos de los contratos si es que estos no cancelaban de manera anticipada una suma determinada como cuota inicial y considerando que ha quedado evidenciado el particular contexto en el que se desarrollaba dicha práctica (ambiente pequeño y bullicioso, con abundante información de oferta tras oferta y diversos precios de los programas, todo ello durante un tiempo considerable, en promedio, no menos de dos horas) permite concluir que Blue Marlin ejerció una influencia indebida en los consumidores denunciante que contrataron un programa vacacional de Blue Marlin, 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.”

Con lo cual, queda en evidencia que dicho proveedor no solo condicionaba la firma y consecuente revisión del contrato vacacional al pago anticipado, sino que además se contaba con un ambiente estratégicamente acondicionado y desarrollado para poder influenciar al consumidor de tal manera que terminase contratando lo ofrecido, mermando con ello, la voluntad de la parte adherente del contrato, confirmándose con ello, que la parte débil en este tipo de contrataciones es el consumidor.

Otro aspecto importante en el desarrollo de la citada resolución, es la participación de la autoridad administrativa en ejercicio del Principio de Impulso de Oficio y de las facultades otorgadas por el Decreto Legislativo n° 807, la cual le faculta no solo a recabar medios probatorios que considere pertinentes para esclarecer el caso en concreto sino que además le confiere la potestad de efectuar visitas inopinadas en el local del proveedor investigado, bajo la modalidad de consumidor incognito, lo cual le permite, de primera mano, conocer a la Administración, cuales son los métodos que emplean los proveedores para ofertar sus productos y así poder concretar sus ventas.

Finalmente, se puede apreciar que se analiza el derecho a la restitución de los consumidores, en virtud de lo establecido en el artículo 59° del CPDC. En su escrito de denuncia uno de los denunciantes indicó que al día siguiente de firmado el contrato solicitó la devolución del dinero sustraído y la anulación del contrato, pidiendo que se deje sin efecto la Cláusula Décimo Séptima, que estipulaba que debía cumplir con pagar como sanción por incumplimiento el 30% del valor total del contrato.

Al respecto, tanto la Comisión como la Sala, analizaron si la conducta denunciada cumplía con lo regulado en el referido artículo (si el proveedor había incurrido en alguna de las prácticas comerciales agresivas o engañosas y si había efectuado su solicitud dentro del plazo de siete días calendario a la suscripción del contrato). Sobre el particular, se determinó que en tanto el proveedor había incurrido en uno de los supuestos regulados en el artículo 58° del CPDC y había efectuado su

solicitud al día siguiente de firmado el contrato, correspondía que se le devuelva la totalidad de lo pagado por el denunciante.

Asimismo, del detalle de la denuncia señalada se puede apreciar que el proveedor denunciado le solicitó al consumidor el pago del 30% del valor del contrato para que pueda desafiliarse del mismo, lo cual, a mi criterio, podría haber sido analizado en virtud de lo regulado en el artículo 56° literal e) del CPDC. Ello, en la medida en que, dicho cobro constituiría una limitación injustificada para que el usuario pueda ponerle fin al contrato celebrado.

Por tanto, como se advierte la conducta desplegada por Blue Marlin en el presente caso, no sólo se encontraba enmarcada en una infracción a las conductas tipificadas como métodos comerciales agresivos o engañosos (ventas agresivas), al condicionar la entrega del premio a escuchar una larga charla que terminaba mermando la voluntad del consumidor; sino que su actuar también encuadraba como un método comercial coercitivo, en tanto limitaba de manera injustificada que los consumidores puedan solicitar la devolución del dinero arbitrariamente cobrado, imponiéndoles condiciones más onerosas sin justificación y contrarias a derecho (pago de penalidad del 30%).

CONCLUSIONES

1. El fundamento de la tutela del consumidor en los contratos de consumo celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, radica en la facultad que tiene el proveedor para formular unilateralmente el contenido contractual y la diferencia en el manejo y acceso a la información también conocido como asimetría informativa, ambas situaciones colocan al consumidor en una situación de debilidad contractual, que es aprovechada por el proveedor para incluir en el contenido del contrato de consumo, cláusulas abusivas que hacen más evidentes las diferencias entre las partes y que terminan por desequilibrar la gama de derechos y obligaciones.
2. Las cláusulas abusivas generan en un contrato de consumo celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, situaciones de desequilibrio o desigualdad, reduciendo, limitando o eliminando por completo los derechos del consumidor, aumentando o haciendo excesivamente onerosas sus cargas y obligaciones contractuales o, por el contrario, aumentando o concediendo mayores facultades, beneficios o derechos al proveedor o limitando, excluyendo o reduciendo sus deberes u obligaciones contractuales. La presencia de las cláusulas abusivas en la esfera contractual justifica la actuación de distintos mecanismos de tutela del consumidor.

3. Existen mecanismos de tutela autónoma o autotutela, mediante los cuales son las mismas partes intervinientes en el contrato de consumo los que buscan establecer mecanismos de autoprotección, la que será individual, cuando el consumidor directamente perjudicado haga efectivos sus derechos vulnerados ante las instancias correspondientes; colectiva, cuando son las asociaciones de consumidores u organizaciones las que encargan la defensa de los consumidores en forma colectiva, e incluso existe el autocontrol del proveedor, mediante el cual son los proveedores los que realizan una serie de acciones preventivas y de acceso para defender los derechos e intereses de los consumidores.
4. A cargo del Estado encontramos tres mecanismos de tutela del consumidor. El control administrativo, donde son las entidades de cada sector estatal las que de manera previa han implementado procedimientos de aprobación de cláusulas contractuales con la finalidad de detectar y expulsar a las cláusulas abusivas de los futuros contratos de consumo. El control legislativo, comprende una red normativa donde se definen principios, preceptos generales para definir a las cláusulas abusivas, la lista negra de cláusulas abusivas sancionadas con la ineficacia absoluta, la lista gris de cláusulas abusivas cuya ineficacia relativa dependerá del caso concreto, así como normas generales que sirven de base para los mecanismos de tutela administrativa y judicial. Finalmente, el control judicial que mediante la intervención del juez en un conflicto generado por cláusulas abusivas, busca reconocer y catalogar a éstas dentro de los preceptos legalmente establecidos, para luego aplicar la ineficacia absoluta o relativa que corresponda, e incluso, los vacíos, ambigüedades o contradicciones causados por la expulsión judicial de las cláusulas abusivas, podrá ser reparado e integrado, acudiendo a los principios de interpretación del contrato como el principio pro consumidor, la *interpretatio contra stipulatorem*, el principio de la buena fe, entre otros.
5. Resulta necesario realizar una reforma en el CPDC, con la finalidad de establecer una flexibilización del concepto de consumidor razonable, que permita incorporar entre los criterios para analizar respecto de estas conductas específicas el nivel de educación, edad, salud mental u otros atribuibles al consumidor, con el objeto de

determinar si la presión ejercida por el proveedor fue suficiente para anular su voluntad en la contratación.

6. Se requiere incorporar una regla de la carga de la prueba basada en las cargas probatorias dinámicas, que permita al consumidor gozar en cierta medida de la prerrogativa de que el proveedor sea el que pruebe que no incurrió en la práctica de métodos comerciales coercitivos, obligándolo a guardar registro de la oferta contractual comunicada al consumidor.
7. Se debería imponer al proveedor la obligación de registrar en un soporte adecuado, que permita su reproducción, de aquellos documentos o acciones desplegadas frente al consumidor, que pudieran servir para proporcionar a la autoridad administrativa o judicial una evidencia del tenor de las reuniones sostenidas con éste y, de este modo, verificar si se produjo algún tipo de violencia, dolo o coacción, requerido en el tipo infractor. De este modo, se deberían salvaguardar los registros de asistencia de los consumidores a las convocatorias masivas, generalmente empleadas en los casos de promotoras de productos vacacionales, así como el registro de las respectivas charlas.
8. La regulación del derecho de retracto debe obligar al proveedor a devolver el dinero utilizando los mismos medios que utilizó el consumidor para realizar el pago, salvo que éste autorice el uso de un medio distinto.
9. El plazo para el reembolso no debe ser muy corto, considerando que la devolución implica, en muchas ocasiones, la actuación no sólo del proveedor sino también la de algunas otras entidades.

BIBLIOGRAFÍA

- BOWEN, D. *Timeshare Ownership: Regulation and Common Sense*. *Loyola Consumer Law Review*. Loyola University of Chicago, Número 18, rev. 459, Chicago, 2006.
- BULLARD GONZÁLES, A. *Contratación en masa ¿Contratación?*, Themis, Segunda Época, Número 15, Lima, 1989.
- BULLARD GONZÁLES, A. *¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor*, En: “*El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales*”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. *Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor*, Themis, Segunda Época, Número 31, Lima, 1995.
- DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción – Teoría del contrato*, 5ª edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, vol. I.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. *El contrato en general*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, t. I.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. *Derecho de los consumidores*, Rodhas, Lima, 2006.

- ESPINOZA ESPINOZA, J. *¿La muerte del “consumidor razonable” y el nacimiento de la responsabilidad absoluta del proveedor?*, Revista Foro Jurídico, Año 4, 2008.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. *Primeras reflexiones a propósito del Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Ius et Veritas, Lima, 2010.
- FERRAND RUBINI, E. *Los derechos de los consumidores*. En: *Ley de Protección al Consumidor*. Rodhas, Lima, 2004.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, J. *Los contratos – Parte general*, 2º edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.
- LORENZETTI, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.
- MERINO ACUÑA, R. *Cláusulas vejatorias y autonomía contractual en el Código Civil y las leyes especiales*, Cuadernos Jurisprudenciales, N° 64, Octubre 2006, Año 6.
- NORTHCOTE SANDOVAL, C *Protección de los consumidores contra los métodos comerciales abusivos*, Actualidad Empresarial N° 285 - Segunda Quincena de Agosto 2013.
- ORÉ CHÁVEZ, I. *La multipropiedad como un nuevo Derecho Real*, 2007.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, G. *El fantasma de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del consumidor*”. Actualidad Jurídica, 202, Lima, setiembre 2010.
- ROJAS ULLOA, M. *La multipropiedad. Enfoque Jurídico y Económico*, Universidad San Martín de Porres. Fondo Editorial, Lima, 2010.
- SACCO R. y DE NOVA G. *II Contratto*, Tomo primero, Tercera edición, UTET, Torino, 2004.

SOTO COAGUILA, C. *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*, Revista: Vniversitas 2003.

SOTO COAGUILA, C. *Transformación del derecho de contratos: contratación predispuesta, cláusulas generales de contratación, cláusulas abusivas o vejatorias, contratación electrónica, contratos informáticos*, Grijley, Lima, 2005.

SOTO COAGUILA, C. y MOSSET ITURRASPE, J. *El Contrato en una Economía de Mercado*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.

TORRES Y TORRES LARA, C. *La multipropiedad*. En: *Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latino Americano*, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1988.

TORRES VÁSQUEZ, A. *Contratación Masiva: Protección al Consumidor*, Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Pro justicia, Motivensa, Lima, 2009.

RESOLUCIONES DEL INDECOPI

- Resolución n° 0259-2012/SC2-INDECOPI
- Resolución n° 552-2003,
- Resolución n° 647-2003-CPC
- Resolución n° 0091-2004/TDC-INDECOPI,
- Resolución n° 161-2004-CPC,
- Resolución n° 0308-2004/TDC-INDECOPI
- Resolución n° 930-2004-CPC,
- Resolución n° 0386-2006-CPC,
- Resolución n° 0148-2006-CPC.
- Resolución n° 765- 2006/CPC.
- Resolución n° 2021-2009/SC2-INDECOPI
- Resolución n° 0173-2006/TDC-INDECOPI
- Resolución n° 0517-2006/TDC-INDECOPI
- Resolución n° 3949-2009/CPC
- Resolución n° 765-2006/CPC.
- Resolución n° 1412-2006/CPC
- Resolución n° 1934-2009/SC2-INDECOPI
- Resolución n° 4356-2014/SPC- INDECOPI.
- Resolución n° 0728-2013/SPC- INDECOPI.
- Resolución n° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI
- Resolución n° 390-2010/SC2-INDECOPI
- Resolución n° 085-96- TDC
- Resolución n° 1087-2010/SC2-INDECOPI0