

¡Oh!...y ahora ¿quién nos podrá defender del Tribunal Constitucional?

(Sobre los parámetros del standard del "consumidor razonable")

Juan Espinoza Espinoza

Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.
Presidente de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi.

Introducción

La historia del ordenamiento jurídico nos muestra que siempre se han puesto *standards* de conducta para regular y proteger determinados tipos de relaciones jurídicas. Desde el antiguo Derecho romano se hablaba de la diligencia del *bonus pater familiae*, en el *Common Law* se utiliza la figura del *reasonable man*, en el *Civil Law* se emplea el concepto de "diligencia ordinaria requerida" (como es el caso del artículo 1314 Código Civil), por citar algunas experiencias. En materia de tutela del consumidor, se ha desarrollado -a nivel jurisprudencial administrativo- el concepto de "consumidor razonable". Este estándar de conducta tiene como finalidad que el Estado, a través de su ordenamiento jurídico, proteja solo a aquellos consumidores que tengan una diligencia ordinaria en sus elecciones en el mercado.

¿Qué significa en concreto un "consumidor razonable"? Citaré algunos ejemplos: aquel que se informa adecuadamente antes de hacer una adquisición (no solo respecto de las cualidades del producto o del servicio, sino también, entre otros aspectos, su período de garantía), el que lee las fechas de los vencimientos en los alimentos y medicamentos, el que lee la posología y contraindicaciones de los mismos, el que lee antes de firmar los contratos, el que exige un comprobante de pago o factura por su adquisición, el paciente que pregunta qué tipo de anestesia se le va a aplicar en una intervención quirúrgica, el consumidor que es alérgico que debe leer los ingredientes del alimento o cosmético que va a comprar para evitar una

reacción negativa, el que va a un restaurante y sabe que es alérgico a un alimento determinado y le informa al mozo de ello para la preparación de su plato, el que no compra productos ni adquiere servicios de procedencia ilícita. ¿Cuál es el común denominador de estos casos? el parámetro medio de diligencia: estar en una posición equidistante entre el consumidor acuciosísimo y aquel descuidado. Esta posición ha quedado sentada en los Lineamientos sobre Protección al Consumidor aprobados por la Comisión de Protección al Consumidor, mediante Resolución 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI, del 7 de junio de 2001, en los cuales se establece que:

"Este estándar no es el de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso o de uno racional, calculador y frío capaz de analizar cada detalle de las opciones que se le presentan, sino, de una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se puede exigir a cualquier persona que realiza una operación de intercambio en el mercado".

El fundamento de este criterio de interpretación radica en formar consumidores cuidadosos y responsables, que se informen y tomen las precauciones adecuadas antes de hacer una decisión de consumo. Lo contrario llevaría a formar consumidores irresponsables y poco diligentes a los que la Ley protegería aun en situaciones producidas por su propia irresponsabilidad.

Para que el mercado funcione adecuadamente, es necesario que el consumidor actúe con diligencia ordinaria en sus decisiones de consumo, de acuerdo al principio de buena fe. De la misma manera como el

derecho común solo protege la actuación responsable, el derecho de los consumidores solo debe proteger a los consumidores que actúen con responsabilidad en sus decisiones de consumo.

Por ejemplo, a través de la lectura de contratos u otros documentos informativos se puede evitar errores que llevarían a transacciones ineficientes o poco justas. Pero si el consumidor no lee, entonces el proveedor no podrá informarle adecuadamente respecto de ciertos riesgos o de determinadas condiciones contractuales. Si establecemos la responsabilidad del proveedor, aun cuando el consumidor no haya leído dichos documentos, estaríamos incentivando a los consumidores a no buscar información en sus operaciones comerciales.

Una regla como la descrita generaría incentivos para que los consumidores no lean ni se informen sobre los bienes y servicios que desean adquirir. El resultado sería que aquellos problemas que el mercado podría resolver a bajo costo, a través de la entrega de documentos informativos escritos por parte del proveedor al consumidor, no puedan ser resueltos por esa vía. Además, los consumidores diligentes, los que leen, no ganarían nada, pues estarían igualmente protegidos. Por ello, el costo del problema sería trasladado al precio y el resultado final sería consumidores poco diligentes, mayores precios en los productos y servicios involucrados, es decir el peor de los mundos.

Para no llegar al resultado descrito y evitar una innecesaria intervención del Estado, es imprescindible que el consumidor actúe de manera responsable en sus decisiones de consumo, por ejemplo, leyendo lo que va a firmar, de modo que se incentive a los consumidores a buscar información y a los proveedores a brindarla adecuadamente. De este principio puede derivarse la falta de amparo a consumidores que no actúan diligentemente, pues la Ley no puede amparar los daños ocasionados por la propia negligencia.

En buena cuenta, existe identidad entre el parámetro de diligencia y el del consumidor razonable. Un sector de la doctrina hace un análisis interesante respecto a la toma de decisiones de los consumidores ante situaciones de incertidumbre y es en esa situación que se ve su comportamiento razonable. De esta forma, la hipótesis del “beneficio esperado” por los consumidores es la base que se toma en cuenta para medir si los consumidores toman decisiones razonables en situaciones de incertidumbre⁽¹⁾. Sin embargo, se individualizan tres situaciones en las cuales los consumidores se apartan de tener un comportamiento razonable, a saber⁽²⁾:

a) *prominence or salience*, es decir, situaciones en las cuales los consumidores exageran la probabilidad de que un evento ocurra dependiendo de la magnitud del evento;

b) reglas del *thumb*, o sea, reglas del tanteo, por el cual se toman decisiones sin la debida certeza;

c) la creencia en la inmunidad personal, que se configura cuando las personas creen que son menos proclives a que les sucedan cosas riesgosas que la gente promedio.

Ahora bien, el parámetro del consumidor razonable descansa en el deber de información del proveedor en darle a conocer aquellos datos que son relevantes para la elección de consumo. Es en este sentido que la Resolución 102-97-TDC/INDECOPI, del 16 de abril de 1997, en la cual la Sala de Defensa de la Competencia confirma la Resolución No. 1 de la Comisión de Protección al Consumidor, de fecha 16 de diciembre de 1996, estableció un precedente de observancia obligatoria⁽³⁾. Por ejemplo, si el anestesista no informa adecuadamente los efectos y peligros de la anestesia epidural y la total, puede que el consumidor-paciente tome una decisión equivocada.

En materia de Publicidad, la Sala de Defensa de la Competencia, partiendo del concepto de “análisis superficial”, contenido en el artículo 2⁽⁴⁾ del Decreto

(1) Así, se sostiene que “la hipótesis de la utilidad esperada (del bien o servicio) es, económicamente, el fundamento central de cómo los individuos eligen ‘racionalmente’ bajo situaciones de incertidumbre” (ENGEL. *Consumer protection policies and rational behavior*. En: *Revista de Análisis Económico*. Volumen 10. Número 2. Santiago de Chile: Instituto Latinoamericano de Doctrina y Estudios Sociales ILADES, noviembre 1995. p. 188).

(2) *Ibid.*

(3) Se estableció, entre otros criterios, que “Los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquella pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria”. Sobre el particular, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA y GONZALES BARBADILLO. *Deber de información del proveedor*. En: *Ley de Protección al Consumidor. Comentarios. Precedentes Jurisprudenciales. Normas Complementarias*. A cura de ESPINOZA ESPINOZA. Lima: Rodhas, 2004. pp. 149-155.

(4) El cual regula que: “Las normas deben interpretarse y aplicarse de buena fe, en armonía con los principios de la ética o deontología publicitaria generalmente aceptados.

Los conflictos con las cláusulas vejatorias o abusivas se configuran principalmente en el momento de la ejecución del contrato y, por consiguiente, la nulidad o la ineficacia -por sí solas- no resuelven integralmente el problema.

Legislativo 691, cuyo TUO fue aprobado por el Decreto Supremo 039-2000-ITINCI, del 5 de diciembre de 2000 estableció como principio de observancia obligatoria que:

“(…) el término ‘análisis superficial’ no debe entenderse como un análisis descuidado o irresponsable, sino, por el contrario, como el reflejo del hecho de que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no siendo exigible un análisis experto y detallado del mismo. Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones, y lo que estas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor. Esto debe hacerse sin dejar de considerar que el consumidor asume, frente al anuncio publicitario, una posición prudente antes que ingenua al considerar las expresiones en él contenidas como testimonio de parte de quien pretende inducirlo a consumir un bien o servicio, siendo válida la exageración publicitaria siempre que no vulnere el principio de buena fe comercial”.

De una simple lectura (estaba tentado de adjetivar “superficial”) nos damos cuenta que dicho análisis solo tiene de superficial el nombre. En efecto, si bien es cierto que se ubica entre el análisis descuidado o irresponsable y el exhaustivo o profundo, en buena cuenta, lo que este precedente establece es que el “análisis superficial” es simplemente, un “análisis medio”: otra vez nos encontramos con el estándar de diligencia ordinaria; pero con otra etiqueta. Dicho en

otras palabras, el denominado “análisis superficial” es el que haría un “consumidor razonable”.

Este marco introductorio solo ha tenido la finalidad de demostrar que el parámetro del “consumidor razonable” es un estándar de conducta que exige el ordenamiento jurídico para proteger los derechos y legítimos intereses de los consumidores. El problema se da en los criterios que pueden tener algunos operadores jurídicos al precisar los alcances de este criterio en cada caso particular.

1. El caso (o la manera cómo se juega al “teléfono malogrado”)

Una consumidora compra un teléfono celular y suscribe un contrato de abonado para que un proveedor le preste servicios de telefonía. El teléfono se malogra y lo lleva a reparar. Al no quedar satisfecha con ello (porque quería otro nuevo), solicita que se le devuelva lo que pagó por el teléfono y se niega a pagar los recibos de dos meses en los cuales no se registró ningún tráfico de llamadas. El proveedor de servicios de telefonía, no obstante que el plazo para reclamar había vencido, reconoce este hecho y decide no cobrar dichos recibos y emite dos notas de crédito por ello. El primer problema viene cuando el proveedor, después, le remite una comunicación a la consumidora para que se apersona a efectos de “cancelar” el saldo registrado. Sin embargo, (y aquí sí advierto un error por parte del proveedor, porque debió ser más claro) se utilizó esta palabra en el sentido de “anular” el saldo registrado. La consumidora insiste en su reclamo de la devolución del dinero por el pago del teléfono celular y por negarse a pagar por un servicio no prestado. En segunda instancia administrativa, el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) del OSIPTEL, mediante Resolución 1 del 18 de junio de 2002 no amparó las pretensiones de la consumidora, en el entendido que, en lo que a los pagos por la prestación del servicio de telefonía, el problema se había solucionado. La omisión en la cual incurrió el TRASU fue de no pronunciarse respecto del pedido de la devolución del dinero por haber adquirido un celular malogrado, aspecto en el cual debió haberse declarado la improcedencia. Creo que debió informarse al consumidor que la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi es el órgano administrativo

Los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario.

Las normas se aplican a todo el contenido del anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros”.

competente para solucionar los conflictos respecto a la idoneidad del teléfono celular. Ello se concluye de una interpretación sistemática del artículo 58 del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), aprobado por el Decreto Supremo 008-2001-PCM, del 1 de febrero de 2001 y del artículo 46 del Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor, del 7 de noviembre de 1991, cuyo TUO fue aprobado por el Decreto Supremo 039-2000-ITINCI, del 5 de diciembre de 2000⁽⁵⁾.

La consumidora interpone Acción de Amparo contra OSIPTEL y el proveedor de servicios de telefonía ante el Juez Civil de Leoncio Prado en Tingo María para que se deje sin efecto la resolución del OSIPTEL. Con Resolución 9, del 7 de enero de 2003, se declara improcedente la demanda, por cuanto la acción de amparo no es la vía procesal adecuada, debido a que se requiere de una etapa probatoria para determinar si hubo o no un acto arbitrario, que si tiene el proceso ordinario, que es por donde debería encausar su pretensión, máxime cuando no se está afectando ningún derecho constitucional. Ante la apelación interpuesta, esta resolución fue confirmada en segunda instancia, con fecha 14 de marzo de 2003. Se sostiene que la argumentación de la denunciante al sostener que la decisión del OSIPTEL es “arbitraria y violatoria de la libertad”, resulta imprecisa, por cuanto no se sabe a qué tipo de libertad se está refiriendo. Ahí no queda la cosa: mediante Resolución 18, del 21 de marzo de 2003, la Sala Civil concede el Recurso Extraordinario solicitado por la demandada, elevando el expediente al Tribunal Constitucional.

2. El peligroso razonamiento de los vocales del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, con sentencia del 24 de marzo de 2004, resolvió lo siguiente:

“1. Declarar que OSIPTEL afectó el derecho constitucional de la recurrente a una protección especial en su condición de consumidora y usuaria del servicio público de telefonía.

2. Declarar que Telefónica Móviles S.A.C. incurrió en el supuesto del abuso del derecho que el artículo 103 de la Constitución no ampara.

3. Declarar nulo el ordinal 2 de la parte resolutive de la Resolución 1, expedida por OSIPTEL.

4. Declarar improcedente cualquier cobro que Telefónica Móviles S.A.C. pretenda imponer a la recurrente en relación con el servicio público de telefonía móvil derivado del teléfono N° 69657126, toda vez que dicho servicio nunca se le prestó.

5. Ordenar que OSIPTEL y a Telefónica Móviles S.A.C. paguen las costas del juicio, en forma solidaria, lo que deberá efectuarse en ejecución de sentencia.

6. Mandar que OSIPTEL y a Telefónica Móviles S.A.C. paguen a la recurrente, en forma solidaria y como indemnización, el monto equivalente a de 3 UIT (Unidad Impositiva Tributaria), lo que deberá efectuarse en ejecución de sentencia”.

Para un mejor análisis de esta sentencia, creo conveniente desarrollar separadamente los puntos que, en mi opinión, resultan de mayor relevancia.

2.1. Sobre el derecho constitucional a una “protección especial” del consumidor

El primer punto de la parte resolutive se refiere al “derecho constitucional de la recurrente a una protección especial en su condición de consumidora y usuaria del servicio público de telefonía”. Los vocales se cuestionan sobre la “tarea constitucional” del OSIPTEL y basándose en una sentencia precedente (STC 008-2003-AI/TC), se refieren al “deber especial de protección de los derechos fundamentales” que también repercute en los consumidores, argumentando que:

“Una de las maneras de cumplir ese deber especial de protección es impidiendo que los agentes económicos dedicados a la prestación del servicio público de telefonía abusen de los derechos que se puedan derivar de la suscripción de contratos para la prestación de este servicio público y, muy particularmente, del contenido desproporcionado de ciertas cláusulas de contratación que en ese ámbito se insertan en tales contratos”.

De esta manera, se llega a la conclusión que:

“(…) es claro que no se puede sostener que OSIPTEL cumpla ese deber especial de protección cuando se adoptan decisiones que manifiestamente repelen un mínimo sentido de justicia material o, en otros términos, cuando tales decisiones aparezcan como manifiestamente irrazonables”.

(5) En este sentido, la Resolución 008-2001/TDC-INDECOPI, del 5 de enero de 2001, que revoca la Resolución Final 351-2000-CPC, del 05 de junio de 2000, la cual cuenta con un voto discordante con cuyos fundamentos sirven de base para la decisión de segunda instancia. Para mayor detalle, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. pp. 50-53.

Interpretando el razonamiento del órgano colegiado, este derecho constitucional a una “protección especial” del consumidor, se basa en un deber especial correlativo por parte de los proveedores, el cual se puede incumplir en caso de “abuso de derecho” en la suscripción de un contrato de prestación del servicio público de telefonía.

2.2. Abuso de derecho *versus* cláusulas abusivas

Como ya se evidenció durante la descripción del caso, la devolución de la facturación por el pago de los meses en los cuales no se brindó el servicio telefónico, fue aprobada en primera instancia; pero -lamentablemente- la confusa redacción de los escritos del proveedor y la omisión en indicar a la consumidora que el problema de la devolución del pago por el aparato telefónico no era de competencia de OSIPTEL, sino de la Comisión de Protección del Consumidor del Indecopi, generó este “teléfono malogrado” que empeoró con la decisión del Tribunal Constitucional. Así, los vocales incurrir en una serie de confusiones:

a) consideran como un solo contrato el de adquisición del aparato telefónico y el abono para la prestación del servicio de telefonía;

b) confunden el principio del abuso del derecho con las cláusulas abusivas.

De esta manera, se llega a afirmar que:

“Para el Tribunal Constitucional es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano.

(...) Ello es particularmente evidente en aquellas situaciones en donde, pese a haberse suscrito convenios entre particulares, una de las partes ha aceptado ciertos términos contractuales que, de no haber mediado la necesidad de obtener un bien o la prestación de un servicio, entre otros supuestos, no habría aceptado, por constituir notoriamente una

irrazonable autorrestricción del ejercicio de sus derechos fundamentales (por ejemplo el ejercicio de la dimensión negativa de la libertad contractual, esto es, desvincularse del contrato por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el otro contratante).

En esos casos, dado que se presentan relaciones contractuales en las que es patente la existencia de una heteronomía, esto es, una pérdida efectiva de autonomía privada por una de las partes, los derechos fundamentales, en su dimensión institucional y como sistema de valores materiales del ordenamiento, pueden y deben servir de fundamento para defenderse contra las consecuencias del propio hacer (sic), es decir, que pueden lícitamente invocarse en la protección frente a sí mismos”.

El abuso de derecho no es más que el conflicto entre un derecho subjetivo y un legítimo interés que se produce por el ejercicio irregular de un derecho o por la omisión irregular de su ejercicio (conforme lo podemos interpretar sistemáticamente de los artículos II del Título Preliminar y 1971.1 del Código Civil)⁽⁶⁾. Las cláusulas vejatorias (o abusivas) son aquellas predispuestas previamente por una de las partes y que generan una asimetría (en contraste con el principio de buena fe) en la economía de las obligaciones a las que se encuentran vinculadas contractualmente las partes, en desmedro de la parte que las acepta⁽⁷⁾. Por consiguiente son dos categorías con notas características diversas y no deben ser confundidas.

2.3. ¿Qué alcance se le debe dar a la fórmula “defenderse contra las consecuencias del propio hacer”?

No puedo dejar de manifestar mi profunda perplejidad por esta fórmula. Asumo que la intención de los magistrados es la de hacer hincapié en que el consumidor, al suscribir un contrato con cláusulas vejatorias o abusivas, tiene expedito el derecho de impugnarlas judicialmente. Sin embargo, la decisión final me lleva a las siguientes reflexiones:

a) Si un consumidor suscribe un contrato predispuesto unilateralmente y este contiene una de las cláusulas vejatorias o abusivas que se encuentran en el elenco mencionado en el artículo 1398 Código Civil, ésta será nula si es impugnada judicialmente.

(6) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ejercicio abusivo del derecho*. En: *Código Civil Comentado*. Tomo I. Título Preliminar, Derecho de las Personas, Acto Jurídico. Lima: Gaceta Jurídica, 2003. pp. 24-31.

(7) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente*. En: *Estudios sobre el Contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*. Selección, traducción y notas de LEÓN HILARIO, Leysser. Lima: Ara, 2003. p. 584.

b) Si se trata de una cláusula vejatoria o abusiva que no se encuentra dentro del elenco del artículo 1398 Código Civil, en mi opinión, en aplicación del principio que las normas deben ser interpretadas en un sentido favorable al consumidor (artículo 2 de la Ley de Protección al Consumidor), previa calificación de la cláusula como vejatoria o abusiva, cabría la posibilidad de declararla ineficaz judicialmente, tal como se hace según el modelo jurídico alemán (que establece una “lista negra” y una “lista gris”), seguido por la Directiva Comunitaria 93/13/CEE y el modelo italiano que reformó el *Codice*.

Ahora bien, en la dinámica de las relaciones de consumo (y el caso bajo comentario es un ejemplo palpable de ello), los conflictos con las cláusulas vejatorias o abusivas se configuran principalmente en el momento de la ejecución del contrato y, por consiguiente, la nulidad o la ineficacia -por sí solas- no resuelven integralmente el problema. A nivel administrativo, la Comisión de Protección del Consumidor, se ha encontrado con una serie de casos que ha resuelto aplicando medidas correctivas por cuanto se han configurado infracciones a los deberes de idoneidad (artículo 8 LPC) o de información (artículos 5, inciso b y 15 LPC). Citaré algunos ejemplos:

a) En materia de estacionamientos, se ha determinado que “si bien es posible que el proveedor del servicio de estacionamiento limite su responsabilidad por culpa leve, no habría cumplido con informar de manera adecuada y precisa a los consumidores que dicha limitación se refiere a los casos de culpa leve” (Resolución Final 786-2003-CPC, del 15 de agosto de 2003, confirmada por la Resolución 0269-2004/TDC-INDECOPI, del 2 de julio de 2004).

b) Para los proveedores que prestan el servicio de lavandería, la cláusula “sin garantía” no fue oponible al consumidor que entregó una casaca de gamuza para ser lavada y que se la devolvieron sucia, por cuanto encubría una exoneración de responsabilidad. Así, en la Resolución Final 876-2004-CPC, del 2 de septiembre de 2004, se estableció que:

“(…) el denunciado deberá presentar los medios probatorios que acrediten que el defecto en el servicio se debió a un caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o a la propia negligencia o descuido del consumidor. No obstante ello, no ha presentado ningún medio probatorio idóneo que lo exima de responsabilidad, únicamente se ha limitado a señalar que no se responsabiliza por la suciedad de la prenda en tanto se informó al denunciante que cabía la posibilidad que la casaca no pudiera ser limpiada”.

Al respecto, debemos señalar que en la orden de trabajo de fecha 11 de octubre de 2003, se señala lo siguiente:

“Casaca de gamuza azul para limpieza y mantenimiento.

Sin garantía.

(…) Sobre el particular, conviene mencionar que de acuerdo a lo señalado en el Código Civil, no resultan válidas las estipulaciones que pretendan exonerar de responsabilidad. Así, el señor Zárate pretendió eximirse de responsabilidad alegando que consignó en la orden de trabajo que su empresa brindando el servicio de limpieza ‘sin garantía’.

Al respecto, el argumento señalado por el señor Zárate no resulta aplicable; ello, en la medida que la estipulación contenida en la orden de trabajo constituye una exoneración de responsabilidad por hecho propio, la misma que no resulta oponible frente al consumidor, más aún cuando en el presente caso se ha acreditado la existencia de responsabilidad por parte del proveedor al haber prestado un servicio no idóneo al denunciante.

En efecto, lo que normalmente esperaríamos un consumidor razonable de la prestación de un servicio de lavado es que el proveedor le informe acerca de todas las consecuencias que se podrían originar en la prestación del mismo y que los términos del contrato celebrado se limiten en atención a cada circunstancia particular; ello, en tanto que el proveedor de este tipo de servicios se encuentra en mejor posición que el consumidor para conocerlas. Sin embargo, el proveedor no puede pretender limitar el objeto del contrato sobre la base de una exoneración de responsabilidad por hecho propio, en tanto que estos se encuentran dentro del ámbito de su actividad para la prestación de un adecuado servicio de limpieza.

En tal sentido, corresponde declarar fundado este extremo de la denuncia por infracción al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor”.

A nivel judicial, a propósito de una cláusula de exoneración de responsabilidad contenida en un conocimiento de embarque, el Primer Juzgado Especializado en lo Civil del Callao, con Resolución No. 16, del 25 de agosto de 2000, amparó la demanda resarcitoria de la compañía de seguros que asumió los costos de la parte perjudicada, afirmando que:

“(…) en cuanto a la alegación que las partes habrían acordado en el conocimiento de embarque de someterse a cláusulas de reserva que constituyen cláusulas de exoneración de responsabilidad, como son, que el transportista desconoce el peso, dimensiones, cantidad, condición, contenido y valor

de las mercancías, así como un límite de responsabilidad en caso de pérdida de la mercadería debe tenerse en cuenta que las normas aplicables al presente caso son las contenidas en el Código de Comercio que señala en sus artículos 719 y 722 que el capitán y cargador tienen la obligación de extender al recibir la carga el conocimiento en el cual se expresará la cantidad de la mercadería y que este hará fe entre todos los interesados en la carga; que de otro lado, teniendo en cuenta que el conocimiento de embarque ha sido emitido por el transportista en un formulario pre impreso en el puerto de embarque, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1398 del Código Civil que establece que en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no probadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan a favor de quien las ha redactado exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, por lo que esta alegación debe desestimarse”.

Inexplicablemente, en segunda instancia, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, con Resolución 28, del 22 de octubre de 2001, revocó la resolución de primera instancia, reformándola al declarar fundada en parte la demanda. El “razonamiento”, fue el siguiente:

“Que, se debe tener en cuenta que las cláusulas contenidas en los conocimientos de embarque no son en realidad cláusulas generales de contratación debido a que los contratos de transporte marítimo de carga no son contratos propios de la contratación en masa;

(...) Que, en tal virtud, no son aplicables a las cláusulas de los conocimientos de embarque las normas del Código Civil que regulan las cláusulas generales de contratación como es el artículo mil trescientos noventa y ocho de dicho código;

(...) Que, en consecuencia, la cláusula de limitación de responsabilidad contenida en el conocimiento de embarque sí es válida; por lo cual debe aplicársele a la pretensión del presente proceso”.

Esta decisión ya ha sido fuertemente criticada por quien observa que “lejos de tomar en cuenta si la contratación de transporte marítimo se realiza a través de contratos por adhesión o por la utilización de cláusulas generales de contratación, sin dejar de considerar que los conocimientos de embarque en su reverso suelen contener las condiciones de transporte,

lo que nos acerca a la caracterización de formularios y así al primer grupo, debemos asumir la posición que lo que interesa a los fines de la regulación de las cláusulas vejatorias en el artículo 1398 del Código Civil, es la situación de imposibilidad de discusión del clausulado y no si se pretenda, a través de las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión, el establecimiento de relaciones de consumo en grandes dimensiones”⁸. Además, aún en el negado supuesto que se admitiese que el contrato de conocimiento de embarque no fuese un contrato por adhesión ni que contuviese cláusulas generales de contratación, existe una norma imperativa que prohíbe, en cualquier contrato, las exoneraciones y limitaciones de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable (artículo 1328 Código Civil⁹). Motivo por el cual, con esta decisión, se incurre en un grueso desconocimiento de la normatividad imperante. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 16 de diciembre de 2002, (Casación No. 4333-2001 Callao), con mayor criterio, confirmó la sentencia apelada, en atención a que:

“(…) examinado el conocimiento de embarque de fojas 15, cuya traducción oficial obra de fojas 10 a fojas 14, se constata que el embarcador de la carga fue la empresa Game Latín, el consignatario de la misma la empresa Electric City Sociedad Anónima y el agente la empresa Jas Forwarding (USA), representada en el Perú por la empresa Jas Forwarding del Perú, habiéndose emitido dicho conocimiento de embarque en el puerto de Miami el día 18 de octubre de 1998 y expedido el mismo por la empresa Jas Ocean Services INC. En ese sentido dicho conocimiento de embarque fue extendido al recibirse la carga en el buque y en el país de origen (puerto de Miami - Estados Unidos de Norte América), siendo que el consignatario de la carga recién tomó conocimiento de su contenido cuando el cargador le remitió un ejemplar del documento, conforme al artículo 720 del Código de Comercio, hecho que se produjo cuando la carga estaba en travesía, por lo que mal pudo el consignatario de la carga negociar los términos del conocimiento de embarque, máxime si como se constata dicho documento ha sido emitido en un formulario pre-impreso en el puerto de embarque, lo que conduce a concluir que nos encontramos frente a un contrato de adhesión, regulado por el artículo 1390 del Código Civil,

(8) AMAYA AYALA. *La contratación contemporánea y el control judicial de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 9. Número 67. Lima: Gaceta Jurídica, abril 2004. p.106.

(9) Nótese que, si bien existe la posibilidad de limitar o exonerar la responsabilidad por culpa leve, esto tendría que ser previamente acordado por las partes, siempre y cuando no se contravenga, a su vez, normas de orden público.

conforme al cual la entidad consignataria de la carga no tuvo otra alternativa que aceptar los términos establecidos por el transportista, por lo que inequívocamente se concluye también que las cláusulas contenidas en el conocimiento de embarque son cláusulas generales de contratación.

En cuanto al numeral 1398 del Código Civil, constituyendo el conocimiento de embarque *sub materia* un perfecto contrato de adhesión, con cláusulas generales de contratación, como ha quedado establecido precedentemente, es obvio que la limitación de responsabilidad establecida en el mismo no resulta válido, por lo que la interpretación dada al anotado numeral en la sentencia de vista no es la correcta, debiéndose entenderse que dicha limitación conforme a dicho precepto legal es inaplicable para el caso *sub litis*".

De ello resulta que, en el momento patológico de la relación de consumo, la nulidad o la ineficacia de una cláusula resultan insuficientes y se deberá aplicar una medida correctiva (en el supuesto que el conflicto fuera de conocimiento de la Comisión de Protección al Consumidor) o una indemnización (si el caso se plantea en el Poder Judicial).

El problema es que en el caso materia de este comentario, los magistrados del Tribunal Constitucional, al no haber hecho un análisis correcto de los hechos, han calificado como abusiva una cláusula que no tenía tal condición, como es la que establece un plazo forzoso y el pago de una tarifa fija⁽¹⁰⁾. Así, respecto al "plazo forzoso" y el pago de la tarifa fija durante dicho período, el artículo 1398 del Código Civil no la incluye como cláusula vejatoria *per se*, en tal sentido, para analizar la "vejatoriedad" el juez (control judicial de las cláusulas vejatorias) debe tener en cuenta, el criterio sistemático, es decir, una cláusula no puede ser interpretada aisladamente sino en conjunto con las demás. Será necesario, entonces, verificar si el establecimiento del "plazo forzoso" está colocada en un contexto que pueda generar un beneficio al consumidor. Así, por ejemplo, podría ocurrir que la empresa operadora ofrezca al usuario un precio reducido del equipo terminal móvil siempre que este acepte el establecimiento de un "período forzoso" o de un "término mínimo de duración". Una cláusula de este tipo permitiría a muchos usuarios acceder al servicio telefónico móvil que, de otra manera, el costo del terminal se lo impediría⁽¹¹⁾.

Dicho en otras palabras: si el consumidor ha suscrito un contrato en el cual figura una cláusula que no es vejatoria (sea por no encajar en el elenco del artículo 1398 del Código Civil, sea por no considerarla como tal de un análisis de la cláusula en particular), este deberá asumir los costos de su decisión: ello describe a la perfección el estándar del "consumidor razonable", el cual debería ser, en este caso, quien lee las cláusulas de un contrato antes de firmarlo. Reitero que la falta de información del proveedor y del TRASU no han ayudado a resolver el problema, así como que la equivocada decisión de los magistrados del Tribunal Constitucional empeoró el escenario al no analizar debidamente las particulares circunstancias del caso y -lo que es peor- olvidándose de su deber de conocer la normatividad vigente, el cual se traduce en el viejo aforismo *iura novit curia*.

2.4. Sobre la inmotivada decisión del Tribunal Constitucional de imponer una indemnización

Otra de las decisiones que me llamó poderosamente la atención fue la de haber impuesto de manera solidaria a OSIPTEL y a Telefónica Móviles S.A.C. que paguen a la demandante como indemnización, el monto equivalente a 3 UIT. El primer párrafo del artículo 11 de la Ley 23506, de *Habeas Corpus* y de Amparo, del 8 de diciembre de 1982, establece que:

"Si al concluir los procedimientos de *Habeas Corpus* y Amparo, se ha identificado al responsable de la agresión, se mandará abrir la instrucción correspondiente. Tratándose de alguna autoridad o funcionario público, además de la pena que corresponda, se le impondrá la de destitución del cargo y no podrá ejercer función pública hasta pasados dos años de cumplida la condena principal. Se condenará asimismo al responsable al pago de las costas del juicio y a una indemnización por el daño causado".

Independientemente del cuestionamiento de incorporar modelos jurídicos resarcitorios en un procedimiento como el de la denominada acción de amparo y que esta ley estará vigente hasta el 30 de noviembre de 2004, tal como lo manda el Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley 28237, publicada el 31 de mayo de 2004, me preocupa el criterio que tienen los magistrados del Tribunal Constitucional respecto en el momento en el cual cabe invocar y aplicar

(10) Como ha sido puesto de manifiesto por BARCHI VELAOCHAGA. En: *Minority Report (Sentencia Previa) A propósito de un "ejemplar" fallo del Tribunal Constitucional*. En: *Advocatus*. Número 10. Lima, 2004. p. 398.

(11) BARCHI VELAOCHAGA. *Op. cit.*

la indemnización por el daño causado. En efecto, parto de la premisa que la indemnización ha debido ser pedida por la parte afectada. Sin embargo, aún admitiendo que esta sea una decisión del juez que, en primera instancia, decide su aplicación, ésta debería ser fundamentada y cabría la posibilidad de ser contradicha en la instancia superior.

Es por ello que merece la más fuerte crítica esta decisión, primero, porque al haber decidido los magistrados del Tribunal Constitucional el pago de una indemnización, sin que exista una ulterior instancia nacional a efectos de contradecirla, se ha infringido el principio del debido proceso respecto de Telefónica y OSIPTEL. En segundo término, por la orfandad en materia de argumentación jurídica respecto de la fijación de la indemnización. Recordemos que, este error, a nivel de resoluciones judiciales es denominado como “falta de motivación”¹². No se debe olvidar que el artículo 139.5 de la Constitución establece como principio y derecho de la función jurisdiccional:

“La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

A mi modo de ver las cosas, los magistrados del Tribunal Constitucional no deben sustraerse de este mandato. En efecto, se ha debido analizar si se ha configurado un supuesto de responsabilidad civil, analizando sus elementos constitutivos (imputabilidad, ilicitud, factor de atribución, nexo causal y daño). Era imperativo fundamentar si la indemnización provenía de un daño emergente, un lucro cesante, un daño a la persona, un daño moral o si se están creando “pretorianamente” los daños punitivos (...).

Creo que sobran motivos para alarmarnos, ya que los magistrados que han suscrito esta sentencia, han asumido una decisión que colisiona con principios básicos de la Constitución, principios que se presume que conocen y están en la obligación de aplicar. No niego que exista un reconocimiento constitucional de los derechos del consumidor, que nuestros magistrados llaman “protección especial”. Sin embargo, ello no puede ser motivo para que se dicten sentencias como esta (salvo que se pretenda incursionar, peligrosamente, en la escuela del derecho libre). Por ello, es legítimo preguntarnos: “¿Quién nos defiende del Tribunal Constitucional?”¹³

ESTUDIO
JORGE AVENDAÑO V.
— ABOGADOS —
www.ejav.com.pe

(12) En este sentido ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. *Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia*. En: *Themis*. Segunda época. Número 43. Lima, 2001. p. 64. La autora menciona como ejemplo el de una sentencia que “habiendo amparado una pretensión de resolución de contrato se limita a ordenar el pago de una indemnización sin ninguna evaluación sobre la existencia de daños imputables al demandado ni sus montos”.