

El Consumidor Razonable o Diligente, el Mito que Puede Crear un Cisma entre los Peruanos

Julio Durand Carrión*

“En el presente trabajo, el autor nos introduce a la problemática del concepto de Consumidor Diligente, mediante un breve recuento de los tipos de consumidores, concluyendo contundentemente que el consumidor razonable amparado en el Decreto Legislativo 1054 en nuestro país no existe, porque no protegería a los «ciudadanos de a pie».”

El INDECOPI como órgano tutelar del Sistema de Protección del Consumidor estableció desde hace algunos años un control de entrada al procedimiento de protección del consumidor creando, a través de la vía jurisprudencial administrativa el concepto de Consumidor Razonable como un complemento al concepto de Consumidor Final. Esta categoría conceptual ha sido recientemente recogida ya en un formato legal (a través del Decreto Legislativo 1054) Ley Complementaria del Sistema de Protección del Consumidor sancionada el 26 de junio de 2008, cuyo artículo primero define al consumidor o usuario y en la parte final del artículo consigna el famoso estándar del consumidor razonable, bajo el nombre de “consumidor diligente”.

Es muy importante hacer un desarrollo de este concepto y analizar su naturaleza porque el INDECOPI lo ha creado para efectos de limitar el acceso de los consumidores al sistema de protección que la ley propone, lo que resulta paradójico en el contexto de la realidad peruana, tal como lo veremos más adelante.

En efecto, el artículo 1 del Decreto legislativo 1054, expresa:

- a) Consumidores o usuarios.- Las personas naturales que en la adquisición, uso o disfrute de un bien o contratación de un servicio, actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional

y, excepcionalmente, a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio. La presente Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias”.

Es preciso entonces analizar qué quiere decir el legislador con diligencia ordinaria, cuándo una persona actúa con diligencia y si la mayoría de los peruanos medianamente informados y algunas veces desinformados y analfabetos, pueden actuar siempre con diligencia ordinaria para poder acceder al sistema de protección del consumidor que el propio Estado -paradójicamente- ha creado para ellos. Para este análisis es necesario razonar previamente como se ha gestado este concepto a través de la institución tutelar de la defensa de los consumidores. Así, tenemos que el INDECOPI ha determinado que debe tenerse en cuenta que la protección del consumidor se desarrolla en el ámbito de una economía social de mercado; es decir, en un sistema en que la interacción entre oferente y demandantes orienta la asignación de sus recursos, determinando la calidad y estableciendo los precios en los que los bienes y servicios se incorporan al mercado. Asimismo, para el INDECOPI no toda asimetría informativa debe ser corregida, porque si el mercado funciona adecuadamente puede generar suficiente cantidad de información relevante para que

* Profesor de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia, y del Doctorado en Derecho de la PUCP, Facultad de Derecho y Escuela de Postgrado de la USMP, Facultad de Derecho y Doctorado en Administración de Empresas de la UNMSM. Ex Vicepresidente de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi. Premio Nacional 2007, Primer Puesto II Concurso Nacional de Tesis de Postgrado de la Asamblea Nacional de Rectores

los agentes económicos tomen decisiones racionales y adecuadamente informadas, sin que sea necesario que desarrollen una capacidad de manejo de información similar a la de los proveedores.¹

Consideramos que el razonamiento del INDECOPI es excesivamente teórico, con el riesgo de desproteger al consumidor, más aún en economías de mercado imperfectas y atípicas como la nuestra donde el acceso a la información es escaso, los comportamientos de los agentes son ineficientes y los proveedores se encuentran inertes ante un Estado que suele cambiar inconsultamente las reglas de juego. Como expresa Gutiérrez Camacho, “en un escenario donde no hay cultura de mercado, partir del supuesto que el mercado esté funcionando, es perjudicial para el consumidor”.

“La figura del consumidor razonable establecido ahora en la ley como consumidor diligente, si se interpreta de forma restrictiva, podría conducir inevitablemente a desproteger a un grueso sector de consumidores(...)”

El concepto de consumidor razonable establecido por INDECOPI (y recogido ahora en la ley como consumidor diligente) es una creación de nuestra jurisprudencia administrativa, porque la ley no se refería antes a él, lo cual no quiere decir que la jurisprudencia no deba ser creativa e innovadora, pero dicha creación debe tener su correlato no solo en el contexto jurídico positivo, sino también en la realidad en la cual opera la norma, no se puede introducir elementos subjetivos en el análisis del concepto de consumidor a través de interpretaciones jurisprudenciales restrictivas que imponen al consumidor además de los requisitos legales otros que están fuera no solo de la ley sino de la cultura y de su realidad existencial.

El concepto de consumidor razonable más que una creación de nuestra jurisprudencia fue una copia o en todo caso una importación del Derecho Anglosajón, incluso en esa realidad no está exento de razonamientos en contra. The Reasonable Man, de donde desciende el consumidor razonable, es una construcción mítica del Derecho Común Inglés. Es un ideal, la materialización de todas las cualidades que demandamos de un buen ciudadano.²

Revisemos una síntesis del Hombre Razonable para analizar si efectivamente este concepto tiene relación con nuestra

realidad de un país subdesarrollado, con una población cultural, social y económicamente heterogénea. En efecto, leamos: “El hombre razonable está siempre pensando en los demás; la prudencia es su guía y la seguridad primero es la regla de su vida. Es alguien que mira invariablemente a donde se dirige y tiene cuidado de examinar el terreno inmediato antes de dar un brinco o un giro; no bobea ni se pierde en la meditación cuando se aproxima a las puertas de las trampas o a la orilla de un muelle; siempre registra en los talones de los cheques cuantos detalles sean convenientes; nunca se sube a un autobús en movimiento; no se baja de un carro mientras el tren se encuentra en movimiento; investiga exhaustivamente la buena fe de cada mendigo antes de repartir limosnas y se informará de la historia y los hábitos de un perro antes de acariciarlo, no cree en chismes; ni los repite a menos que tenga una base firme para creer que son ciertos; nunca le pega a la bola antes de que quienes estén en frente hayan desalojado completamente el hoyo que es su propio objetivo; jamás pide demasiado a su esposa, sus vecinos, sus sirvientes, su buayo o su asno; en sus negocios solo busca ese margen de beneficio pequeño que doce hombres como él considerarían justo; y contempla a sus colegas comerciantes, sus agentes y sus bienes con ese grado de suspicacia y desconfianza que el derecho considera admirable; nunca lanza maldiciones ni juega juegos de azar, ni pierde el control; siempre se comporta con moderación, y aún cuando está azotando a su hijo piensa en el justo medio; es un monumento en nuestros tribunales, en vano llamando a sus conciudadanos para que ordenen sus vidas de acuerdo con su ejemplo”(...)³

El ideal del hombre razonable o diligente es pues un ser especial que no existe en nuestra realidad, no es el consumidor promedio, sino alguien que está por encima del promedio. Coincidimos con Walter Gutiérrez Camacho cuando expresa que en otras latitudes tal vez pueda hablarse de consumidor razonable con cierto asidero, pero no en un país en el que existe un alto grado de analfabetismo⁴ y la cultura es sencillamente una ilusión.

La figura del consumidor razonable establecido ahora en la ley como consumidor diligente, si se interpreta de forma restrictiva, podría conducir inevitablemente a desproteger a un grueso sector de consumidores, porque de acuerdo con la interpretación y el razonamiento del INDECOPI, la mayoría de consumidores comunes y corrientes de nuestro país que no hacen análisis para comprar y que no tienen las condiciones de diligencia ordinaria en su vida cotidiana, no estarían protegidos por la ley; es decir, que para INDECOPI serían consumidores torpes o irracionales, los que no saben conducirse en el mercado y por lo tanto no merecen tutela jurídica.

Hay un amplio sector de la población peruana que vive en situación de pobreza y que están medianamente

1 INDECOPI, Documento de Trabajo. Marzo 1999.

2 Cooter Robert y Ulen Thomas, Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica, México

3 Cooter Robert y Ulen Thomas, Op. Cit. p.383

4 Recuerda Walter Gutiérrez Camacho que en el Perú hay analfabetos por condición y por vocación. Los primeros son los que no saben leer ni escribir, los segundos son los que sabiendo leer y escribir no leen ni escriben, en Contrato y Mercado. Lima, Gaceta Jurídica, 2000

informados pero no instruidos que sienten que quien debe tutelar sus derechos no lo hace porque le exige que sea analítico, culto y razonable; algo que tiene que ver generalmente con el nivel de educación, recurso que es deficientemente suministrado por el Estado y que es además esquivo y caro en algunos casos para un pueblo que no lee porque no sabe, o que no sabe porque no lee.⁵

La tesis del consumidor razonable o diligente es defendida por algunos autores que tienen una posición restringida y que excluyen del ámbito de protección de la ley a cierto tipo de consumidores, basados en que es indispensable exigir a los consumidores un comportamiento alturado, con cierto nivel de diligencia, porque una protección amplia e indiscriminada sería una indeseable señal al mercado que desalentaría las conductas diligentes, lo que a la larga elevaría los costos de transacción, porque los empresarios incorporarían en sus precios estas contingencias. Es decir, para quienes defienden esta posición, el concepto de consumidor establecido desde este punto de vista constituiría una especie de barrera de entrada al ámbito de protección legal establecido por la Ley de Protección del Consumidor, excluyendo a ciertos consumidores que no deben “beneficiarse” de la protección de la legislación de consumo creada paradójicamente por mandato constitucional para protegerlos, dado que no responden al parámetro establecido en la figura del consumidor razonable.

Lo paradójico del consumidor diligente es que está relacionado directamente con aquellas personas informadas y la información tiene que ver mucho con el status educativo de las personas, que en nuestro país es considerablemente bajo, y son precisamente estas personas las que más necesitan del INDECOPI, son las personas más pobres, los más desinformados, los desplazados; es decir como se expresa en política, son los “ciudadanos de a pie” los que más necesitan de la acción y de la defensa de sus derechos como consumidores a través del INDECOPI que es su institución tutelar creada por el Estado para defender a los peruanos de los abusos de los proveedores en el mercado; sin embargo, paradójicamente la propia ley de protección del consumidor le pone una traba, le pone una barrera de acceso para poder ser defendidos, les pide que sean diligentes, informados, instruidos, etc., cuando los diligentes son los que menos necesitan del INDECOPI, porque precisamente se conducen con diligencia, con información, con conocimiento, etc.

Por lo expuesto, considero que al momento de debatirse el contenido del Decreto legislativo 1054 debió hacerse un ejercicio de ingeniería en reversa; es decir pensar lo contrario de lo que se ha establecido en la ley, porque son los más pobres, los que más necesitan del INDECOPI y no los más diligentes. Simplemente debió omitirse el párrafo que pone la barrera de entrada y dejar que sean los funcionarios encargados de resolver los conflictos los que analicen, discrecionalmente, como actuar frente a un caso donde se ponga en tela de juicio si el consumidor actuó o no con diligencia ordinaria. Una ley debe ser simétrica y sistémica, a su vez, debe ser elaborada con razonabilidad, debe estar inmersa en el contexto en el que opera una ley; es decir en nuestro caso en el Perú que es un país heterogéneo, desde todo punto de vista. La ley debe hacer feliz a la gente y no crear diferencias, la formación de conceptos al interior de una norma debe ajustarse a ciertas reglas, y que la regla fundamental es la simetría. En este sentido, el maestro Carnelutti, expresaba que es necesario *“extender las zonas de experiencia o lo que es lo mismo, la materia jurídica, más allá de la proposición jurídica, del precepto, de la regla y que no interesa tanto como se establece y formule el Derecho, sino como se realiza”*, es decir como opera una norma en la realidad para la cual ha sido creada, eso es lo importante.

Estamos de acuerdo con que es necesario educar y capacitar al consumidor porque el desarrollo no depende solamente de la competitividad y de la calidad de las empresas proveedoras de bienes y servicios en el mercado, sino también de la calidad y de la conducta idónea de los consumidores frente a una relación ordinaria de consumo y en ese contexto la calidad depende también de los que compran. Pero ello no nos puede llevar al extremo de crear en vía de interpretación un consumidor que solo tiene una existencia ideal o cuando menos muy limitada protegiendo solo un sector muy reducido de consumidores supuestamente racionales⁶.

Es necesario tener en cuenta que en país existen grandes sectores de población marginados por una serie de barreras no solo sociales, sino también económicas e idiomáticas. Existen siete millones de peruanos que solo hablan quechua, quinientos mil hablan aymara y trescientos mil hablan lenguas amazónicas entre otros, y son tan consumidores como los que hablamos el castellano, pero cabe preguntarse si el mercado ha desarrollado mecanismos de comercialización para incorporarlos al mercado, la respuesta es negativa y entonces se les puede exigir un estándar de consumidores razonables cuando el propio

5 En el Perú según datos del Instituto Nacional de Estadística (INEI) al 2002 tenemos una tasa de analfabetismo de 12,1 % en el ámbito nacional y si desagregamos estos datos, los varones tienen la tasa de 6,1% y las mujeres alcanzan una tasa de 17%; es decir de cada 100 mujeres casi 18 de ellas son analfabetas. La situación más crítica es la de mujeres que viven en zonas alejadas de la capital, mientras que Lima tiene una tasa de 6,4%; en Huancavelica la tasa de analfabetismo femenina es de 46,8%, es decir de cada 100 mujeres, casi la mitad es analfabeta. Otras ciudades como Ayacucho y Apurímac tienen igualmente tasas altas de analfabetismo relacionadas con su nivel de pobreza. Fuente INEI, “Condiciones de Vida en los departamentos del Perú”, 2002, Lima.

6 Reiteramos que la educación constituye un recurso escaso y deficientemente suministrado por el Estado, por ello llama la atención que el programa llamado INDECOPI-EDUCA que fue puesto en práctica en los primeros años de la institución y que tenía por objeto promover una cultura de consumo y competitividad en la sociedad peruana a través de charlas y convenios con el sector educación, haya sido dejado de lado. Particularmente esperamos que la actual administración ponga en práctica dicho programa.

sistema y la dinámica del mercado los excluye. Por ello, nos parece un contrasentido hablar de consumidores racionales o diligentes en una sociedad que tiene un comportamiento irracional y que tiene una concepción del mercado errada, que no tiene en consideración que el mercado es un proceso en permanente movimiento en el que interactúan las personas poniendo de manifiesto sus intereses, es decir una relación biunívoca entre proveedores y consumidores, cuyos intereses se expresan en los precios y en la aceptación de tales precios, lo que genera una mutua actuación que es la que otorga sentido al mercado y la economía de mercado se desarrolla sobre la base de la libre elección de los consumidores. En este contexto, el Estado no solo debe proveer las condiciones de institucionalidad y legalidad que haga posible el desarrollo económico y el crecimiento de dicho mercado, sino que también es responsable de establecer una estructura legal y administrativa sólida, coherente y principista que garantice el respeto de los derechos de los consumidores en general sin ningún tipo de diferencias dentro de un marco de una economía eficiente y una asignación de recursos equitativa⁷.

Es necesario estudiar que la materialización de la protección a los consumidores es consecuencia del reconocimiento de la existencia de una gran mayoría de personas que al realizar las operaciones normales de la vida diaria, no están en condiciones de conseguir por sí solas calidades y precios adecuados, y se ven imposibilitados de ejercer sus derechos por no contar con los recursos necesarios para enfrentarse a los productores y proveedores.

No debemos limitar la protección a la esfera contractual, donde se exige leer los contratos, analizarlos y tener un comportamiento diligente, entre otras formalidades, sino a los momentos anteriores también. En otras palabras se constata que los consumidores tienen muy pocas posibilidades de influir en el mercado, y que se ven sometidos a una extraordinaria presión por medio de la publicidad, que tiende a reducir su capacidad crítica. En este sentido, creemos que la condición de consumidor es intrínseca a la condición misma de persona humana en toda su esencia y sin condición alguna, porque el hombre ontológicamente hablando es sujeto de necesidades desde su nacimiento, e inclusive desde antes, y como tal tiene el derecho de gozar de todas las prerrogativas y facultades que en materia de consumo el sistema jurídico ha creado para él. En efecto, Todos los seres humanos somos consumidores y usuarios de bienes y servicios y todas las actividades económicas que el hombre realiza en una u otra medida están destinadas a la satisfacción de necesidades por ello el comercio está destinado a satisfacer dichas necesidades, así como comodidades, gustos y hasta vanidades humanas.

No puede existir actividad comercial sin consumidores, es por ello que todos los empresarios en calidad de proveedores, financiadores, programadores, etc., todos están identificados en la tarea de producir e intercambiar bienes y servicios con destino a la masa de consumidores y usuarios finales.

El Derecho del Consumidor, expresa Juan M. Farina, no es un estatuto, porque no existe una clase, o un gremio, o una profesión de consumidores, dado que todos los seres humanos somos consumidores⁸. Coincidimos con el autor en señalar que hace unas décadas se había concebido al Derecho Comercial como Derecho de la Empresa, olvidando que la empresa existe, vive y actúa para llegar, de un modo u otro, hasta el consumidor y usuario final. Por eso algunos autores, guiados por una visión unilateral del Derecho Mercantil, olvidaron o consideraron extraños a él los derechos de quienes necesariamente son la razón de ser de esa actividad y por lo tanto del Derecho Comercial, no en vano últimamente se le conoce al consumidor como el protagonista del mercado.

Desde este punto de vista, el hombre como sujeto de necesidades se constituye en protagonista del mercado, precisamente, por su condición de consumidor y en tal sentido tiene todo el derecho de exigir información adecuada, seguridad, trato justo, precios competitivos, calidad, garantía etc, es decir una serie de prerrogativas que no deben ser negadas ni discutidas por el sistema jurídico, para permitirle optar por una decisión de compra eficiente en el mercado, libre de influencias negativas que limiten, restrinjan o mediaten su accionar como agente dinámico del mercado.

El Estado interviene cada vez más con mayor amplitud modificando, regulando normas jurídicas tanto en el campo de la publicidad, de la contratación, etc., toda vez que el interés del consumidor ulteriormente protegido es un interés propio de la persona humana, proteger al consumidor significa en esencia proteger a la persona humana en tanto y en cuanto es sujeto de necesidades y fin supremo de la sociedad y del Estado.

Esta nueva concepción sobre el tema, implica una nueva cosmovisión del sistema jurídico que ponga a la persona humana como lo que es en realidad, el centro de referencia de todas las relaciones jurídicas que los sujetos de derecho establecen entre sí y donde se revalúe el rol del consumidor como aquel que le da vida a la economía de mercado, y en este contexto no se puede crear modelos paradigmáticos de consumidor razonable que no se condicen con la realidad del mercado peruano. Por ello consideramos que el razonamiento del consumidor razonable, consignado en la Ley ahora como consumidor diligente, puede dar lugar a una forma muy sutil de discriminar, de crear aunque sin proponérselo quizás un cisma, una brecha entre peruanos analíticos, leídos,

7 El Tribunal Constitucional ha establecido en relación al artículo 65 de la Constitución que trata del derecho de los consumidores, que el Estado tiene un deber especial de protección y que tiene que establecer un correlato legal y administrativo adecuado para la garantizar el respeto a este derecho. (AI 008-2003 TC)

8 FARINA, Juan M. Defensa del Consumidor y del Usuario. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995.

cultos, razonables y otros que son todo lo contrario, o en todo caso son medianamente informados, pero no tan instruidos ni tan racionales debido a su nivel medio de cultura, a quienes la ley difícilmente ampararía por no tener una conducta acorde a las exigencias del mercado, sin reparar que el mercado es en esencia la interacción de personas buscando satisfacer sus necesidades y como tal es imperfecto, porque imperfecto es el hombre. Entonces por qué exigirle a la comunidad de consumidores un alto estándar de comportamiento razonable.⁹

Esta interpretación del INDECOPI sobre el consumidor razonable o diligente va en contra de la tendencia mundial que busca cada vez más ampliar la cobertura de protección de la legislación de consumo y quizás sea oportuno que el INDECOPI cambie su modelo paradigmático de analizar todos los temas de consumidor bajo la óptica del análisis económico del derecho, sin reparar que hay nuevas formas de entender y analizar el Derecho y que éste es un tema vivo que se enriquece a diario, que no se agota en una sola forma de interpretar la ley, que es como un cubo con varias aristas y tenemos que tener una visión integral del fenómeno social para entenderlo desde el punto de vista jurídico. En este sentido es necesario que el INDECOPI lleve a cabo una renovación de su sistema de protección del consumidor a fin de llegar a más localidades, es decir ampliar la cobertura de acción y para ello puede celebrar convenios de delegación de funciones con municipalidades, realizar más acciones de oficio, iniciar procesos por interés difuso o class action, entre otras tareas pendientes que como institución tutelar debe llevar a cabo¹⁰. INDECOPI no llega a todas las ciudades del país y es hora de renovare institucionalmente a través de figuras creativas de gestión pública que le permita ampliar su cobertura a otras ciudades del interior donde el consumo esta creciendo, en este sentido la descentralización es una tarea pendiente.

Respecto a los precedentes de observancia obligatoria sobre protección del consumidor que en materia de defensa de la competencia estableció INDECOPI, Gutiérrez Camacho expresa que “El problema de este razonamiento, aparentemente inexpugnable, no solo es su excesivo carácter teórico, sino el declarado alejamiento de lo que significa el rol del Estado en una economía social de mercado. En efecto, en la realidad es difícil saber a ciencia cierta si el mercado está funcionando o no y en ese ejercicio no se debe desproteger al consumidor. Esto es aún más peligroso en economías de mercado imperfectas e incipientes como la nuestra, en donde los agentes del mercado

se conducen atípicamente, donde la información a la que pueden acceder los consumidores es escasa y los proveedores se hallan acosados por un Estado que cambia las reglas de juego.”¹¹

Por otro lado, el propio Tribunal Constitucional en el Exp. 008-2003 AI/TC, ha expresado con precisión y coherencia cual es el significado de la defensa de los derechos de los consumidores, señalando lo siguiente: “La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor”. En virtud de lo prescrito por el Tribunal Constitucional, lo dispuesto en la legislación del consumidor, en particular el decreto legislativo 1045, debería tener simetría con este razonamiento, por lo que esperamos que sea la jurisprudencia de la nueva Sala de Defensa de la del Tribunal del INDECOPI, la que de mayor coherencia a la interpretación del consumidor diligente sin restricciones para el acceso a los consumidores a la defensa de sus derechos.

El Consumidor Final

Por otra parte, es preciso señalar que es obvio que puede existir un control de entrada del consumidor para los efectos de la aplicación de la ley, porque previamente debe establecerse si el peticionante cumple con los requisitos objetivos de la ley sobre la base del marco conceptual del consumidor final, caso contrario estaríamos desconociendo los esquemas legales establecidos por el propio sistema jurídico, pasando a proteger a quien no es necesariamente consumidor final y no tiene el carácter de contratante débil.

Lo importante es que la tarea de interpretar los alcances normativos del concepto de consumidor sea

9 Según la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) ejecutada por el INIE, en el IV trimestre de 2001 y tabulada en 2002. INEI, Sistema Nacional de Estadística, Informativo Quincenal “Cifras”, No 19 del 20 Junio de 2002, existen diferencias significativas entre el área urbana u rural. El 40% de los jefes de hogar que viven en el área rural aprendieron el quechua, el 5,5% el aymara, el 2,0% otra lengua nativa y la mitad de jefes de hogar aprendieron el castellano. En la Costa 11,3% de los jefes de hogar aprendió en su niñez un idioma nativo, Lima el porcentaje es mayor 19,4%, en la Sierra 54,3% y en la Selva baja 14,9%. En Lima Metropolitana se concentra la mayor población de origen indígena (según el criterio del idioma o dialecto materno)

10 Se presentado en el congreso de la República un proyecto de ley de Defensorías Municipales del Consumidor para ampliar la cobertura de acción del sistema ante la falta de renovación institucional del INDECOPI, como se detalla en su exposición de motivos. La iniciativa ha sido presentada por la Congresista Nidia Vilchez.

11 Gutiérrez Camacho, Walter. “Derecho del Consumo, Constitución y el Contratante Débil”, en Diálogo con la Jurisprudencia, Año 9, No 65, Febrero 2004. p. 112

un ejercicio adecuado que no nos permita excluir a quienes si deben ser protegidos, teniendo en cuenta que en una economía de mercado imperfecta como la nuestra, la información es un recurso escaso, los agentes económicos se comportan de manera atípica y lo que es mas grave no existe conciencia ciudadana del rol del consumidor; es decir no hay cultura de consumo y por otro lado no existe cultura de mercado por parte de los proveedores.

En Europa, el Alto Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha establecido y ha desarrollado el parámetro del consumidor medio, como consumidor inteligente y razonablemente informado, atento y reflexivo, en el mercado y consiguientemente como es bien sabido, con la finalidad de alcanzar un mercado interior único y operativo. No obstante el Derecho Comunitario Europeo contiene una disposición muy interesante en el Art. 10 del Reglamento CEE N° 1907/90 por la cual el Juez nacional a pesar de tomar como referencia la presunción del consumidor medio, normalmente informado, razonable, atento y perspicaz, cuando tropieza con dificultades especiales para evaluar el carácter engañoso de un mensaje que atente contra el derecho a la información u otro derecho del consumidor, puede ordenar en las condiciones previstas en su Derecho nacional, un sondeo de opinión o un dictamen pericial especial sobre el caso para instruir su decisión.

Esta norma es muy interesante y podría ser tomada como referencia por el INDECOPI como una pauta hermenéutica que permita interpretar y aplicar mejor la ley para resolver situaciones complejas derivadas de problemas sobre protección del consumidor sin necesidad de apegarse rigurosamente a su construcción jurisprudencial del consumidor razonable que podría resultar en algunos casos errática¹².

La línea jurisprudencial europea no hace referencia expresa a un determinado concepto de consumidor, pero del sentido de sus fallos se desprende claramente que rechazan un concepto de consumidor acrítico, descuidado e irreflexivo y manejan un concepto de consumidor maduro que actúa siguiendo criterios de racionalidad. Esto es posible en una sociedad como la europea con cierto nivel de cultura estándar sin tremendas diferencias sociales, culturales y económicas como la realidad peruana y latinoamericana, pero aún así si para el juez existe una duda puede innovar su fallo gracias a un dictamen o sondeo de opinión que determine con precisión el carácter lesivo de una falta contra el consumidor a pesar de ser éste un consumidor atento y razonable.

Por otra parte, es innegable que puede haber en el mercado en general; es decir en el círculo de consumidores

destinatarios, algunos que destacan por su nivel de conocimientos y otros particularmente ignorantes. Pero, para los efectos de la aplicación de la ley de protección del consumidor, la de competencia desleal o de publicidad, creemos que lo que se debe buscar es la imagen del consumidor medio, es decir de aquel normalmente informado conforme al medio en que actúa.

Es obvio que tampoco proponemos un prototipo de consumidor desprevenido y poco consciente, porque con ello no se aseguraría la existencia de un mercado transparente, ni se protegería en mayor medida a los consumidores en general, porque un consumidor inconsciente y desprevenido puede impedir que los comerciantes proporcionen un nivel adecuado de información al mercado, quienes disminuirían la cantidad de información por el riesgo de que sus mensajes puedan ser considerados engañosos o también pueden difundir mensajes demasiado permisivos con expresiones técnicas inexactas o incorrectas, lo que podría afectar paradójicamente a aquellos consumidores medios que si resultarían engañados, ya que ellos si están adecuada o medianamente informados para tomar decisiones de consumo.

Si analizamos el mercado con detenimiento veremos que frente al consumidor razonable del INDECOPI hay otros modelos de consumidor establecidos precisamente por los propios consumidores a través de sus asociaciones¹³, como es el caso de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC), que como representante de la propia comunidad organizada en torno a la problemática del consumo, ha realizado un estudio con los consumidores del mercado peruano y ha llegado a establecer algunas diferencias entre ellos, así tenemos:

Consumista: Comprador compulsivo, que no suele planificar sus compras, que casi nunca se informa antes de comprar. Que no compara precios ni calidad, le encantan las promociones y casi nunca reclama.

Este tipo de consumidor lo constituye la mayoría de personas, porque el poblador común difícilmente hace análisis para comparar y generalmente actúa por impulso.

Consumidor Medio: Aquel consumidor que sólo a veces planifica sus compras, pero le gustan las ofertas. Sólo se informa del producto cuando algo le preocupa. No es muy acucioso ni cuidadoso en sus compras, no se fija mucho en los detalles y sólo reclama cuando la cosa es grave.

Las asociaciones le aconsejan siempre actuar con más cuidado en sus compras; porque de ello depende su seguridad y la de su familia.

12 Según la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG), INEI, Sistema Nacional de Estadística, Informativo Quincenal "Cifras", No 19 del 20 Junio de 2002. El nivel de educación alcanzado por los jefes de hogar se encuentra altamente relacionado con el idioma aprendido en su niñez. Del total de jefes de hogar que aprendieron en su niñez el castellano, el 21,4% alcanzó el nivel de educación superior, el 36,8% secundaria, 36,7% primaria y 5,0% ningún nivel. De los que aprendieron el quechua, 6,6% alcanzó el nivel de educación superior, el 25,0% secundaria, el 49,6% primaria y 18,7% no alcanzó ningún nivel de educación. Estas cifras muestran cual es la realidad social del país.

13 Revista Consumo Respeto, ASPEC. Enero-Marzo 2002, p. 23

Este tipo de consumidor tiene un comportamiento regular y actúa en función de las circunstancias

Consumidor Razonable: Aquel que lee las etiquetas, especialmente las fechas de vencimiento. Compara precios y calidades antes de comprar y lee con cuidado los contratos antes de firmarlos.

Reclama si considera que sus derechos han sido violados. Es un buen consumidor, en tanto demuestra un nivel aceptable de cultura de consumo y además entiende la problemática del consumo como algo integral que nutre inclusive el propio sistema de mercado y además promueve que los compradores aprovechemos la información que los proveedores trasladan a la mercado cada vez que publicitan sus ventas.

Consumerista: Aquel consumidor que compra responsablemente, pensando no sólo en su interés sino en su impacto en su familia, la comunidad y su medio ambiente.

Siempre está dispuesto a reclamar cuando los proveedores violan sus derechos o los de otros consumidores. Es un convencido de que el consumidor es el soberano del mercado y tiene un gran poder de influencia mediante su capacidad de compra.

Este es el consumidor ejemplar, podría decirse que es el ideal del consumidor, aunque escaso en la sociedad como la nuestra que por razones económicas generalmente, se orienta a comprar lo más barato. Este tipo de consumidor no se logra de la noche a la mañana, sino que es producto de la evolución del propio mercado en la búsqueda constante por integrar las relaciones de negocio que se establecen entre compradores y vendedores todos los días.

De las definiciones establecidas referidas, se advierte que los propios consumidores han observado que en el mercado peruano opera un tipo de consumidor que no es, exclusivamente, razonable, como lo ha establecido el INDECOPI a través de sus resoluciones, y que por el contrario los distintos tipos de consumidores que encontramos en el mercado se diferencian por el comportamiento que cada uno asume en sus actos de consumo, unos más responsables que otros, actitud que está obviamente relacionada con la heterogeneidad social y cultural de las personas, más aún en nuestro país donde una de las características de su población es precisamente su pluriculturalidad.

El Consumidor Medio

Frente a estas concepciones de consumidor hay otra denominada Consumidor Medio, relevante a efectos de

determinar la deslealtad de las conductas enjuiciadas como engañosas, en materia de consumidor. Este tema ha sido debatido en el Derecho Español a partir de una jurisprudencia del Alto Tribunal Comunitario del 28 de Enero de 1999.

En el Derecho Español tanto en la regulación del engaño en la Ley de Competencia Desleal como en la Ley General de Publicidad se halla ausente una referencia expresa al consumidor medio como consumidor relevante que se ve influenciado negativamente por un mensaje publicitario engañoso. No obstante que el legislador evita cualquier alusión expresa a una noción de consumidor medio, consideramos que si se ha establecido criterios que en vía de interpretación aluden al mismo tema, tan es así que por ejemplo en el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal se expresa "...las personas a las que se dirige o alcanza la difusión de indicaciones, su omisión o cualquier otra práctica que las pueda inducir a error". En el artículo 4 de la Ley General de Publicidad se alude a "los destinatarios del mensaje publicitario que puedan verse afectados en su comportamiento".

Podemos establecer que la normatividad española contra la competencia desleal parte de un concepto de consumidor destinatario como decisivo para la determinación de una conducta engañosa y que no coincide con el concepto de consumidor final, toda vez que alcanza tanto a quienes adquieren los bienes o servicios para su uso o consumo particular como para uso empresarial o profesional. Tampoco coincide con el concepto de consumidor cliente actual o potencial, toda vez que en algunos casos la prestación puede ser adquirida o susceptible de ser adquirida por orden de un prescriptor generalmente perteneciente a un círculo de personas con conocimientos especializados en la materia.

El profesor Felipe Palau Ramírez de la Universitat Pompeu Fabra¹⁴ ha estudiado el tema en sus comentarios jurisprudenciales sobre el tema del consumidor medio o destinatario en materia de publicidad y para entender mejor y graficar el tema expone por ejemplo el caso en que la prestación promocionada consistente en un producto farmacéutico, a pesar de que quien adquiere los bienes sea el enfermo, el que toma la decisión del producto que debe adquirirse es el médico o farmacéutico que los prescribe; o en productos dirigidos a los niños, en cuanto a que normalmente o por lo menos en muchos de los casos los productos son adquiridos por los padres o adultos.

Expresa Palau Ramírez, que no puede desconocerse que la publicidad dirigida a los niños plantea problemas de gran complejidad en atención a las eventuales presiones de éstos sobre los padres por lo que habrá que atenderse en muchos casos al significado que los niños atribuyen a los mensajes publicitarios.

14 PALAU RAMÍREZ, Felipe. El Consumidor Medio y las sondeos de Opinión en la Prohibiciones de Engaño en Derecho Español y Europeo, a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas TJCE del 16 de Julio de 1998 AS. C-210/96; en Actas de Derecho Industrial Tomo XIX, 1998

Cuando hablamos de derechos del consumidor y nos referimos al derecho a la información, lo estamos relacionando con la publicidad, es decir con aquello se difunde, se promueve y se distribuye a través de los medios de comunicación con sutiles técnicas de marketing. En este contexto hablar de consumidor medio es hablar del destinatario del mensaje contenido en un esquema publicitario que se lanza a veces agresivamente al mercado para vender y posesionarse rápidamente en la mente de los consumidores. Es así como la publicidad alcanzará gran difusión, siendo percibida por la mayor parte de la población, todos los potenciales clientes de un producto o un servicio quedan siempre impresionados y motivados por un mensaje publicitario que motive en ellos el acto de consumo, por lo que no es conveniente relativizar en exceso la figura de los consumidores destinatarios.

Por otra, parte es innegable que puede haber en el mercado en general, es decir en el círculo de consumidores destinatarios, algunos que destacan por su nivel de conocimientos y otros particularmente ignorantes, pero para los efectos de la aplicación de la ley de protección del consumidor, la de competencia desleal o de publicidad, creemos que lo que se debe buscar es la imagen del consumidor medio, es decir de aquel normalmente informado.

En el Derecho Europeo contra la Competencia Desleal se han ido forjando los linderos del concepto de consumidor medio a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en un doble ámbito: en el de los conflictos entre la normativa sobre competencia desleal y el principio de libre circulación de mercancías derivado de la interpretación del Derecho comunitario que prohíbe los actos de engaño.

Existen aplicaciones dispares de las prohibiciones de engaño por los órganos jurisdiccionales y administrativos de los diferentes Estados europeos miembros de la Unión. Es cierto que la apreciación de si una conducta induce a error a un consumidor es de carácter fáctico que puede llegarse a conclusiones diferentes debido a diferencias lingüísticas, culturales y sociales entre los Estados miembros, pero no es menos cierto que la madurez y características de los consumidores de la Unión Europea es muy similar.

De ahí que no sean muy compatibles con el Derecho Comunitario. Las decisiones de los órganos jurisdiccionales o administrativos de los países que en forma sistemática afirman la inducción a error del consumidor, puesto que ello delata el manejo de otros

criterios normativos como el parámetro del "consumidor desprevenido". Y de ahí también que desde el punto de vista fáctico y en el caso concreto, el juez nacional pueda tener en cuenta el comportamiento de los consumidores, así como el entorno sociocultural para fundamentar su decisión, como ha hecho el Tribunal de Justicia en el caso "Clinique".¹⁵

Criterios de Razonabilidad

Consideramos que este tema debe analizarse desde el punto de vista de su razonabilidad. Una persona que adquiere un producto y lo usa como insumo para producir otro, está fuera del alcance normativo de la ley, no se considera consumidor a los empresarios o proveedores cuando adquieren bienes o servicios para destinarlos a su actividad económica.

Es razonable desde el punto de vista de la ley, que define claramente qué se entiende por consumidor o usuario para evitar que se incluyan dentro del esquema especial de la ley a categorías de sujetos para los que no está prevista la protección de la misma.

Es razonable pensar que los proveedores o empresarios tienen más y mejor acceso a la información de su vendedor. Usa mejor la información relevante porque se dedica a producir o comercializar bienes o servicios, no le alcanza la asimetría informativa.

Hasta aquí el texto de la ley tiene su lógica y como tal es razonable como ésta ha calificado la categoría jurídica del consumidor, sin embargo si contrastamos el texto de la ley con la realidad y hacemos un razonamiento de la misma encontramos un problema de razonabilidad que genera una falta de certeza de la ley.

En efecto, el uso del bien es importante en la determinación del concepto del consumidor, pero no olvidemos que en una economía precaria como la peruana, mucha gente compra bienes para su uso personal, luego a consecuencia de la crisis opta por destinar los bienes a actividades comerciales, dando con ello un uso mixto a los bienes. Esta es una realidad que no puede ser negada ni discutida y debe confrontarse con la ley, para optar por aquello que mejor proteja el derecho del consumidor.

Este problema de razonabilidad legal constituye una zona gris en la que no es fácil determinar con toda precisión la naturaleza del destino que se da al bien adquirido por una persona, porque el uso mixto es frecuente en nuestra sociedad debido fundamentalmente a que en el núcleo familiar o personal de los individuos, los bienes

¹⁵ Gran trascendencia ha tenido la sentencia recaída en el caso Clinique en el que se declara incompatible con el principio de libre circulación de mercancías una eventual prohibición de comercializar productos cosméticos bajo la denominación Clinique. Las empresas Estee Lauder Cosmetics GmbH y Clinique Laboratoires SNC eran filiales de la empresa norteamericana Estee Lauder la cual comercializaba productos cosméticos en todo el mundo bajo la denominación "Clinique", pero que en Alemania era sustituida por "Linique". Con el fin de reducir gastos de envasado y publicidad generados por la diferencia de la denominación la empresa decidió también distribuir la marca "clinique" en el mercado alemán. Sus empresas filiales fueron demandadas ante los tribunales alemanes por Verband Soziale Wettbewerb por que la denominación "Clinique" podía inducir a los consumidores a error haciéndoles creer que los productos cosméticos poseían propiedades terapéuticas. Llegado el caso al Tribunal éste estableció que no existía interés general que justificara la restricción al principio de la libre circulación de mercancías y que no era necesaria la prohibición de utilizar la denominación "clinique" para satisfacer las exigencias de la protección de los consumidores o de la salud de las personas. Se expuso también que la connotación hospitalaria o médica del término "Clinique" no bastaba para dotar a la apelación de un efecto engañoso que pueda justificar su prohibición.

son empleados indistintamente por las personas para su uso o disfrute personal o familiar y para desarrollar actividad comercial. Que pasa por ejemplo con las personas que compran un auto y eventualmente lo usan para trabajar como taxi, o con las amas de casa que usan una cocina o su horno no solo para su uso doméstico sino también para hacer alguna actividad extra de cocina o repostería.

Esta situación genera falta de certeza de la ley, porque cómo se va a definir si el ámbito de la tutela del Decreto Legislativo 716 puede extenderse a los problemas derivados del uso mixto. ¿Qué tratamiento se dará a este tipo de relaciones de consumo?

Es necesario realizar una clara diferenciación entre aquello que se adquiere como parte del proceso productivo o comercial de una persona jurídica y aquello que se adquiere para un uso doméstico que no constituye insumo o no se incorpora en su producto final o en su objeto mismo del negocio. En estos casos, lo que hay que analizar es cual es el sentido de la norma y hacer una interpretación teleológica, porque lo que pretende la norma es que quienes compran un bien o toman un servicio tengan la garantía de calidad y reciban en óptimas condiciones aquello por lo que han pagado, esta es una garantía para el mercado mismo.

En caso de presentarse un uso mixto, cómo se determinará el destino principal o accesorio del bien o

servicio adquirido? Sería una situación de indefensión? Creemos que la respuesta se daría a partir de una interpretación extensiva de la ley, no por la vía de la Escuela Exegética, sino por la Escuela Constructivista que permita reelaborar un nuevo concepto a partir de los estudios doctrinarios sobre la materia o a partir de la propia experiencia del órgano tutelar de la Protección del Consumidor que promueva una revisión de la ley o una interpretación e integración jurídica que facilite la superación de las limitaciones de la ley, partiendo del principio PRO CONSUMIDOR que es hoy una pauta hermenéutica de gran valor en materia de protección al consumidor.

Finalmente, creemos que es materia de protección del consumidor es preciso crear imágenes y motivaciones nuevas y renovadoras en la sociedad para resolver los conflictos de consumo pensando en paradigmas diferentes, romper el esquemas y coadyuvar al proceso de renovación del Derecho como herramienta de solución de conflictos en la búsqueda de la paz social y al INDECOPI le corresponde la tarea de promover una cultura distinta de solucionar los conflictos de manera eficiente y eficaz, sin restricciones de los derechos de las personas por una mala interpretación de la ley, porque aunque se trate de resoluciones administrativas, hay que tener en cuenta que un conflicto de derechos del consumidor, es un conflicto de relevancia constitucional, ya que están en juego prerrogativas ciudadanas de la persona vinculadas a la eventual violación de derechos fundamentales 