

Nº 44 - FEBRERO 2012
AÑO 4

Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia

RAE

JURISPRUDENCIA

CONTENIDO ESPECIAL

“Eliminación del CAS” Proyecto de Ley que acaba con el Contrato Administrativo de Servicios

ENTREVISTA

Ley de Justicia de Paz
Fernando Meza Farfán

El Crédito en Garantía

La oposición contra el concesorio de una medida cautelar

El derecho de participación política y el voto facultativo en el Perú

El *NE BIS IDEM* Administrativo. Análisis sobre la sentencia recaída en el Expediente No. 2050-2002-AA/TC

Datos de prueba de productos farmacéuticos: Análisis de la legislación local y tratados aplicables

La comercialización de productos de tecnología médica en el MERCOSUR

La responsabilidad penal de los ejecutores coactivos

Quiebre de la buena fe laboral

El Registro de Marca

El derecho del consumidor a la seguridad

Algunas consideraciones en torno al concepto aduanero y tributario de exportación

La “Ciudadanía Laboral Andina”: Derechos laborales fundamentales reconocidos por la Comunidad Andina

Director

Giovanni Priori Posada

Directora Ejecutiva

Sociré Del Castillo Albújar

Comité Consultivo Internacional

José Antonio Álvarez Caperochipi

Atilio Aníbal Alterini

Jesús Cruz Villalón

Comité Consultivo Nacional

Fernando Cantuarias Salaverry

Mario Castillo Freyre

Jorge Danós Ordóñez

Gonzalo García Calderón

César Gonzalez Hunt

César Fernández Arce

César Landa Arroyo

Juan Monroy Gálvez

Felipe Osterling Parodi

José Antonio Payet Puccio

Jorge Santistevan de Noriega

José Luis Sardón de Taboada

Fernando de Trazegnies Granda



EL DERECHO DEL CONSUMIDOR A LA SEGURIDAD

Daniel ECHAIZ MORENO^(*) 

SUMARIO

I. La norma específica como punto de partida; II. El consumidor y la importancia de su protección; III. El Régimen Constitucional Económico y la protección al consumidor, sin paternalismo; IV. El Gobierno Corporativo y la responsabilidad social corporativa como nuevos referentes para la actuación de las empresas; V. La información a favor del consumidor como medio idóneo para su protección eficaz; VI. La protección eficaz respecto a productos o servicios riesgosos o peligrosos; VII. Conclusiones.

RESEÑA

“La importancia de la protección del consumidor reposa en dos claras razones: por un lado, la superación de la antigua dicotomía “parte fuerte/ parte débil” en la contratación y, por otro, el reconocimiento de la asimetría informativa en la relación de consumo”.

(*) Magister en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado summa cum laude por la Universidad de Lima. Catedrático de las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad ESAN, Universidad San Ignacio de Loyola y de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio fundador de Echaiz Estudio Jurídico Empresarial. Miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil.

COMENTARIO

I. LA NORMA ESPECÍFICA COMO PUNTO DE PARTIDA

El Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571) establece en su artículo 1, inciso 1.1, acápites a):

“Artículo 1. Derechos de los consumidores.-

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

a. Derecho a una protección eficaz respecto de los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física.”

II. EL CONSUMIDOR Y LA IMPORTANCIA DE SU PROTECCIÓN

El 15 de marzo de 1962 el entonces presidente de Estados Unidos John Fitzgerald Kennedy pronunció un célebre discurso ante el Congreso de su país donde dijo: “Ser consumidor, por definición, nos incluye a todos... Somos el grupo económico más grande en el mercado, que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas... pero es el único grupo importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados”. Ahí nació la protección del consumidor que luego se legisló e institucionalizó, primero en Estados Unidos, posteriormente en Europa y finalmente en América Latina, llegando al Perú en 1991 con la dación de la primera Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N° 716) y en 1992 con la creación de la Comisión de Protección al Consumidor dentro de la estructura orgánica del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Se trataba pues de reconocer que, en la relación de consumo (plasmada a través de la contratación), ciertamente las partes intervinientes difieren una de la otra, más no porque una sea “la parte fuerte” y, la otra, “la parte débil”, como antaño se sostenía, sino porque una cuenta con más y/o mejor información que la otra, lo que conlleva al principio de asimetría informativa. Entonces el Estado debe asumir un rol tuitivo y para ello establece el sistema de protección al consumidor que, por cierto, no protege al consumidor per se, sino stricto sensu al consumidor final (precedente de observancia obligatoria, contenido en la Resolución N° 101-96-TDC, en el caso Cheenyi vs. Konica), el cual podría ser incluso una persona jurídica (precedente de observancia obligatoria, contenido en la Resolución N° 422-2003-TDC, en el caso Moquillaza vs. Milne).

Antes de la corriente pro-consumidor (que empezó notoriamente en 1962) el mercado era distinto pues la empresa se mostraba como una insaciable máquina lucrativa, el empresario era el único a quien podía importarle el destino de la empresa, la información era un privilegio de los socios mayoritarios, sólo existían las grandes empresas y los monopolios se adueñaban íntegramente de los sectores económicos más rentables. Todo ello se traducía en el mundo del Derecho donde las relaciones económicas se plasmaban en un vetusto Derecho Comercial que sólo miraba a los comerciantes o a los actos de comercio. Pero todo eso fue hace más de 50 años y desde entonces todo cambió. Hoy en día la empresa es el motor de la sociedad contemporánea, actúa con responsabilidad social corporativa, atiende a sus diversos grupos de interés, incorpora política de gobierno corporativo, convive con pequeñas y medianas empresas y se somete al marco regulatorio de la libre competencia.

El Derecho entonces también cambió. Ya no es el otrora Derecho Comercial; hoy estamos ante el Derecho Empresarial que reconoce a la empresa como un fenómeno socio-económico complejo (no inventado por abogados) en cuyo alrededor encontramos diversos grupos de interés: el inversionista mayoritario, el inversionista minoritario, el trabajador, el acreedor, el consumidor, el Estado y la comunidad, entre otros. A todos les conviene el éxito de la empresa, aunque por diversas razones; así, por ejemplo, al inversionista minoritario para maximizar la rentabilidad de su inversión, al consumidor para gozar de productos de calidad y al Estado para recaudar mayores ingresos por Impuesto a la Renta. Por consiguiente, la tarea actual del Derecho Empresarial es lograr una regulación jurídica integral; no una simple regulación jurídica porque eso ya se consiguió: si enfocamos la relación empresa-trabajador tenemos el Derecho Laboral y si hacemos lo propio con la relación empresa-acreedor tenemos el Derecho Concursal. Eso ya existe.

El reto hoy en día es conseguir una regulación jurídica **integral**, es decir, enfocar con realismo a la empresa y atender, a la vez, a todos los grupos de interés: ninguno es más importante que otro pues **todos** son necesarios. ¿Qué hace una empresa sin inversionistas que se arriesguen por ella?, ¿o con trabajadores insatisfechos que van a la huelga?, ¿o con consumidores que organizan un boicot en el mercado? La tarea es ardua pero es lo que corresponde en la actualidad. En ese orden de ideas tiene que alinearse el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571), sin pretender una protección única, exclusiva, excluyente e irracional del consumidor, como si fuese el único grupo de interés y creyendo que la empresa es un ogro malvado, abusivo y despiadado; no se trata pues de ser exagerados: ni un mercado sin regulaciones (que devenga en anarquía) ni un mercado con regulaciones excesivas (que asfixie a todos). Se requiere un

mercado con regulaciones adecuadas y razonables; por lo demás, este es el sustento de una economía social de mercado, siendo éste el régimen económico consagrado en la Constitución Política del Perú.

En suma, la importancia de la protección del consumidor reposa en dos claras razones: por un lado, la superación de la antigua dicotomía “parte fuerte/parte débil” en la contratación y, por otro, el reconocimiento de la asimetría informativa en la relación de consumo.

III. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL ECONÓMICO Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, SIN PATERNALISMO

La Constitución Política del Perú dedica el Título III al Régimen Económico y empieza con el Capítulo I avocado a los Principios Generales, dentro de los cuales se ubica el artículo 65 que, a la letra, estipula:

“Artículo 65.-

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.”

Atendiendo a su carácter constitucional, la norma transcrita constituye la norma matriz respecto a la regulación normativa de la protección al consumidor en el Perú. De ella se derivan tres funciones básicas del Estado, cuales son las siguientes:

a) El Estado asume un rol defensor respecto al interés de los consumidores y los usuarios, aunque en realidad debería ser un rol tuitivo, es decir, protector, en virtud del actual modelo económico (la economía social de mercado) que otorga al Estado la tarea regulatoria, más no intervencionista, en la economía.

b) El Estado garantiza el derecho a la información que deberán ofrecer los proveedores sobre los bienes y los servicios que se encuentran en el mercado a disposición de los consumidores y los usuarios, precisamente para contrarrestar (en parte) la natural asimetría informativa.

c) El Estado vela particularmente por la salud y la seguridad de la población, al estimar que se trata de dos bienes jurídicos de especial relevancia, por lo que merecen una mayor tutela estatal.

Todo lo anterior podríamos vincularlo sosteniendo que el Estado procura la protección del consumidor y, para tal cometido, garantiza que el proveedor le dará información al consumidor, siendo especialmente trascendente cuando la relación de consumo involucra la salud y/o la seguridad del consumidor o usuario. En palabras de Alfredo Quispe Correa: "La empresa, como se sabe, busca utilidad. El consumidor, se supone, busca calidad y precio. De esa relación asimétrica entre la empresa y el consumidor, la ventaja marcha al lado de la empresa: tiene mayor capacidad económica para influir en la decisión del usuario o consumidor, lo que realiza a través de la publicidad y la propaganda, estudio de mercado, experiencias de laboratorio, etc. El usuario o consumidor se encuentra indefenso ante una campaña agresiva a favor de un producto, por lo que el Estado, o la asociación de consumidores, o quienes están encargados de proteger los llamados intereses difusos, deben intervenir para equilibrar la presión que se ejerce"⁽¹⁾.

Sin embargo, no confundamos lo expuesto en las líneas precedentes con el paternalismo

que "es la tendencia a aplicar las formas de autoridad y protección propias del padre en la familia tradicional a relaciones sociales de otro tipo, como políticas..."⁽²⁾. Como bien explica Victorhugo Montoya Chávez: "... no solamente se requiere una orientación de las actividades económicas necesarias para el desarrollo real del país, sino también, en algunos casos, es imprescindible una intervención vigilante y controladora por parte del Estado"⁽³⁾. En ese sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC cuando refiere que las políticas públicas que se realicen como expresión de obligaciones concretas para garantizar los derechos de las personas importa que tanto el Estado como la comunidad, a través de un deber de solidaridad, deban intentar conseguir aquellos bienes que les permitan el goce efectivo de sus derechos económicos. Esta regulación legal no tiene que ser paternalista sino promotora de la actuación del consumidor diligente, informado y razonable.

Así, para Victorhugo Montoya Chávez "es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario (artículo 65 de la Constitución) es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado, y es así como surge la función reguladora que debe cumplir. El control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica son consideradas como conductas a ser

(1) Quispe Correa, Alfredo. *La Constitución Económica*. Lima, MaxiGraphica Impresores, 2007, segunda edición, Pp. 111 y 112.

(2) Cfr. Vega Castro-Sayán, Diego. "Responsabilidad social empresarial, paternalismo y legislación". En: *Constitución, Economía y Empresa en el Perú*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, abril del 2010, Pp. 180 y 181.

(3) Montoya Chávez, Victorhugo. "Principios rectores de la Constitución Económica". En: *Revista Foro Jurídico*. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, marzo del 2009, Año IX, N° 9, Pp. 164.

asumidas por los organismos reguladores, ya sea mediante acciones ex ante (regulaciones previas) como ex post (sanciones disuasivas para el infractor como para los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano)⁽⁴⁾. Véase, entonces, que el actual régimen constitucional económico tiende a la protección del consumidor, sin que ello suponga una actuación paternalista, que lejos de ser beneficiosa, termina siendo contraproducente para todos quienes de una u otra manera están involucrados en el mercado.

IV. EL GOBIERNO CORPORATIVO Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA COMO NUEVOS REFERENTES PARA LA ACTUACIÓN DE LAS EMPRESAS

La doctrina anglosajona desarrolló en época reciente una nueva institución jurídica, denominada *corporate governance*, que ha arribado al mundo romano-germánico bajo el nombre de gobierno corporativo, también conocido como gobernanza empresarial, buen gobierno corporativo, gobierno de las sociedades, etc. Se trata de un sistema dentro de la sociedad empresarial que incluye procedimientos, actividades (prácticas) e instituciones (normas) en cuanto a la relación entre los accionistas de la sociedad (titulares) y su administración (directorio y gerencia)⁽⁵⁾. En la medida de lo posible se procura evitar la concentración de la propiedad y la administración de la empresa en las mismas manos, en aras de la transparencia de la marcha

empresarial en el mercado. Especial atención merece la vinculación del gobierno corporativo con las relaciones de agencia porque aquel pretende superar los costos asociados a la agencia (costo directo, costo de supervisión y monitoreo, costo de información y costo de garantía) que van más allá de la sola reducción de los costos de transacción (ocasionados por la agencia).

La teoría del gobierno corporativo también vincula a las empresas con la ética, lo que acaso se creía incongruente hace algunos años. Ante la pregunta ¿existe alguna relación entre el buen gobierno corporativo y la ética empresarial? Julio Salas Sánchez responde: "Sí, la decisión de aplicar los principios de gobierno corporativo tiene que significar que la empresa está dispuesta a crear en ella una cultura de buen gobierno corporativo, decisión que, por esencia, conlleva una actuación ética, responsable, transparente, con todo lo que esas experiencias significan. Esa decisión no puede ser solamente una fachada. Tiene que ser el sustento real de desarrollar la señalada cultura de buen gobierno corporativo"⁽⁶⁾. En este devenir, la ética empresarial nos lleva a su vez hacia la responsabilidad social corporativa, la misma que supone que la empresa asuma el rol social que le corresponde en relación a su entorno y respecto a los stakeholders o grupos de interés, tales como los inversionistas, los trabajadores, los consumidores y usuarios, los acreedores, el Estado, la comunidad, etc., lo cual está vinculado estrechamente al régimen constitucional económico de la economía social de mercado⁽⁷⁾.

(4) Montoya Chávez, Víctorhugo. "Principios rectores de la Constitución Económica", obra citada, Pp. 165.

(5) Cfr. Martínez-Ortiz, Juan José. "El gobierno corporativo en el Perú: contribución para enfocar el concepto". En: Revista de Economía y Derecho. Lima, Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, N° 14, Pp. 42.

(6) Salas Sánchez, Julio. "Gobierno corporativo" (entrevista). En: Revista *IurisConsulto*. Lima, Carrera de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola, diciembre del 2008, Año I, N° 1, Pp. 348.

(7) Al respecto, Luis Gallegos Molina sostiene: "La responsabilidad social empresarial se constituye en el concepto que pretende comprender el sentido y las acciones de reencuentro e integración del empresario y de la empresa con su entorno". Cfr. Gallegos Molina, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial*. Lima, Instituto de Estudios Social Cristianos y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, noviembre del 2010, Pp. 98.

Juan Pedro Sulbarán explica que la responsabilidad social corporativa se compone de cuatro categorías, cuales son las siguientes: la responsabilidad económica (generar utilidades con eficiencia), la responsabilidad legal (respetar las normas y las regulaciones), la responsabilidad ética (actuar más allá de lo estrictamente exigido por las normas) y la responsabilidad filantrópica (contribuir al bienestar de la comunidad)⁽⁸⁾. Si bien existen varios actores involucrados en la gestión del modelo de responsabilidad social corporativa, para María Laura Estigarribia Bieber el consumidor cumple un rol esencial pues “además de conocer y exigir sus derechos, debe tener presente que él también tiene una responsabilidad social y considerar el impacto que su conducta tiene en las relaciones de mercado”⁽⁹⁾. No le falta razón a la citada autora, más aún cuando para la Comisión Europea “la responsabilidad social empresarial ha evolucionado, en parte, como respuesta a las expectativas y demandas de los consumidores”⁽¹⁰⁾. Hoy en día el consumidor es un consumidor responsable: informado de sus derechos y consciente de sus hábitos de consumo⁽¹¹⁾.

La responsabilidad social corporativa ha desarrollado diversos criterios para ilustrar

la acción social de la empresa, siendo uno de ellos la acción compensatoria, la cual se refiere a las iniciativas de la empresa que buscan revertir los efectos perjudiciales que su actividad ocasiona respecto al medio ambiente; es decir, se compensa (de ahí el nombre de acción compensatoria) parte de la contaminación ambiental (que se juzga necesaria, atendiendo a las propias circunstancias de la industria), buscándose el lado positivo a algo que per se es negativo⁽¹²⁾. Hacemos referencia a la acción compensatoria porque nos ayuda a entender –mediante una interpretación extensiva– que hay circunstancias, actividades y hasta productos y servicios que, siendo peligrosos o riesgosos, son (cuando menos hoy en día) necesarios o, incluso, inevitables, de ahí que el Derecho no pueda prohibirlos, más sí puede exigir que se informe adecuadamente el peligro o el riesgo que conllevan. Esa información ofrecida por la empresa (más allá que responda a una exigencia estrictamente legal) puede entenderse como parte de su responsabilidad social corporativa, brindándole “un valor agregado a la misma, convirtiéndola en un modelo para empresas idóneas en un mercado con mayores valores y que premia cada

- (8) Sulbarán, Juan Pedro. “El concepto de responsabilidad social de la empresa”. En: Revista Economía. Caracas, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de los Andes, febrero del 2007, N° 10, Pp. 232 a 234. En similar sentido encontramos la doctrina del corporate social performance que procura que la empresa “no sólo se mantenga saludable en términos financieros sino que trata de que se disminuyan los costos sociales y ambientales ligados con su desempeño”. Cfr. León Untiveros, Miguel Ángel. “La responsabilidad social corporativa en el Perú. Realidad versus discurso”. En: Revista Foro Jurídico. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre del 2010, N° 11, Pp. 297.
- (9) Estigarribia Bieber, María Laura. “La responsabilidad social. Un compromiso que debe ser asumido por partida doble: empresa y consumidor”. En: Revista Lex. Lima, Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, 2009, Año VII, N° 6, Pp. 163.
- (10) Cfr. Informe de la Comisión Europea 2002, 347 final, Pp. 24.
- (11) En palabras de Carolina De Trazegnies: “La idea no es tener una norma proteccionista que hace la función de «papá del consumidor» y que hace el trabajo por todos. Considero que debe haber un rol activo del consumidor en cuidar y proteger sus derechos”. Cfr. De Trazegnies, Carolina. “Sobre la publicación del Código de Protección y Defensa del Consumidor: perspectivas y análisis” (entrevista). En: Revista Foro Jurídico. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre del 2010, N° 11, Pp. 335.
- (12) Para mayores referencias cfr. Echaiz Moreno, Daniel. “La responsabilidad social corporativa para la protección de los stakeholders”. En: Instituciones de Derecho Empresarial. Lima, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación (APECC), septiembre del 2010, Pp. 612 a 618.

vez más este esfuerzo⁽¹³⁾; en palabras de Diego Vega Castro-Sayán, “la voluntariedad de las empresas que decidan trabajar en responsabilidad social empresarial no puede verse alterada por una legislación que eleve costos y altere la economía⁽¹⁴⁾”.

V. LA INFORMACIÓN A FAVOR DEL CONSUMIDOR COMO MEDIO IDÓNEO PARA SU PROTECCIÓN EFICAZ

Alicia Ferrer Montenegro anota que “la relación de consumo refiere a una relación jurídica entre dos sujetos –consumidor y proveedor– que los vincula en calidad de deudor-acreedor⁽¹⁵⁾. El detalle está en que dicha relación es, por su propia naturaleza, asimétrica puesto que usualmente el proveedor cuenta con mayor y/o mejor información que el consumidor. Carlos Alberto Montaner nos recuerda que “la lucha por la igualdad ante la ley, consagrada en todos los textos legales desde las revoluciones liberales del siglo XVIII, se ha ido depurando y refinando, y hoy, tácitamente, incluye también el derecho que tiene el consumidor a ser tratado con equidad, y sin sufrir el agravio comparativo de que otra persona posea privilegios que a él le son negados⁽¹⁶⁾. En sintonía con ese ánimo modernizado de igualdad ante la ley y en aras de superar la asimetría informativa, la legislación contemporánea ensalza la información a favor del consumidor como un mecanismo idóneo para su protección eficaz.

Actualmente, la información es pues un derecho consustancial al consumidor y así lo

entiende nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor cuando en su artículo 1.1 inciso b) regula el “derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”. La norma anteriormente referida no hace más que reiterar el criterio expuesto en la jurisprudencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), tal como puede apreciarse en la Resolución N° 72-97-TDC según la cual los proveedores tienen “la obligación de consignar de manera veraz toda la información relevante sobre los productos y servicios ofertados”, así como en la Resolución N° 102-97-TDC donde se sostiene que “para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes”.

La revaloración del consumidor hace posible que éste haya ganado, cuando menos, un derecho mínimo, cual es la información: oportuna, suficiente, veraz y accesible. Aquí conviene traer a colación las declaraciones que, en alguna oportunidad, diera Gastón Acurio: “Nosotros entendimos hace tiempo, como cocineros, que

(13) Cfr. Morales Acosta, Alonso. Responsabilidad social y buen gobierno corporativo. Lima, Asesorandina Publicaciones, febrero del 2011, Pp. 69.

(14) Vega Castro-Sayán, Diego. “Responsabilidad social empresarial, paternalismo y legislación”, obra citada, Pp. 187.

(15) Ferrer Montenegro, Alicia. “El consumidor, su endeudamiento y la insuficiencia legal de su protección”. En: Revista de Derecho Comercial. Montevideo, Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, 2010, Tercera Época, N° 3, Pp. 233.

(16) Montaner, Carlos Alberto. “El comercio libre, los precios y los derechos de los consumidores”. En: Revista de Economía y Derecho. Lima, Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2004, Pp. 9.

un restaurante no es solo su cocina. Es sobre todo una experiencia. Todo tiene que significar, decir y transmitir emociones. Servicio, comida, discurso, ambiente, valor, son variables igual de importantes. Lo más importante es ser coherente⁽¹⁷⁾. Ante ello subrayamos que para significar, decir y transmitir es fundamental la información. En otro contexto, Steve Ballmer, presidente ejecutivo de Microsoft, anunció el 6 de junio del 2002 que el nuevo objetivo de la corporación era la excelencia, siendo uno de los pilares la excelencia en cada punto de la relación con sus clientes, lo cual supondría información de calidad⁽¹⁸⁾ porque, como solía decir Walt Disney, “en Disneyland, los visitantes son nuestros invitados”⁽¹⁹⁾. El proveedor que realmente quiera calificar para tal título deberá procurar que el consumidor tenga a su disposición la correspondiente información; no se trata de tener a un consumidor a ciegas (y retenerlo mientras permanezca así) porque esa será una falsa percepción, tan irreal como efímera, insostenible en el tiempo.

En este orden de ideas, la información “puede ser conceptualizada como un bien, en cuanto tiene un valor económico determinado por las circunstancias y por la utilidad que tiene para

los particulares”⁽²⁰⁾, de modo tal que “el deber de información debe ser entendido como el derecho de los consumidores a recibir de los proveedores toda la información oportuna y necesaria a efectos de tomar una decisión adecuada en la adquisición de productos o prestación de servicios”⁽²¹⁾. Atendiendo a los Lineamientos 2006 de la Ley de Protección al Consumidor, la información antes aludida debe entenderse como la información relevante: “Existe cierta información mínima que, por su relevancia para efectos que el consumidor tome su decisión de consumo, debe ser puesta en conocimiento del consumidor”⁽²²⁾. Empero hay veces en que la simple información no es suficiente para conseguir la protección eficaz⁽²³⁾ del consumidor, lo cual se presenta especialmente tratándose de productos o servicios riesgosos o peligrosos.

VI. LA PROTECCIÓN EFICAZ RESPECTO A PRODUCTOS O SERVICIOS RIESGOSOS O PELIGROSOS

La norma glosada establece como uno de los derechos mínimos del consumidor el derecho a la seguridad que se manifiesta como la “protección eficaz respecto de los productos o servicios que, en condiciones normales o previsibles, re-

- (17) Cfr. Luque, Julio. Gastón Acurio. La marca del movimiento gastronómico peruano. Lima, Empresa Editora El Comercio, 2010, Pp. 57.
- (18) Cfr. Slater, Robert. El relanzamiento de Microsoft. Cómo reinventaron su empresa Bill Gates y Steve Ballmer. Barcelona, Ediciones Deusto, 2007, Pp. 200.
- (19) Cfr. Capodagli, Bill y Jackson, Lynn. La gestión al estilo Disney. Cómo aplicarla a su empresa. Barcelona, Ediciones Deusto, 2007, Pp. 71.
- (20) Cfr. Bullard Gonzales, Alfredo. La asimetría de información en la contratación, a propósito del dolo omisivo. Lima, Palestra Editores, 2000, Pp. 292.
- (21) Cfr. Salas Valderrama, Rodolfo Alejandro. “Algunos apuntes y reflexiones sobre la tutela de los derechos de los consumidores y la asimetría informativa en el mercado”. En: Revista Foro Jurídico. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre del 2010, N° 11, Pp. 188.
- (22) Lineamientos 2006 de la Ley de Protección al Consumidor, aprobados mediante Resolución N° 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI, de fecha 30 de noviembre del 2006.
- (23) Felizmente el legislador se interesa por la “protección eficaz” del consumidor, que debiera ser igualmente importante para la autoridad cuando resuelve el conflicto. Como acertadamente sostiene Sergio Huidobro Corbett, “es necesario que los jueces realicen algún estudio económico que les permita acercar a las partes a soluciones más rápidas y eficaces, mediante proposiciones económicas, eficientes y atractivas”. Cfr. Huidobro Corbett, Sergio. “Justicia y economía”. En: Revista de Derecho de la Empresa. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez y Editorial Legis, octubre-diciembre del 2005, N° 4, Pp. 25.

presenten riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física”. Algunos autores confunden el alcance de la referida norma al considerar que procura prevenir “todo peligro que pueda causar el consumo de un producto mal fabricado o de un servicio mal realizado”⁽²⁴⁾ o que “los proveedores deben tomar las medidas de seguridad, mínimas y previsibles, para reducir los riesgos que puedan perjudicar a los consumidores en las transacciones comerciales que tengan y que puedan repercutir en su salud, seguridad y/o integridad física”⁽²⁵⁾. No es éste el sentido del artículo sub-examine: hay que ir más allá y enten-

derlo aplicable a los productos y servicios que, por sí mismos, son riesgosos o peligrosos, sin tener que llegar al extremo que su fabricación o prestación hayan sido mal realizadas, ni tener que incidir en el deber mínimo de diligencia esperada del proveedor.

Resulta preciso efectuar un análisis comparativo del derecho a la seguridad en cuanto a los textos contenidos tanto en la anterior como en la vigente legislación de la materia, los cuales podrán apreciarse claramente en el siguiente cuadro:

Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor	Código de Protección y Defensa del Consumidor
Decreto Supremo N° 006-2009-PCM	Ley N° 29571
Norma derogada	Norma vigente
<p>Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:</p> <p>a) Derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física.</p>	<p>Artículo 1. Derechos de los consumidores.- 1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:</p> <p>a) Derecho a una protección eficaz respecto de los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física.</p>

Del contraste de ambos dispositivos jurídicos se aprecian nítidamente sólo tres cambios: primero, se reemplaza “contra los productos y servicios” por “respecto de los productos y servicios”, lo que denota una mejor redacción; segundo, se agrega “la vida” como bien jurídico tutelado, lo cual también es pertinente porque se aludían a bienes jurídicos menores (la salud y la seguridad física), dejándose de lado un bien jurídico de mayor relevancia (la vida); y, tercero, se reemplaza la “seguridad física” por la “integridad física”, lo que es concordante con el derecho funda-

mental de la persona consagrado en la Constitución Política del Perú.

Asentados en la normatividad vigente tenemos que, desmenuzando el citado texto, caben hasta 24 casos, si es que trabajamos con cuatro criterios de clasificación: ofrecimiento, que comprende productos (Prod.) y servicios (Serv.); condiciones, que pueden ser normales (Norm.) y previsibles (Prev.); potencialidad, que abarca riesgo (Riesg.) y peligro (Pelig.); y afectación, que subsume vida (Vida), salud (Salud) e integridad física (Integ.), tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

(24) Cfr. Carbonell O'Brien, Esteban. Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor. Lima, Jurista Editores, octubre del 2010, Pp. 87.

(25) Cfr. Salas Valderrama, Rodolfo Alejandro. “Algunos apuntes y reflexiones sobre la tutela de los derechos de los consumidores y la asimetría informativa en el mercado”, obra citada, Pp. 186.

Nº	Ofrecimiento		Condiciones		Potencialidad		Afectación		
	Prod.	Serv.	Norm.	Prev.	Riesg.	Pelig.	Vida	Salud	Integ.
1	x		x		x		x		
2	x		x		x			x	
3	x		x		x				x
4	x		x			x	x		
5	x		x			x		x	
6	x		x			x			x
7	x			x	x		x		
8	x			x	x			x	
9	x			x	x				x
10	x			x		x	x		
11	x			x		x		x	
12	x			x		x			x
13		x	x		x		x		
14		x	x		x			x	
15		x	x		x				x
16		x	x			x	x		
17		x	x			x		x	
18		x	x			x			x
19		x		x	x		x		
20		x		x	x			x	
21		x		x	x				x
22		x		x		x	x		
23		x		x		x		x	
24		x		x		x			x

O lo que es lo mismo:

a) Productos que, en condiciones normales, representen riesgo para la vida.

b) Productos que, en condiciones normales, representen riesgo para la salud.

c) Productos que, en condiciones normales, representen riesgo para la integridad física.

d) Productos que, en condiciones normales, representen peligro para la vida.

e) Productos que, en condiciones normales, representen peligro para la salud.

f) Productos que, en condiciones normales, representen peligro para la integridad física.

g) Productos que, en condiciones previsibles, representen riesgo para la vida.

h) Productos que, en condiciones previsibles, representen riesgo para la salud.

i) Productos que, en condiciones previsibles, representen riesgo para la integridad física.

j) Productos que, en condiciones previsibles, representen peligro para la vida.

- k) Productos que, en condiciones previsibles, representen peligro para la salud.
- l) Productos que, en condiciones previsibles, representen peligro para la integridad física.
- m) Servicios que, en condiciones normales, representen riesgo para la vida.
- n) Servicios que, en condiciones normales, representen riesgo para la salud.
- o) Servicios que, en condiciones normales, representen riesgo para la integridad física.
- p) Servicios que, en condiciones normales, representen peligro para la vida.
- q) Servicios que, en condiciones normales, representen peligro para la salud.
- r) Servicios que, en condiciones normales, representen peligro para la integridad física.
- s) Servicios que, en condiciones previsibles, representen riesgo para la vida.
- t) Servicios que, en condiciones previsibles, representen riesgo para la salud.
- u) Servicios que, en condiciones previsibles, representen riesgo para la integridad física.
- v) Servicios que, en condiciones previsibles, representen peligro para la vida.
- w) Servicios que, en condiciones previsibles, representen peligro para la salud.
- x) Servicios que, en condiciones previsibles, representen peligro para la integridad física.

En el tema materia de análisis hay un precedente de observancia obligatoria, contenido en la Resolución N° 095-96-TDC recaída en el Expediente N° 202-96-CPC y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de diciembre de 1996, en los siguientes términos:

“La razonabilidad de una advertencia, sea que esté referida a los riesgos y peligros que nor-

malmente tienen ciertos productos (es decir, las advertencias a las que alude el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 716) o que esté referida a los riesgos y peligros no previstos que se detecten con posterioridad a la colocación de los productos en el mercado (es decir, la obligación de advertir al consumidor, contenida en la última parte del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 716) debe ser analizada en relación a los siguientes elementos básicos:

- a) La advertencia debe ser difundida con la debida celeridad. Se deben difundir las advertencias en un plazo prudencial de acuerdo con la gravedad del riesgo o peligro involucrado. Esto implica que, tratándose de un grave daño a la salud de los consumidores, las advertencias deben ser difundidas de inmediato, apenas existan indicios razonables para suponer la existencia del peligro.
- b) El uso de un encabezamiento o señal de advertencia adecuados al riesgo o peligro que se advierte. El «título» con el que pretende llamar la atención del consumidor debe ser adecuado para que, sin alarmar innecesariamente, llame la atención lo suficientemente en relación a la magnitud del riesgo al segmento de la población afectada que busca advertirse y permita a los interesados identificar la importancia de la advertencia para ello.
- c) El tamaño y frecuencia de la advertencia deben ser adecuados. Las dimensiones de la advertencia y la frecuencia con las que se hace (en el caso que la advertencia se haga por medios de comunicación) deben permitir razonablemente que se llegue a la mayoría de los consumidores afectados.
- d) Se debe especificar la naturaleza del riesgo o peligro que se advierte. Esto implica señalar si estamos, por ejemplo, frente a un riesgo a la salud, o a la propiedad del consumidor, o simplemente puede implicar la pérdida del producto adquirido. Por ejemplo, si un producto es tóxi-

co si se bebe o dañino si se aplica sobre los ojos, debe indicarse tales efectos.

e) Debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor razonable. Debe por tanto descartarse el uso de lenguaje excesivamente técnico o científico, utilizándose por el contrario términos que permitan al consumidor entender cuáles son los riesgos o peligros que se le advierten.

f) Se debe describir el nivel de incertidumbre que rodea al riesgo o peligro previsible. Si el riesgo es solo potencial o no se tiene certeza absoluta del mismo, puede indicarse ello en el aviso, pudiendo en estos casos usarse expresiones condicionales. Por el contrario, si se trata de un riesgo cierto y preciso, debe utilizarse un lenguaje que de a entender ello al consumidor.

g) Deben explicarse las medidas que se deben adoptar para evitar el riesgo o para mitigar los efectos que pudieran producirse. La advertencia debe, de ser posible, señalar cómo corregir estos problemas de una manera clara y sencilla.”

Este precedente de observancia obligatoria (pronunciado a propósito de un caso que, en verdad, se refirió a un riesgo injustificado⁽²⁶⁾) está actualmente recogido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el Capítulo IV (Salud y seguridad de los consumidores), Sub-capítulo I (Protección a la salud y seguridad de los consumidores), específicamente en los artículos 25 (deber general de seguridad), 26 (medidas de los proveedores frente a los riesgos previstos), 27 (información de pro-

ductos o sustancias peligrosas), 28 (medidas de los proveedores para eliminar o reducir los peligros no previstos) y 29 (criterios aplicables a la información y advertencia sobre el riesgo y la peligrosidad).

Algunos casos que ilustran los supuestos señalados en líneas anteriores son los productos de tabaco y las bebidas alcohólicas. Sin perjuicio de otros casos igualmente interesantes –respecto a productos (como los insumos químicos, los medicamentos y los plaguicidas) o servicios (como los servicios médicos en una intervención quirúrgica que exige el consentimiento informado⁽²⁷⁾)– seguidamente nos referiremos a aquellos dos supuestos.

Los productos de tabaco podemos categorizarlos como productos que, en condiciones normales, representan peligro para la vida y la salud⁽²⁸⁾. Precisamente atendiendo a dicha realidad en los últimos años se produjo una ola legislativa regulatoria de los productos de tabaco, pudiendo citarse la Ley N° 25357 (de 1993, que prohibió fumar en espacios cerrados de uso público), la Ley N° 26739 (de 1996, que regula la publicidad de cigarrillos en la televisión y la radio), la Ley N° 26849 (también de 1996, que prohíbe la venta y la publicidad de productos de tabaco en lugares de acceso público), la Ley N° 26957 (de 1998, que prohíbe la venta de productos de tabaco a menores de edad) y la Ley N° 28705 (del 2006, que derogando todas las anteriores, estableció medidas para la prevención y el control de los riesgos del consumo del tabaco).

(26) Cfr. Atoche Fernández, Paola. Precedentes de observancia obligatoria del INDECOPI. Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007, Pp. 79.

(27) Cfr. Amaya Ayala, Leoni Raúl. “El nuevo marco legal sobre protección al consumidor”. En: Manual de Actualización Comercial. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, marzo del 2010, N° 4, Pp. 160. También véase la Resolución N° 169-2002-CPC respecto al caso de la cirugía estética.

(28) Cfr. Pinillos, Luis y otros. “Tabaquismo: un problema de salud pública en el Perú”. En: Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública. Lima, s/c, enero-marzo del 2005, N° 22, http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342005000100010

Merece especial mención el Reglamento de la Ley N° 25357, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 083-93-PCM, que estableció en su artículo 7: "Las cajetillas, paquetes o bolsas de productos de tabaco deberán de llevar de manera ampliamente legible, ocupando no menos de la décima parte del área total del empaque, la frase «Fumar es dañino para la salud, está prohibido fumar en lugares públicos, según la Ley N° 25357»; esta norma se encuentra actualmente derogada pero tiene el mérito de haber sido pionera en imponer el citado texto en los empaques de los productos de tabaco. Hoy en día está vigente el Reglamento de la Ley N° 28705, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 015-2008-SA (modificado posteriormente por el Decreto Supremo N° 001-2010-SA y, recientemente, por el Decreto Supremo N° 001-2011-SA), que estipula en su artículo 22.2 que deberán incluirse frases que constituyen advertencias sanitarias, cuales son las siguientes:

- a) Fumar causa gangrena.
- b) Fumar causa cáncer de mama.
- c) Fumar causa impotencia sexual.
- d) Fumar causa aborto.
- e) Fumar causa cáncer de pulmón.
- f) El humo del tabaco causa asma en los niños.
- g) El humo de tabaco daña a tu bebé.
- h) La nicotina es tan adictiva como la heroína.
- i) Fumar causa infarto al corazón.
- j) Fumar causa cáncer de laringe.
- k) Fumar causa infarto cerebral.
- l) Fumar causa ceguera.

En cuanto a las bebidas alcohólicas, éstas pueden categorizarse como productos que, en condiciones previsibles, representan riesgo para la vida, la salud y la integridad física. Es así que

la Ley N° 28681 prescribe en su artículo 7: "En un espacio no menor del 10% del área total del empaque, envolturas o afines, así como en las etiquetas de los envases que se utilicen para la comercialización de cualquier bebida alcohólica se consignará en caracteres legibles, la siguiente frase: «Tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino»".

Podemos entonces apreciar que la producción, la comercialización y la publicidad de los productos de tabaco y las bebidas alcohólicas son lícitas pero su consumo representa, en condiciones normales o previsibles, riesgo o peligro para la vida, la salud y la integridad física, según lo anteriormente explicado, de ahí que la legislación de la materia exija más allá de la información que todo proveedor deberá ofrecer a los consumidores, normando específicamente los textos y las características de los mismos, en procura de conseguir una protección eficaz de los consumidores.

VII. CONCLUSIONES

a) La importancia de la protección del consumidor reposa en dos claras razones: por un lado, la superación de la antigua dicotomía "parte fuerte/parte débil" en la contratación y, por otro, el reconocimiento de la asimetría informativa en la relación de consumo.

b) El actual régimen constitucional económico contenido en nuestra Constitución Política del Perú tiende a la protección del consumidor, sin que ello suponga una actuación paternalista, que lejos de ser beneficiosa, termina siendo contraproducente para todos quienes de una u otra manera están involucrados en el mercado.

c) El gobierno corporativo, la ética empresarial y la responsabilidad social corporativa son los nuevos referentes para la actuación de las empresas en el mercado que, entre otras cuestiones, enfatizan en la revaloración del rol del consumidor.

d) La revaloración del consumidor hace posible que éste haya ganado, cuando menos, un derecho mínimo, cual es la información: oportuna, suficiente, veraz y accesible. Empero hay veces en que la simple información no es suficiente para conseguir la protección eficaz del consumidor, lo cual se presenta especialmente tratándose de productos o servicios riesgosos o peligrosos.

e) El derecho de seguridad es aplicable a los productos y servicios que, por sí mismos, son riesgosos o peligrosos, sin tener que llegar al extremo que su fabricación o prestación hayan

sido mal realizadas, ni tener que incidir en el deber mínimo de diligencia esperada del proveedor.

f) La producción, la comercialización y la publicidad de los productos de tabaco y las bebidas alcohólicas son lícitas pero su consumo representa, en condiciones normales o previsibles, riesgo o peligro para la vida, la salud y la integridad física, de ahí que la legislación de la materia exija información específica, normando los textos y las características de los mismos, en procura de conseguir una protección eficaz de los consumidores.