

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho de la Empresa



INCORPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS PARA DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN LA LEY 29571 - AREQUIPA 2016 - 2017

Tesis presentada por el bachiller:

Cusirramos Rodrigo, Fredy Ricardo

Para optar el grado Académico de:

Maestro en Derecho de la Empresa.

Asesor:

Dr. Rodríguez Velarde, Javier Germán

Arequipa – Perú

2018

Arequipa, 02 de mayo del 2018.

Señor:

Dr. Hugo Tejada Pradell
Director de la Escuela de Postgrado de la
Universidad Católica de Santa María.

Presente.-

Referencia: Dictamen de Borrador de Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho de la Empresa.

De mi consideración.


Me es grata dirigirla la presente con el fin de hacerle llegar el dictamen de la referencia correspondiente al expediente N° 20180000019770 presentado por el Bachiller **CUSIRRAMOS RODRIGO, Fredy Ricardo**.

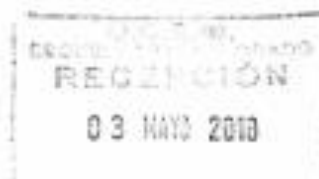
Título: "INCORPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS PARA DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN LA LEY 29571 – AREQUIPA 2016-2017"

Al efecto, habiendo realizado la revisión de borrador de la tesis mencionada, soy de la opinión que puede procederse a la sustentación oral de la misma.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para manifestarle los sentimientos de mi especial consideración.

Atentamente,


Cesar Lazo Diezold
Dictaminador



Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de "Santa María"

Expediente N. ° 201800000019770

Alumno: CUSIRRAMOS RODRÍGO, Fredy Ricardo
Asunto: Dictamen para Borrador de Tesis
Maestría: En Derecho de la Empresa
Fecha: 30 de abril del 2018

Sr. Dr. Hugo Tejada Pradell
Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de "Santa María"

En cumplimiento de la Boleta de nombramiento de jurado dictaminador y dentro del plazo que señala el Reglamento de Graduación de Magister, procedo a emitir el siguiente dictamen:

Dictamen:

Visto el expediente N° 201800000019770 de la Bachiller CUSIRRAMOS RODRÍGO, FREDY RICARDO, que solicita Dictamen para el Borrador de Tesis TITULADO **"INCOIRPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS PARA DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN LA LEY 29571 ADEQUADA 2016 2017"** con la que pretende optar el grado de Maestro en Derecho de la Empresa, y, habiendo examinado su contenido y anexos, este jurado emite informe favorable al considerar que el citado borrador reúne los criterios necesarios para su posterior defensa y sustentación.

Atentamente,



Ronald Mayta Coaguila
Docente de la EPG de UCSM

INFORME

AL: Dr. Hugo Tejada Pradell

Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María.

DE: Dra. Silvia Flores Viamont

Docente de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María.

Asunto: Informe de Borrador de tesis.

Fecha 07 de mayo del 2018

Viste: el borrador de tesis titulada "INCORPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS PARA DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN LA LEY 29571 Arequipa 2016-2017, presentado por el bachiller CUSIRRAMOS RODRIGO, Fredy Ricardo para optar el grado académico de MAESTRO EN DERECHO DE LA EMPRESA.

Cumplo con informar que el borrador de tesis presentado reúne los requisitos de forma y fondo; en consecuencia, deberá señalarse día y hora para ser sustentado y defendido en grado.

Atentamente:



Dra. Silvia Flores Viamont.



DEDICATORIA

*Dedico esta investigación que se desarrolló a lo largo de varios años a mis **padres y hermanos** que siempre son un motor y ejemplo de superación, a mi **esposa** por darme siempre una sonrisa y amar la idea de que somos uno solo y a mis **hijos** que llenan de ternura mi corazón.*



“La lucha por el derecho es la poesía del carácter”

Rudolf Von Jhering

ÍNDICE

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

1.- RELACIONES DE CONSUMO.....	15
1.1.- DERECHO DEL CONSUMIDOR.....	15
1.1.1. DERECHO Y ECONOMÍA.....	15
1.1.2. ALCANCE HISTÓRICO.....	17
1.1.3. DEFINICIÓN DE CONSUMIDOR.....	25
1.1.4. EMPRESAS DE BIENES Y SERVICIOS.....	30
1.2.- RELACIONES DE CONSUMO.....	35
1.2.1. ELEMENTO SUBJETIVO.....	39
1.2.2. ELEMENTO OBJETIVO.....	39
1.2.3. ELEMENTO CAUSAL.....	39
1.2.4. EL CONTENIDO.....	39
2.- MARCO LEGAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.....	40
2.1.- PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.....	40
2.1.1.- SOBERANÍA DEL CONSUMIDOR.....	40
2.1.2.- PRINCIPIO PRO CONSUMIDOR.....	42
2.1.3. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.....	43
2.1.4. PRINCIPIO DE CORRECCIÓN Y ASIMETRÍA.....	45
2.1.5.- PRINCIPIO DE BUENA FE.....	47
2.1.6.- PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD.....	51
2.2.- CONTRATO DE CONSUMO.....	53
2.2.1. CARACTERÍSTICAS.....	53
2.2.2. PERFECCIONAMIENTO.....	56
2.3.- RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA:.....	57
2.3.1.- RESPONSABILIDAD CIVIL.....	57

2.3.2. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA ANTE INDECOPI.	59
3.- INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.	60
3.1.- INDECOPI ATRIBUCIONES EN LAS RELACIONES DE CONSUMO	60
3.1.1. SANCIONES.....	60
3.1.2. MEDIDAS.....	63
3.2.- INDECOPI PROCEDIMIENTOS DE RECLAMO Y DENUNCIA...	69
3.2.1. RECLAMO.....	69
3.2.2. DENUNCIA – PROCEDIMIENTOS.....	70
3.3.- PODER JUDICIAL - PROCESO CONTENCIOSO.....	78
3.3.1. PRETENSIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.....	79
3.3.2. PROCEDIMIENTO.....	81
4.- LAGUNAS Y DEFICIENCIAS - LEGISLACIÓN DEL CONSUMIDOR...	84
4.1.- DIFICULTAD DE ACCESO A LA TUTELA DE DERECHOS DEL CONSUMIDOR.....	85
4.2. INCENTIVOS LEGISLATIVOS A LA CONDUCTA INFRACTORA DEL PROVEEDOR.....	87
4.3. RESTRICCIÓN SEVERA AL PAGO DE COSTAS Y COSTOS.....	91

CAPÍTULO II

DAÑOS PUNITIVOS

1. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PERUANO.....	97
1.1. HECHOS JURÍDICOS.....	97
1.2. RESPONSABILIDAD CIVIL.....	100
1.2.1. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	103
1.2.2. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL	106
1.2.3. FINALIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD.....	108
2.- DEFINICIÓN DE DAÑOS PUNITIVOS.....	112
3.- DAÑOS PUNITIVOS SANCIÓN O INDEMNIZACIÓN.....	115
4.- FINALIDAD DE LOS DAÑOS PUNITIVOS.....	118
4.1. EL CASTIGO.....	120

4.2. LA DISUASIÓN.....	122
4.3. FINALIDADES SECUNDARIAS.....	125
5.- ORIGEN JURÍDICO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS.....	127
5.1. ORIGEN JURISPRUDENCIAL.....	127
5.2. ORIGEN POSITIVO.....	128
6. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS.....	133
6.1. INCOMPATIBILIDAD CON EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD..	133
6.2. IMPOSIBILIDAD DE DOBLE FUNCIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD.....	136
6.3. IMPOSIBILIDAD DE SANCIONES EN EL DERECHO PRIVADO...138	
6.4. LOS DAÑOS PUNITIVOS ORIGINAN ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.....	139
6.5. LOS DAÑOS PUNITIVOS SON UNA FIGURA ORIGINADA EN EL COMMON LAW.....	141
7.- ALGUNOS CASOS DE LA APLICACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO ROMANO GERMÁNICO.....	142
7.1. CASO MACHINANDIARENA CONTRA TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A.....	142
7.1.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO	142
7.1.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO	143
7.1.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO	143
7.2. CASO BERNÁLDEZ-CORTINA CONTRA OMINT ARGENTINA S.A. DE SEGUROS	144
7.2.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO	144
7.2.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO	144
7.2.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO	145
7.3. CASO ROLDAN SILVIA CONTRA EDESUR S.A.	147
7.3.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO	147
7.3.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO	147
7.3.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO	148
7.4. CASO BENEJAM CONTRA TELECOM ARGENTINA S.A.	151
7.4.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO	151
7.4.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO	151

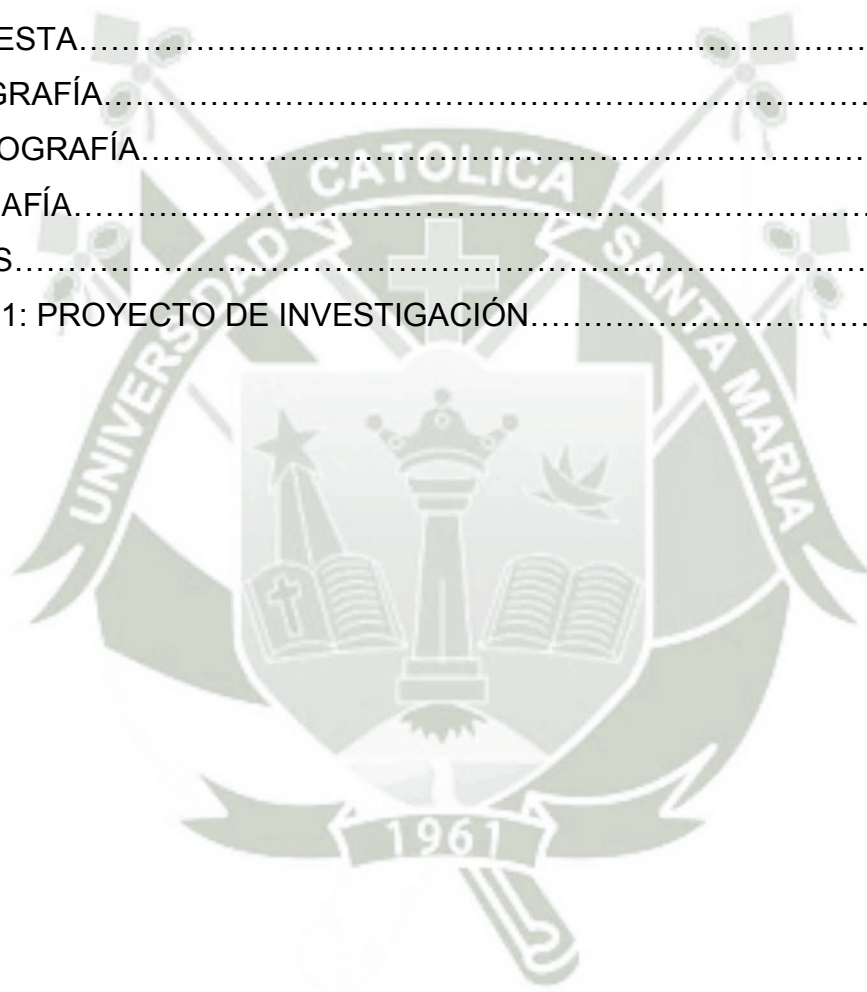
7.4.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO	153
7.5 CASO MARÍA CASTAÑO CONTRA BANCO CREDICOOP	156
7.5.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO	156
7.5.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO	156
7.5.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO	157
7.6 CASO LUCAS MARISI CONTRA ZURICH ARGENTINA CÍA, DE SEGUROS S.A.....	160
7.6.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO	160
7.6.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO	160
7.6.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO	161
7.7. CASO MARÍA FRISCALE CONTRA TELECOM PERSONAL S.A.	162
7.7.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO	162
7.7.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO	163
7.7.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO	164
7.8 CASO CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACIÓN CIVIL CONTRA BOSTON COMPAÑÍA ARGENTINA SEGUROS S.A.....	167
7.8.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO	167
7.8.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO	168
7.8.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO	169
7.9 CASO RASPANTI SEBASTIAN CONTRA AMX ARGENTINA S.A. (CLARO).....	171
7.9.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO	171
7.9.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO	171
7.9.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO	173
7.10 CASO UMANZOR GONZÁLEZ CONTRA PEUGEOT CITROEN ARGENTINA S.A.	175
7.10.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO	175
7.10.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO	175
7.10.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO	177
8.- FIGURAS JURÍDICAS RELACIONADAS A LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL PERÚ.....	180
8.1. COBRO DE MULTAS POR ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES.....	180
8.2. CLAUSULA PENAL.....	182

8.2.1. FUNCIONES.....	184
8.2.2. RELACIÓN CON LOS DAÑOS PUNITIVOS.....	185
8.3. MULTAS CIVILES POR DESPIDO ARBITRARIO.....	186
9.- SUPUESTOS NORMATIVOS MÍNIMOS DE REGULACIÓN Y CONSTITUCIONALIDAD.....	188
9.1. SUPUESTOS NORMATIVOS	188
9.1.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	188
9.1.2. ÓRGANO COMPETENTE.....	189
9.1.3. TIPO DE SANCIÓN.....	190
9.1.4. SUJETO PASIVO DE LA MULTA	192
9.1.5. DESTINO PRIVADO DE LA MULTA.....	193
9.2. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PROPUESTA.....	193
9.2.1. CULPABILIDAD.....	194
9.2.2. TIPIFICACIÓN	195
9.2.3. CARÁCTER PRIVADO.....	196

CAPÍTULO III RESULTADOS

CUADRO No. 01: CANTIDAD DE DENUNCIAS TRAMITADAS EN LA VÍA DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO Y SUMARÍSIMO.....	198
CUADRO No. 02: RESULTADO FINAL EN DENUNCIAS TRAMITADAS COMO PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS.....	199
CUADRO No. 03: MATERIAS OBJETO DE RECLAMO EN PROCEDIMIENTO ORDINARIO.....	201
CUADRO No. 04: PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS TIEMPO DE TRAMITE.....	203
CUADRO No. 05: RESULTADO FINAL EN DENUNCIAS TRAMITADAS COMO PROCEDIMIENTOS SUMARÍSIMOS.....	204
CUADRO No. 06: MATERIAS OBJETO DE RECLAMO EN PROCEDIMIENTO SUMARÍSIMO.....	205
CUADRO No. 07: PROCEDIMIENTO SUMARÍSIMO TIEMPO DE TRAMITE.....	207
CUADRO No. 08: PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS Y SUMARÍSIMOS	

QUE ORIGINARON LIQUIDACIÓN DE COSTAS Y COSTOS.....	208
CUADRO No. 09: PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS Y SUMARÍSIMOS MULTAS GENERADAS.....	209
CUADRO No. 10: PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS Y SUMARÍSIMOS MEDIDAS CORRECTIVAS DICTADAS.....	210
DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	211
CONCLUSIONES.....	215
SUGERENCIAS.....	218
PROPUESTA.....	220
BIBLIOGRAFÍA.....	226
HEMEROGRAFÍA.....	229
WEBGRAFÍA.....	231
ANEXOS.....	234
ANEXO 1: PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.....	235



RESUMEN

Pongo a vuestra consideración el presente trabajo de investigación, la tesis propuesta se ha titulado “Incorporación de los Daños Punitivos para Defensa del Consumidor en la Ley 29571 - Arequipa 2016 - 2017” el objetivo principal de la investigación es presentarse como un primer aporte para reflexionar sobre la necesidad de introducir los daños punitivos o multas civiles a nuestra legislación de consumo, entiendo que ello nos permitirá mejorar las herramientas proporcionadas al consumidor para incentivarlo a reclamar sus derechos y prevenir en parte las conductas dañosas de los proveedores.

Sintetizado el tema objeto central de investigación se precisa que la misma se realizó en tres capítulos, en el primer capítulo se aborda un estudio de la legislación del consumidor, analizando inicialmente supuestos básicos como consumidor, proveedor, relación de consumo, infracción, entre otros, luego de ello se analizan los principios pilares del sistema del consumidor, así como se revisan las distintas responsabilidades que generan las infracciones del proveedor, es decir las consecuencias, administrativas y civiles que luego originan procedimientos ante INDECOPI, contenciosos administrativos o cobro de indemnizaciones ante el Poder Judicial. Todo este análisis ayudó a comprender como funciona la legislación de consumo y permitió identificar algunas deficiencias que impiden al consumidor reclamar sus derechos de forma óptima, impedimentos encontrados como la problemática en el recupero de las costas y costos invertidos en el procedimiento administrativo y otros son reafirmados del cruce de información efectuado del INEI y el INDECOPI que preocupantemente determinan que sólo el 4.05% de los peruanos afectados reclama sus derechos como consumidor.

En el segundo capítulo, se abarca el eje central de investigación, analizando en primer orden el sistema de responsabilidad civil peruano y como la figura de daños punitivos no reemplaza nuestro sistema de responsabilidad sino lo complementa, para luego definir con claridad la finalidad y alcances de esta figura. De la misma forma se estudiaron las principales críticas a la implementación de los daños punitivos resolviendo en cada caso su factibilidad

o no para nuestra legislación. Seguidamente se comentan varios casos prácticos de cómo esta figura ha sido implementada en los tribunales argentinos, lo que nos permite contar con una idea forense de su posible funcionamiento en nuestro país, concluyendo en base al análisis realizado que esta figura si nos permite incentivar a los consumidores el reclamo de sus derechos y se presenta como una medida de reflexión para los proveedores. Finalmente se establecen los supuestos normativos mínimos que se deben considerar para la propuesta legislativa de implementación en el Perú.

En el tercer capítulo, a lo largo de diez cuadros estadísticos se presentan y reafirman los problemas con que cuentan los consumidores ante el INDECOPI de Arequipa para el reclamo de sus derechos, se detalla la limitada cantidad de personas que inician un reclamo, se identifican los principales sectores infractores de la legislación de consumo, así como se precisa un contraste de los casos que se tramitan en la vía ordinaria o sumarísima, cuantas denuncias son amparadas o no y cuántos de estos llegan a un cobro de las costas y costos originados.

Finalmente se formularon las conclusiones y sugerencias, las cuales son aproximativas, y no absolutas, por lo que considero pueden servir de base para la realización de futuros trabajos, así como se presenta el correspondiente proyecto de ley.

Palabras claves: Derecho Consumidor, Daños Punitivos, responsabilidad civil, dolo, culpa grave, culpa lucrativa, multa, sanción, proveedor, consumidor, relación de consumo, INDECOPI.

ABSTRAC

I put to your consideration this research work, the proposed thesis has been entitled "Incorporation of Punitive Damages for Consumer Defense in Law 29571 - Arequipa 2016 - 2017" the main objective of the research is to present as a first contribution to reflect about the need to introduce punitive damages or civil fines to our consumer legislation, I understand that this will allow us to improve the tools provided to the consumer to encourage them to claim their rights and partly prevent the harmful behavior of suppliers.

Synthesized the central subject of research is stated that it was made in three chapters, the first chapter addresses a study of consumer legislation, initially analyzing basic assumptions such as consumer, supplier, consumer relationship, infringement, among others, After that, the pillars of the consumer's system are analyzed, as well as the different responsibilities that are generated by the supplier's infractions, that is, the administrative and civil consequences that then originate proceedings before INDECOPI, administrative disputes or collection of indemnities before the Power of attorney. All this analysis helped to understand how consumer legislation works and identified some deficiencies that prevent the consumer from claiming their rights in an optimal way, impediments found as the problem in the recovery of costs and costs invested in the administrative procedure and others are reaffirmed the crossing of information made by INEI and INDECOPI that worryingly determine that only 4.05% of affected Peruvians claim their rights as consumers.

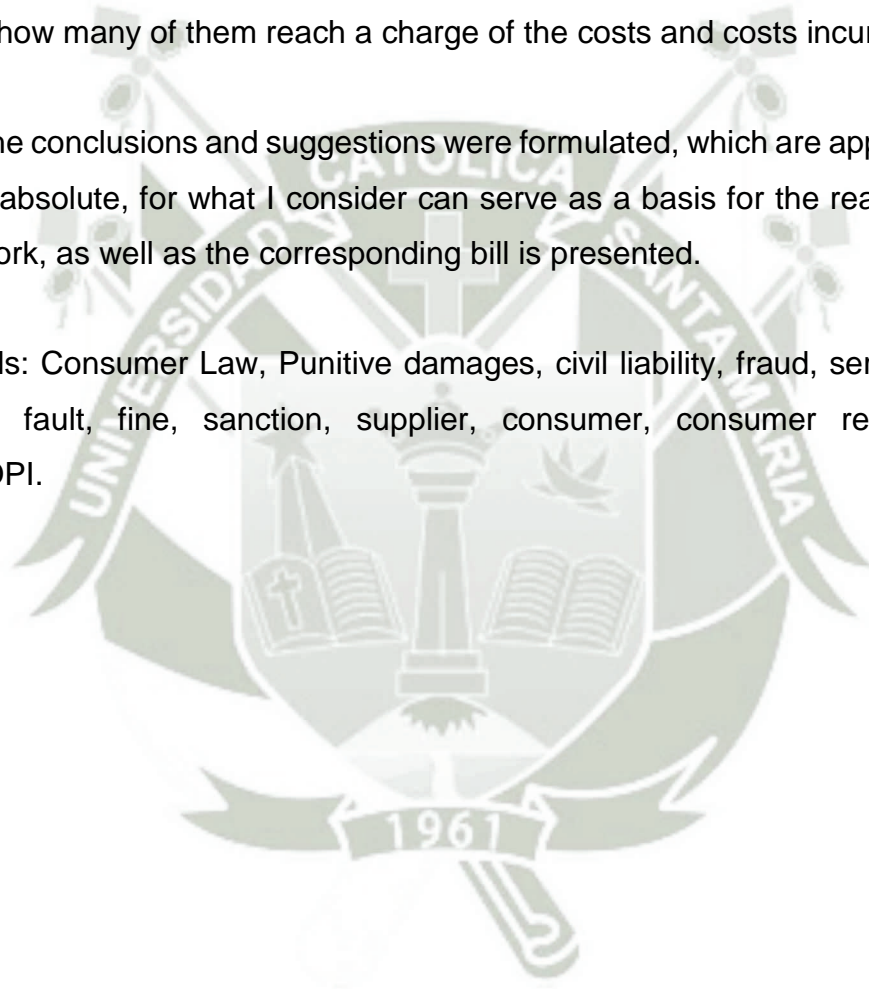
In the second chapter, the central axis of investigation is covered, analyzing in first order the Peruvian civil liability system and how the punitive damages figure does not replace our liability system but complements it, to then clearly define the purpose and scope of this figure. In the same way, the main criticisms of the implementation of punitive damages were studied, resolving in each case their feasibility or not for our legislation. Following are several practical cases of how this figure has been implemented in the Argentine courts, which allows us to have a forensic idea of its possible operation in our country, concluding on the basis of the analysis made that this figure allows us to incentivize the consumers the claim

of their rights and is presented as a measure of reflection for suppliers. Finally, the minimum normative assumptions that must be considered for the legislative implementation proposal in Peru are established.

In the third chapter, ten statistical tables present and reaffirm the problems that consumers have before the INDECOPI of Arequipa for the claim of their rights, detailing the limited number of people who initiate a claim, identify the main sectors that violate consumer legislation, as well as a contrast of cases that are processed in the ordinary or summary way, how many complaints are covered or not and how many of them reach a charge of the costs and costs incurred.

Finally the conclusions and suggestions were formulated, which are approximate, and not absolute, for what I consider can serve as a basis for the realization of future work, as well as the corresponding bill is presented.

Keywords: Consumer Law, Punitive damages, civil liability, fraud, serious fault, lucrative fault, fine, sanction, supplier, consumer, consumer relationship, INDECOPI.



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo parte de la premisa que las normas dirigidas a la protección de los derechos del consumidor no cumplen con la función que inicialmente se trazaron, en efecto, no resultan ajenos los frecuentes abusos que cometen empresas del sistema financiero, de comunicaciones u otros proveedores. Los consumidores ante la falta de incentivos normativos no inician o simplemente desisten en el reclamo de sus derechos trasgredidos

Con la sensación recurrente de una sociedad de consumo imperfecta es que nace la necesidad de buscar mecanismos legales que puedan ayudar a mejorar la asimetría entre consumidor o usuario y proveedor, por tanto, la investigación realizada y conclusiones generadas buscan ser de utilidad para todo consumidor que se ve afectado por conductas dolosas o de culpa grave del proveedor.

Ante este escenario nace la necesidad de implementar cambios legislativos que otorguen al consumidor medios para defensa de sus derechos. La propuesta de cambio de esta investigación es la implementación de los daños punitivos, entiéndase como una sanción pecuniaria impuesta a los proveedores, por infracciones dolosas, como es en el caso de la culpa lucrativa o por negligencias graves, en una relación de consumo. La sanción que no tiene carácter de indemnización sino de multa y es destinada en todo o en parte a favor del consumidor.

Esta investigación reafirma que la legislación actual no genera incentivos para un óptimo desarrollo de las relaciones de consumo. Así mismo se concluye que los daños punitivos se presentan como una opción viable a ser introducida en nuestra legislación para disminuir la asimetría generada entre proveedor y consumidor. Se ha determinado también que su implementación no afectará nuestro sistema de responsabilidad civil sino lo complementará.

El autor



CAPÍTULO I DEFENSA DEL CONSUMIDOR

1.- RELACIONES DE CONSUMO

1.1.- DERECHO DEL CONSUMIDOR:

1.1.1. DERECHO Y ECONOMÍA:

Hoy en día no existe duda, que las decisiones de los juristas, expresadas en normas tiene un importante rol en la economía del país sea cual fuera la materia que regulen, inclusive las sentencias que emiten los magistrados del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, en la práctica tienen repercusiones en la economía en mayor o menor medida.

Bastará con recordar la decisión emitida por el magistrado Eloy Zamalloa Campero, cuando desempeñaba funciones como juez titular del Cuarto Juzgado Civil de Arequipa, quien, en vía cautelar, ordenó suspender las operaciones áreas de la empresa LAN Perú, decisión que independientemente de ser correcta o no, generó consecuencias económicas no sólo a la citada empresa sino a sus proveedores y a los consumidores, entiéndase pasajeros que utilizarían sus servicios.

El principal rol del derecho en la economía parte de nuestra carta magna, ya que es justamente la Constitución Política del Perú la que determina el modelo económico que dirigirá a nuestro país, en efecto el **Artículo 58** señala: *“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”*

Queda claro entonces que nuestro modelo desde el año 1993 (*inclusive con anterioridad desde la Constitución de 1979*), se basa en una economía social de mercado, modelo económico que en palabras de Walter Gutiérrez Camacho.¹

...dos convicciones; por un lado, la creencia de que el mercado es el mejor invento para el desarrollo y funcionamiento de la economía; la segunda, referida a que, si bien el mercado puede ordenar la economía, no crea necesariamente justicia. Una economía totalmente libre sin límite alguno creará más desigualdades y agudizará las existentes, generará centros de poder económico que muy pronto falsearán la competencia y harán de las libertades económicas de las más débiles meras declaraciones legales. De ahí que una economía social de mercado postule que en situaciones de desigualdad el Estado deberá regular la libertad de mercado...

Por tanto, es importante entender los alcances del modelo adoptado, dado que nos permitirá comprender las libertades y límites en las relaciones económicas. Específicamente para efectos de esta tesis en las relaciones de consumo, que se desarrollen entre particulares o entre estos últimos con el Estado.

Como punto de partida se precisa que el término “modelo” es una representación simplificada del mundo, nuestros legisladores constituyentes decidieron que la mejor representación para el desarrollo país, sería en una economía en la que

¹ Gutiérrez C W. La Constitución Comentada Análisis Artículo por Artículo. 1 vols. Perú: Gaceta Jurídica; 2005. p. 770.

en **principio** el mercado se autorregulara principalmente con la ley de la oferta y demanda, pero a su vez entendieron que el Estado debe seguir un rol tuitivo del mercado, es decir, bajo ciertas circunstancias como por ejemplo el ejercicio abusivo de los monopolios u oligopolios, surge la necesidad y obligación de la intervención estatal para establecer límites, dejando en claro las reglas de juego.

Simplificando la idea, la economía social de mercado debe entenderse como un modelo que busca la existencia de un mercado eficiente, desarrollado bajo un esquema de justicia, entendiéndose por justa a la economía en la que se cumple con una doble función, por un lado, esta debe ser de carácter distributiva y por otro debe contar con una función contributiva en la que el Estado vela por el cumplimiento de la función inicial.

Ahora bien, lo afrontado hasta el momento no quiere decir que la relación entre el derecho y la economía es una de subordinación en la que el derecho marca insoslayablemente la pauta y simplemente la economía sigue el guion armado. Debemos entender que la relación entre ambos es de reciprocidad ya que si bien es misión de derecho regular las relaciones económicas que se generan en la sociedad, también es obligación del derecho corregir por medio de la norma relaciones económicas que tergiversan el objetivo del mercado. Los errores en las fórmulas normativas serán mostrados por la economía en la práctica. Es decir que en base a su interacción se consigue una distribución eficiente de recursos, objetivo final de todo modelo económico.

Contando con una idea básica del vínculo del derecho y economía pasaremos a revisar como en los sectores económicos en los que participan activamente proveedores y consumidores, con el transcurso de los años surgió la necesidad de regular con detalle sus relaciones, dada la marcada diferencia entre ambas partes y del abuso sistemático de los proveedores.

1.1.2. ALCANCE HISTÓRICO:

El derecho del consumidor es una rama especializada de reciente aplicación, claro ello si se toma en cuenta los varios siglos que el derecho continuo en evolución, debe precisarse que la aparición de esta rama depende

históricamente de la implantación del capitalismo, entiéndase a este como un sistema económico basado en dos pilares principales, la propiedad privada de los medios de producción y el segundo en la libertad de mercado. En otras palabras, los particulares son los entes activos directamente involucrados en la elaboración de bienes y prestación de servicios, en la que productores y consumidores contratan libremente, en efecto cuando las cadenas productivas, sea de alimentación, vivienda, transporte, comunicación, educación y otras, pasaron a control principal de los particulares el mercado primario se esquematizó en personas que producían bienes o servicios y personas que utilizaban dichos bienes y servicios, estos últimos conocidos como consumidores y los primeros como proveedores.

Cuando hablamos de consumo no pasa desapercibida una frase del famoso escritor Jorge Luis Borges, “...*En el ayer que me tocó, la gente era ingenua; creía que una mercadería era buena, porque así lo afirmaba y repetía su propio fabricante...*”²; claro está que el escritor manifestó su incomodidad con la reducida información y cultura de consumo que le tocó vivir de joven, resaltando el abuso de posición que efectuaban los proveedores, quienes en muchas ocasiones venden y distribuyen productos que afirman por ejemplo son inclusive para el cuidado de los bebés cuando contiene en su estructura agentes cancerígenos que inclusive pueden llevar a la muerte.

En efecto, muestra de ello es el caso de la empresa Johnson & Johnson muy conocida por su productos para el cuidado de bebés, en el mes de febrero del 2016 fue condenada por un Tribunal Norte Americano de Alabama, al pago de una indemnización que incluye daños punitivos, que son objeto de esta tesis, de US\$ 72 Millones de Dólares de los Estados Unidos de Norte América, ya que los productos específicamente el talco para bebés contiene dentro de su composición estructural el componente conocido como *formaldehído*, sustancia que la Agencia de Gobierno conocida como Administración de Alimentos y Medicamentos, más conocida por sus siglas en inglés como FDA (Food and Drug Administration), concluye que se trata de una sustancia cancerígena.

² Borges J L. El Libro de Arena. España: Alianza Editorial S.A.; 1998. p. 40.

Tomando como eje de partida el capitalismo, sería correcto intuir que el primer país en desarrollar la normativa en las relaciones de consumo sería los Estados Unidos de Norte América, al respecto cito al jurista italiano **Guido Alpa**³ refiere.

No es casualidad que este movimiento tenga origen en los Estados Unidos de América. En este país se arraiga, en efecto, antes que en otros, y en las formas más intensas, el capitalismo monopolista y oligopolista. A inicios de los años sesenta el consumerismo hunde sus raíces como movimiento de información, de contraste, de concentración, teniendo como interlocutores a los productores de bienes y servicios, los protagonistas del sector publicitario, los distribuidores de bienes y servicios sobre los mercados.

En otras palabras, existe una relación muy íntima entre el nivel de desarrollo del capitalismo en un país, con el desarrollo necesario de las normas de consumo, sería válido afirmar que a mayor sea el estadio capitalista (avanzado), mayor será la necesidad de proteger al consumidor.

El capitalismo que hoy conocemos dista mucho del capitalismo que inicialmente se propugnó como modelo económico, en efecto Raymond Barre⁴ economista francés detalla que el modelo inicial se basaba en el *mercado de competencia perfecta*, que requería de cinco condiciones fundamentales:

A) Atomicidad de Mercado: Entendida como la situación en la que tanto del lado de los ofertantes como de los demandantes existe un número tal de unidades, que les permite estar en relativa igualdad, ya que ninguna puede ejercer suficiente influencia para determinar de forma parcial los precios o tomar decisión sobre el proceso productivo

B) Homogeneidad del Producto: Como el nombre lo dice, el resultado final de todos y cada uno de los productores, permite a los demandantes identificar los bienes o servicios producidos por cualquiera como idénticos, lo que determina

³ Alpa G. Derecho del Consumidor. Lima: Gaceta Jurídica; 2004. p. 22-23.

⁴ Barre R. Economía Política. 1 vols. 1ra ed. Barcelona: Ariel; 1975. p. 417- 418.

que el proceso de adquisición se produzca de cualquier productor, sin que exista preferencia por alguno en específico.

C) Libre Entrada en la Industria: Este aspecto se estudia desde dos lados, el *primero* relacionado con el ingreso al mercado y el *segundo* con la obtención de los factores productivos, en el primer caso, ningún agente del mercado sea ofertante o demandante o incluso el Estado debe restringir el acceso de una persona al mercado. En cambio, el segundo garantiza que la empresa que ya logró su ingreso pueda mantenerse en el mercado mediante la obtención de toda la materia prima para cumplir con su objeto.

D) Perfecta Transparencia del Mercado: Este aspecto se relaciona principalmente con el acceso a la información con que debe contar cualquier agente del mercado, ello bajo la idea de que un agente perfectamente informado tomará las mejores decisiones de consumo o producción, obviamente se trata de información relevante, como por ejemplo procedencia del producto, costos, ingredientes, condiciones, etc.

E) Perfecta Movilidad de Factores de Producción: Es decir que los distintos recursos utilizados para elaboración de un producto deben intercambiarse de forma perfecta entre industria e industria garantizando un permanente abastecimiento.

Como puede apreciarse los requisitos del mercado de competencia perfecta señalados, en palabras del mismo Raymond Barre, no todos se aplican a nuestra realidad económica actual, algunos de estos han sufrido distorsiones significativas o han dejado de estar vigentes, conforme procedemos a detallar:

A) En cuanto a la condición de ***atomicidad del mercado***, la práctica claro está, con la globalización de los mercados, es verdaderamente utópico pensar que existirá una cantidad equivalente de ofertantes y demandantes, el mercado demostró muchas veces la existencia de monopolios en determinados productos o servicios, que eventualmente determinaron un control de los precios.

B) La idea de **homogeneidad del producto** fue dejada de lado ya el mercado marco su propio patrón, los consumidores buscan productos que marquen una diferencia, en otras palabras, productos que tengan una pauta de exclusividad, inclusive el mercado nos muestra consumidores dispuestos a pagar sumas mucho más elevadas, muestra de ello son los autos de marcas de lujo como Lamborghini. Bajo este caso crece por ejemplo el desarrollo del derecho de marcas.

C) En cuanto al **acceso al mercado** por seguridad inclusive del mismo consumidor, resulta necesario limitar la libertad de acceso, estableciendo requisitos de obligatorio cumplimiento por ejemplo para la constitución de empresas del sistema financiero se requiere condiciones muy especiales, al respecto la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley N° 26702 señala en el Art. 16, que para poder constituir una Empresa Bancaria se requiere de un capital mínimo de S/ 14914000.00 (Catorce Millones Novecientos Catorce Mil con 00/10 Soles), ello con el objeto de garantizar la solvencia inicial del Banco, entre otros factores.

Como apreciamos el capitalismo fue el punto de entrada de los derechos del consumidor como hoy lo conocemos, adicionalmente a ello se puede precisar que un periodo histórico determinante en la aparición de este derecho, es la Revolución Industrial en el siglo XVIII, en efecto la industrialización genera como consecuencia lógica la producción de bienes y servicios en masa, lo que obligó al derecho a evolucionar y regular las figuras de contratación masiva, por ejemplo, en el caso de los contratos por adhesión o las denominadas cláusulas generales de contratación.

El doctrinario Carlos Soto⁵ sobre los aspectos abordados señaló.

Este fenómeno de los contratos pre redactados ha dado origen a lo que se ha dado en llamar la contratación en masa, que solo consiente la elaboración de contratos en serie, severamente rígidos e invariables en

⁵ Soto CCA, Vargas MRJ. La Contratación en Masa en la Contratación Privada. Lima: Jurista Editores; 2002. p. 269.

su formulación. La reflexión sobre el contenido del contrato queda sustituido por una técnica rutinaria consistente en formularios impresos que favorecen el máximo rendimiento para el predisponente con natural detrimento de polo débil de la negociación.

El mercado entre los siglos XIX y XX, demostró que en las relaciones de consumo entre proveedores y consumidores existía una parte débil, directamente afectada, en efecto es el consumidor. Los proveedores abusan en muchos casos de ser el único ofertante de un determinado producto, lo que llevo a los demandantes a consentir precios suntuosos y maltratos, inclusive productos con calidades deficientes.

Es así que en breves líneas podemos precisar que la primera agrupación de personas destinadas a proteger los derechos del consumidor apareció en Estados Unidos, específicamente en Nueva York, en el año 1891 se le conoció como “Unión de Consumidores”.

Institucionalmente, es decir, con un mayor nivel de organización, podemos citar un importante caso, que se da en el año 1947, específicamente en Dinamarca donde el Estado decidió crear el “Consejo Danés del Consumidor”.

Sin embargo, como sistema de normas tal como lo precisa Guido Alpa, recién tomaría protagonismo en el año 1971 cuando la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa emitió la Recomendación 624, con ella se puntualizó la clara desventaja advertida del consumidor a nivel legislativo, es por ello que se recomendó un estudio serio al respecto.

Fuera ya del marco internacional en el Perú la regulación inició por un tema puntual pero no menos importante, los legisladores se percataron de la necesidad de controlar el establecimiento y/o crecimiento de monopolios, es por ello que, en el año 1933, mediante la reforma Constitucional en el Artículo 16 se señaló: *“Están prohibidos los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. La ley fijará las penas que se interpongan a los contraventores.*

*Sólo la ley puede establecer monopolios y estancos del Estado en exclusivo interés nacional*⁶.

Sin embargo, cabe resaltar la precisión histórica del año 1973 que realiza el Doctor Víctor Malpartida Castillo en relación con el **Decreto Ley 19978** al precisar: “...Se establece también una distinción entre control y fiscalización de precios. Los bienes y servicios sujetos al primer sistema no podían ver elevados sus precios sin autorización previa del Ministerio respectivo, por Resolución Suprema. El segundo sistema permitía variar primero los precios, siempre y cuando la empresa dé cuenta de ello al ministerio respectivo, acompañando, mediante declaración jurada, los estudios justificatorios, dejando abierta la posibilidad de una posterior modificación a instancias de la autoridad gubernamental”⁷.

Con la entrada en vigor de la **Constitución de 1979**⁸ se efectúa un cambio en el tratamiento de los intereses del consumidor intentando dar sus primeros rasgos serios de regulación, para ello transcribimos lo señalado en el Art. 110 de la citada carta magna:

Artículo 110°. El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.

El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.

Como se indicó en líneas anteriores sobre el contrato en masa, es con el **Código Civil** vigente con el que se inicia la regulación de este tipo de contratos, también

⁶ Constitución Política del Perú, (30-12-1993).

⁷ Malparida CV. El Derecho del Consumidor en el Perú y en el Derecho Comparado [tesis]. Lima. Universidad de San Marcos. Escuela de Postgrado; 2003. P. 123.

⁸ Constitución Política del Perú, (12-07-1979).

conocidos como contratos por adhesión, así como en cualquier contrato en los que exista cláusulas generales de contratación. El principal artículo que podemos resaltar es el 1398, que establece la invalidez o nulidad de las cláusulas que eximan de responsabilidad por ejemplo al proveedor por los daños que cause, o en los casos que unilateralmente el proveedor decida incumplir el contrato sin generar consecuencias por su falta de ejecución.

“Artículo 1938: En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato”⁹.

Hoy en día la Constitución Vigente¹⁰, se regula el derecho de consumidor de modo frontal en comparación con su predecesora: *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.*

Es con la norma constitucional que se establece el principio más importante del derecho de consumidor conocido como “principio pro-consumidor”, que reitero es la respuesta de nuestra legislación a la marcada diferencia entre las relaciones entre proveedor y consumidor.

Respecto de este principio el Código de Consumo específicamente en el Art. V del Título Preliminar señala: *“...que el estado en cualquier esfera que se desarrolle debe ejercer una acción tuitiva a favor de los consumidores, por ello en caso de duda insalvable en la interpretación de las normas o contratos por*

⁹ Código Civil. Decreto Legislativo 295, (25-07-1984).

¹⁰ Constitución Política del Perú, (30-12-1993).

adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, deben interpretarse en sentido más favorable al consumidor”¹¹.

Por tanto, la creación de normas de desarrollo constitucional como por ejemplo el Código del Consumidor, su interpretación, aplicación, integración o resolución de antinomias deberá realizarse de la forma más favorable al consumidor, situación similar que por ejemplo se da en las relaciones laborales, en las que existe diferencias entre el empleador y trabajador, que ameritan una protección preferente a este último.

Es bajo nuestra constitución actual que se han generado una serie de normas pro-consumidor, por ejemplo, en temas de carga de prueba, las mismas que se desarrollan en los apartados siguientes.

1.1.3. DEFINICIÓN DE CONSUMIDOR:

1.1.3.1. La definición de Consumidor en el Perú:

En este caso partiremos primero de la definición que señala el derecho positivo para comprender el marco de alcance del concepto y en un segundo momento veremos otras posibles variantes de la definición.

De la revisión del Código de Protección y Defensa del Consumidor¹², nuestros legisladores entendieron el concepto de consumidor bajo los siguientes alcances:

Artículo IV, Título Preliminar:

1 Consumidores o Usuarios

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

¹¹ Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley29571, (02-09-2010).

¹² Idem.

de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

Nótese en primer lugar que el artículo utiliza dos palabras una “consumidor” y la otra “usuario”, tratando aparentemente ambos vocablos como si fueran lo mismo, pero ello no es así, dado que el término *consumidor* es utilizado para describir a las personas naturales o jurídicas que adquieren **productos** (*entiéndase como cualquier bien mueble o inmueble de naturaleza material o inmaterial*), en cambio *usuarios*, es utilizado en los casos de la adquisición de **servicios** (*cualquier actividad que otorgue el proveedor*).

a) Elemento Subjetivo: La definición inicia por enmarcar los sujetos sobre los cuales recae la definición de consumidor, nos habla de las personas naturales y de las personas jurídicas, en este contexto se entiende que existe la exclusión de dos tipos de sujetos de derecho, el primero sería el concebido y el segundo las organizaciones de personas no inscritas, entendemos que a ellos no se extienden los alcances de protección del Código de Consumidor.

b) Elemento Objetivo: Las personas naturales o jurídicas deben encontrarse dentro de alguna de las siguientes tres situaciones:

- **Adquiera:** En palabras del doctor Pedro Flores Polo¹³ es obtener la propiedad de una cosa, recordemos que este vocablo deriva del latín “acquirio” que significa obtener, ganar, agregar en sentido pecuniario. Respecto de esta primera situación no existe mayor inconveniente conceptual dado que la persona que pague para comprar por ejemplo una gaseosa es parte **directa** de la relación de consumo.
- **Utilice:** La norma entiende que no solo es necesario proteger a la persona que directamente adquiere un producto o servicio, sino que es necesario adicionalmente resguardar al sujeto que finalmente hará uso efectivo de la adquisición. Un ejemplo claro de ello es en el caso de la compra de un pasaje aéreo y este es regalado a un familiar, por tanto, si bien el familiar

¹³ Flores PP. Diccionario de Términos Jurídicos. 1 vols. Lima: Editorial Cultural Cuzco S.A.; 1980. Adquiera. p. 105.

no adquiere el pasaje de forma directa de la empresa (*primer supuesto de la norma*), finalmente este es quien hace uso y por tanto merece la tutela legal como consumidor.

- **Disfrute:** Finalmente el tercer supuesto utiliza como verbo rector el concepto disfrutar. Al respecto citando nuevamente a Pedro Flores Polo en su Diccionario de Términos Jurídicos, señala que disfrutar es percibir los frutos de una cosa, en otras palabras, recibir los productos que se producen con cierta regularidad y sin disminuir la sustancia del bien que produce.

c) Elemento Causal: Las relaciones de consumo, como tales están limitas a aspectos muy concretos y que parten de la idea, de que el consumidor debe entenderse como el último eslabón de la cadena de producción, es decir, a quien finalmente se dirige el producto o servicio. Para lograr ello la norma precisa:

- El consumidor o usuario debe tener la calidad de usuario final.
- Se admite también que el beneficio otorgado no sólo sea de carácter personal como normalmente se entiende una relación de consumo, sino se acepta un uso familiar o inclusive de grupo social (*por ejemplo, amistades*), descartando con ello implícitamente un eventual uso carácter comercial, ya que de ser así evidentemente no estamos en un caso de usuario final.
- El destino del bien no debe encaminarse con fines empresariales o profesionales, aspecto que entendemos es consecuencia del anterior.

Al respecto podemos cuestionarnos, sobre que sucede en los casos en que el bien adquirido es utilizado no solo con un fin personal, sino que adicionalmente y de forma eventual puede ser utilizado para fines comerciales. En dichos casos se puede decir que el existe una relación de consumo o no.

Al respecto el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - Sala Especializada en Protección al Consumidor¹⁴, señaló:

¹⁴ Tribunal de INDECOPI. Resolución 0152-2016/SPC-INDECOPI, recaída en el Expediente 690-2014/CC1.

16. *En la realidad se pueden presentar diversos casos en los cuales una persona natural destina accesorio o eventualmente algún bien de uso personal para una actividad empresarial, es decir, le da un uso mixto, lo que no significa que dicha situación lo enerve de la calidad de consumidor protegido que posee. En tal sentido, debe reconocerse la existencia de zonas grises en las que no resulta sencillo determinar con toda precisión el uso determinado de un bien, por ejemplo, el caso de quien adquiere un bien para su uso simultáneo como consumidor y como proveedor.*

17. *Es por tales motivos que es absolutamente admisible la posibilidad que algunos productos y/o servicios puedan ser sometidos a un uso mixto, es decir, empresarial y particular. Por ello, el Código expresamente señala en el punto 1.3 del artículo IV del Título Preliminar del Código que en caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se calificará consumidor a quien lo adquiere o utiliza. Ello quiere decir entonces que en el caso que un bien que sea empleado para el uso personal o familiar y, a la vez, para uno empresarial o comercial, deberá calificarse al usuario como consumidor....*

19. *De conformidad con lo expuesto en los párrafos precedentes, la Sala considera que el empleo ocasional que el señor Rodríguez daba al vehículo para realizar el servicio de taxi implicaba uso mixto del referido bien, es decir, aún en ese escenario, el denunciante calificaba como consumidor final.*

En este orden podemos apreciar que eventualmente a un bien de uso mixto también puede ampararse la protección del derecho del consumidor, bastando con acreditar que el bien principalmente es destinado para fines personales, en otras palabras, los fines comerciales deben ser secundarios.

d) Supuesto de Excepción:

Adicionalmente a lo comprendido como consumidor, por **ficción normativa** y en clara óptica de promoción y protección de la micro y pequeña empresa, se entiende que estas pueden ser enmarcadas dentro de la definición de consumidor, sólo en aquellos casos en los que se presente una situación de asimetría de información entre la MyPE y el proveedor.

Dado que el proveedor cuenta con mucha más información que la MyPE, para que se configure el supuesto, esa diferencia de información debe colocar al proveedor en una situación privilegiada, de la cual se vale para obtener beneficios indebidos que desvirtúan la esencia del mercado.

1.1.3.2. Definición de Consumidor en Otros países:

De forma referencial brevemente expondremos las definiciones normativas en Argentina y Brasil en comparación con la nuestra:

a) La Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, define en el artículo 1, al **consumidor** como:

“Toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”¹⁵.

La primera diferencia entre la definición argentina y la nuestra, es que en nuestro país el legislador innecesariamente a pesar de lograr una definición entendible de consumidor se esfuerza por dejar en claro quien no lo es, señalando por ejemplo la exclusión de la adquisición para fines destinados a la línea productiva. En cambio, la definición argentina apunta sólo a dejar en claro los alcances de los supuestos de la definición.

¹⁵ Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24240 de 22 septiembre del 1993. Diario Oficial el Argentina, (13-10-1993).

Un segundo contraste es que no utilizan el término disfrutar, con la intención de dejar la producción de frutos fuera del concepto.

Finalmente, la legislación argentina se esfuerza en dejar en claro que no sólo los intervinientes directos de la relación de consumo son los protegidos, sino toda aquella persona que se encuentre expuesta a esta. Aspecto que era importante enfatizar en nuestra legislación para evitar posibles interpretaciones arbitrarias, que al único que perjudican es finalmente al consumidor.

b) El Código de los Derechos de los Consumidores de Brasil – Ley 8.078 (1990) define en el artículo dos al consumidor como: *“Toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final. Párrafo Único. Equiparase a consumidora colectividad de personas, aunque sean indeterminable, que haya intervenido en relaciones de consumo”*¹⁶.

La Definición Brasileña, es mucho más escueta y no efectúa precisión alguna, respeto si se trata de bienes o servicios o si son materiales o inmateriales, no por ello podríamos entender que no se encuentran protegidas dichas relaciones. Los aspectos que quedan fuera de campo son relacionados a la intervención de terceras personas que no forman directamente parte de la relación de consumo, así como no se menciona el caso de los familiares o integrantes del círculo social, entendemos que ello se debe a la antigüedad de la norma. En este caso estamos ante omisiones de importante trascendencia social.

1.1.4. EMPRESAS DE BIENES Y SERVICIOS:

1.1.4.1. Proveedor:

Para hablar de la producción de bienes y servicios, es necesario previamente entender lo que significa un **proveedor**, quien será el ente que justamente se encargará de entregar determinado producto o prestar un servicio específico.

¹⁶ Código de los Derechos de los Consumidores de Brasil. Ley 8.078, (11-09-1990).

El Código de Protección y Defensa del Consumidor¹⁷, en el Art. IV del Título Preliminar, señala la siguiente definición:

Proveedores. - Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

- 1. Distribuidores o comerciantes. - Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.*
- 2. Productores o fabricantes. - Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.*
- 3. Importadores. - Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.*
- 4. Prestadores. - Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores.*

Del concepto señalado existen varios elementos que requieren un mayor análisis, para lograr entender mejor el alcance normativo:

- a)** Lo primero a resaltar es el **aspecto subjetivo** de la definición, nos habla de personas naturales o jurídicas, es decir, y a estas alturas resulta obvio, que no es necesario que la persona proveedora de un producto sea una empresa, sino también puede ser persona natural. Recordemos que no siempre en el caso de personas naturales estas cuentan con un registro único de contribuyente – RUC, a pesar de esta deficiencia la relación de consumo no se ve afectada.

¹⁷ Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley 29571, (02-09-2010).

- b) El proveedor puede ser una persona de **derecho público o privado**, y esto tiene sentido en la medida que entendamos que quien recibe el bien o servicio va a ser un consumidor. Por tanto, por ejemplo, ante un maltrato recibido en alguna entidad estatal, como Registros Públicos, podremos efectuar el correspondiente reclamo a través del libro de reclamaciones.
- c) Otro factor que exigirse es que sólo tendrá la calidad de proveedor la persona que realice una determinada actividad de forma **habitual**, al respecto el Código del Consumidor¹⁸ en el inc. 12 del Art. IV del Título Preliminar señala:

Habitualidad. - *Se considera habitual aquella actividad que se realiza de manera común y reiterada de tal forma que pueda presumirse que se desarrolla para continuar en el mercado. Este concepto no está ligado a un número predeterminado de transacciones que deban realizarse. Las actividades de venta de productos o contratación de servicios que se realicen en locales abiertos son consideradas habituales por ese simple hecho.*

Como se aprecia el principal aspecto que determina la habitualidad es la intención del proveedor de continuar en el mercado, realizando actividades comerciales. Esta condición de habitualidad es presumida en el caso de locales para atención abierta al público, entiéndase que estamos ante una presunción iuris tantum, es decir, que si admite prueba en contrario.

- d) Dentro de las conductas que califican a la persona como proveedor se detallan la siguientes:
- **Fabricar** : Producir objetos en serie
 - **Elaborar** : Transformar una cosa u obtener un producto.
 - **Manipular** : Trabajar demasiado algo.

¹⁸ Idem.

- **Acondicionar** : Disponga o prepare un bien.
- **Mezclar** : Incorpora un bien con otro, para que sea uno.
- **Envasar** : Poner cualquier género en su envase.
- **Almacenar** : Reunir o guardar cosas.
- **Expende** : Vender efectos
- **Suministrar** : Proveer a alguien de algo que necesita.

1.1.4.2. Servicio:

Al respecto el Diccionario RAE, señala que servir es estar sujeto a alguien por cualquier motivo haciendo lo que él quiere o dispone. En una relación de consumo el servicio no es ilimitado, sino está sujeto, a los alcances de la oferta dada por el proveedor.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor precisa que servicio es cualquier actividad de prestación de servicios que se ofrece en el mercado, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito de seguros, previsionales y los servicios técnicos y profesionales. No están incluidos los servicios que prestan las personas bajo relación de dependencia.

Bajo este contexto inclusive la consulta que absuelve un abogado a su cliente está dentro de los alcances de protección al consumidor. Legalmente han quedado excluidos del concepto de servicio, las prestaciones dadas, como parte del cumplimiento de un contrato de trabajo, los problemas que se desarrollen en este último caso, serán resueltos específicamente por el derecho laboral.

Es importante resaltar las ideas que al respecto Esteban Carbonell refiere: *“Realizar una prestación de servicios indica “hacer algo” hacer es ejecutar un acto útil o provechoso para un tercero; como por ejemplo un trabajo manual o intelectual, un servicio personal, un viaje, una prestación o entrega de cosa para un uso determinado”*¹⁹.

¹⁹ Carbonell OE. Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor. Lima: Juristas Editores; 2010. p. 59.

Finalmente, el Art. 1148 del Código Civil, permite precisar que la prestación de servicio, para que sea idónea debe verificarse dentro del plazo y modo pactado y en caso de no haberse precisado estos aspectos, debe realizarse conforme a las circunstancias exigidas por la naturaleza de la obligación.

1.4.3. Producto:

Desde el punto de vista legal para comprender la idea de producto, es necesario identificar que se entiende primero por bienes, al respecto Francisco Avendaño Arana refiere: *“Los bienes son el objeto de los derechos reales. Bien es toda entidad, material o inmaterial, que es tomada en consideración por la ley, en cuanto constituye o puede constituir objeto de relaciones jurídicas. Los bienes se distinguen de las cosas. Las cosas, en términos jurídicos, son los objetos materiales de valor económico que son susceptibles de ser apropiados, transferidos en el mercado y utilizados por las personas con la finalidad de satisfacer necesidades. El concepto de bien es más amplio; comprende a las cosas (bienes corporales) ya los derechos (bienes inmateriales). Este es el sentido de bien que utiliza el Código Civil”*²⁰.

En este orden de ideas abordamos ahora la definición de producto, prevista en el Código del Consumidor, que refieren como producto a cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, de origen nacional o no. Es decir, que el concepto de producto es el mismo que el de bien.

Por lo tanto, la técnica legislativa de redacción no es la más adecuada, dado que, es redundante señalar que el producto es un bien material o inmaterial, precisión innecesaria, ya que el concepto jurídico de bien como lo señala Avendaño no solo circunscribe a las cosas sino también a los derechos.

Cabe solamente precisar que la principal diferencia entre bienes muebles e inmuebles, se encuentran en la posibilidad de desplazamiento del bien, si el bien es susceptible de ser llevado de un lugar a otro sin que pierda su esencia será mueble y la inamovilidad hace referencia a los bienes inmuebles.

²⁰ Avendaño AF. Código Civil Comentado. 5 vols. Derechos Reales. 2a ed. Lima: Gaceta Jurídica; 2012. p. 29.

La clasificación de bienes muebles e inmuebles es, como ya se dijo, la de mayor importancia y tiene enorme trascendencia. En efecto el régimen jurídico de los derechos reales es distinto. La distinción influye en el sistema de transmisión de los derechos reales, en la defensa posesoria, en la prescripción adquisitiva, en las garantías, en la publicidad, aspectos tributarios, etc.

1.2.- RELACIONES DE CONSUMO – Integrantes:

En referencia al tema abordado iniciaremos el análisis, partiendo de lo señalado por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, específicamente en el inc. 5 art. IV, del Título Preliminar, que refiere: *“Relación de consumo. - Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III”*²¹.

La definición anotada contempla cuatro supuestos para configuración de este tipo de relaciones jurídicas.

- a) Desde el punto de vista subjetivo, reclama que los sujetos intervinientes tengan necesariamente la calidad de consumidor y proveedor, conforme a las precisiones efectuadas en los apartados anteriores.
- b) La relación entre proveedor y consumidor se realiza dentro del ámbito de un contrato con prestaciones recíprocas, es decir un acto jurídico en el que las prestaciones deben cumplirse simultáneamente.
- c) El consumidor debe pagar una contraprestación a cambio de la contraprestación del proveedor.
- d) Proveedor debe ofrecer la transferencia de un producto o la prestación de un servicio.

Otros autores como es el caso de Esteban Carbonell O`Brien, señalan que los supuestos serían sólo tres:

“La actual definición establece 3 elementos fundamentales para la definición de relación de consumo:

²¹Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley29571, (02-09-2010).

1. *consumidor adquiera un producto o contrate un servicio*
2. *proveedor de un producto o realice un servicio.*
3. *contraprestación económica*²².

El punto de discusión se encuentra en la última línea del artículo en comentario, al indicar que la definición de relación de consumo no afecta a los supuestos contemplados en el **artículo III** del mismo Título Preliminar, es decir, aparentemente se incluyen a las relaciones jurídicas en las que el consumidor no otorga una contraprestación por la prestación del empleador.

Al respecto considero que la precisión legislativa es innecesaria, dado que el Art. III del título preliminar deja en claro que las normas de protección al consumidor, no sólo se aplicaran a las relaciones de consumo, sino también a otros tipos de relaciones; a continuación, se precisa cual es el ámbito de aplicación de nuestro Código:

- a) Protege al consumidor directamente expuesto a una relación de consumo.
- b) Protege al consumidor indirectamente expuesto a una relación de consumo.
- c) Protege al consumidor directamente comprendido a una relación de consumo.
- d) Protege al consumidor indirectamente comprendido a una relación de consumo.
- e) Protege al consumidor en una etapa preliminar a la relación de consumo.
- f) Protege al consumidor en las relaciones de consumo celebradas en el Perú.
- g) Protege al consumidor en las relaciones de consumo cuyos efectos se den en el Perú.
- h) Protege al consumidor en operaciones gratuitas destinadas fomentar el consumo.

²² Carbonell OE. Óp. Cit. p. 60

En efecto, no es indispensable que exista una relación de consumo para que exista protección legal, sino que, por disposición legal, también se aplicará la norma en casos en que ni siquiera exista una contraprestación por parte del consumidor, como es en las operaciones gratuitas. Es más, ni siquiera la persona debe participar directamente de la relación de consumo, basta que se extiendan sus alcances a una tercera persona, a ello se refiere la norma cuando dice que sólo se requerirá que el consumidor este expuesto o pudiera estar expuesto, para merecer tutela legal.

Conforme se mencionó inicialmente esta es la definición que ha enmarcado nuestra legislación, la cual no compartimos, dado que, es necesario recurrir a otros artículos, como el referido a los alcances de la ley, para no dejar sin amparo algunos casos de afectación al consumidor. Ello se produce claro está, porque los supuestos normativos de la definición de “relación de consumo”, no reflejan la real dimensión de este tipo de relaciones en la práctica.

Partiendo del errado concepto previsto en la norma, se podría pensar y en efecto pasa con muchos operadores del derecho, al entender, que mientras el “consumidor” no haya dado su contraprestación por el producto o servicio, este no merece tutela legal. Podríamos entonces preguntarnos con justa razón si un comensal que espera por más de una hora a ser atendido merece tutela como el consumidor, la respuesta evidente es que si, dado que, si bien aún no ha pagado por la comida, esto es, no dio su contraprestación, merece ser protegido por los abusos o deficiencias del servicio del proveedor. En la misma línea, también merecen protección los consumidores que son invitados para la prueba de un determinado producto de forma promocional, en este caso, de la misma forma en caso de causarles algún perjuicio, obliga al proveedor a resarcir los derechos lesionados.

En este orden de ideas, estoy convencido de la necesidad de que el legislador, formule un concepto de relación de consumo, que involucre no solo las operaciones que tengan una contraprestación, sino que, se incluyan las relaciones gratuitas, las indirectas, las acaecidas antes del perfeccionamiento de

la relación. Bajo esta misma línea se ha expresado el jurista argentino Javier H Wajtraub²³, quien apunta a una definición de relación de consumo integral.

La relación jurídica de consumo es una definición normativa y su extensión surgirá de los límites que la legislación le establezca a sus elementos: sujeto, objeto, fuentes. Coincidimos en que debe definirse la relación de consumo "de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor debe comprender todas las situaciones posibles" (13). En consonancia con lo expresado, podemos agregar que, si bien el derecho del consumidor regula fundamentalmente materia contractual, existe una buena cantidad de disposiciones que otorgan prerrogativas a los sujetos, aun sin estar vinculados contractualmente con proveedores. De esta manera, una noción acotada de la relación de consumo no puede dejar de considerar estos supuestos expresamente contemplados por la legislación. Además, teniendo su fundamento principal en la normativa constitucional (14), esta amplitud de criterio es la que mejor se adecua a una correcta hermenéutica.

Adicionalmente a lo indicado partamos de lo obvio toda relación de consumo, es una relación jurídica y por lo tanto estamos ante toda relación de la vida real establecida entre dos o más sujetos de derecho, que se constituyen en partes de la misma situación hipotética, correspondiendo a una o algunas, la calidad de sujeto activo, esto es, titular de un derecho y a la otra u otras, la de calidad de sujeto pasivo, es decir, la de titular del deber, claro está que en relaciones con obligaciones recíprocas, ambas partes en algún momento tienen el rol de activas y pasivas. La citada relación al estar previstas por el supuesto normativo, producen efectos jurídicos consistentes en crear, modificar, regular o extinguir derechos y deberes.

²³ Wajtraub JH. Protección Jurídica Del Consumidor. Buenos Aires: Editorial LexisNexis – Depalma; 2004. p. 14.

Siguiendo la teoría general del derecho toda relación jurídica presenta los elementos indispensables para que su configuración sea válida y susceptible de producir efectos jurídicos:

- a) **Elemento subjetivo:** En toda relación existen por lo menos dos sujetos de un lado el sujeto de derecho y del opuesto el sujeto del deber.
- b) **Elemento objetivo:** Es la prestación, en otras palabras, es la conducta que tiene que desarrollar el sujeto del deber para satisfacer el interés del sujeto del derecho. Sin olvidar que a su vez el objeto mediato de la prestación son los bienes, los derechos.
- c) **Elemento causal:** La Causa.
- d) **El contenido:** Es el conjunto de derechos y deberes.

Estos elementos generales pueden aplicarse al campo del derecho del consumidor, en efecto, en una relación de consumo que es la que abordamos en el presente análisis los elementos serían los siguientes:

1.2.1. ELEMENTO SUBJETIVO:

- a) **Sujeto Activo:** Es decir quien recibe la protección legal a través de una serie de derechos es el consumidor y/o usuario.
- b) **Sujeto Pasivo:** Quien está obligado por ley a observar una serie de conductas a favor del consumidor, es el proveedor.

1.2.2. ELEMENTO OBJETIVO:

La prestación a cargo del proveedor está delimitada en dos conductas objetivas:

- a) La transferencia de un producto
- b) La prestación de un servicio

1.2.3. ELEMENTO CAUSAL:

El motivo que determine la contratación debe ser una elección de consumo ajustada a los intereses del consumidor.

1.2.4. EL CONTENIDO:

En el caso del consumidor y proveedor se generan una serie de derechos y correlativas obligaciones que enunciativamente mencionamos:

- a) Acceso a información para toma de decisiones.
- b) Protección ante cláusulas abusivas.
- c) Trato justo y equitativo.
- d) No discriminación.
- e) Reparación o cambio de producto.
- f) Nueva ejecución del servicio
- g) Indemnización

2.- MARCO LEGAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2.1.- PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2.1.1.- SOBERANÍA DEL CONSUMIDOR

El Código de Protección y Defensa del Consumidor²⁴ desarrolla este principio de la siguiente forma:

Artículo V.

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

Estamos ante el principio rector de los derechos del consumidor, respecto del cual Esteban Carbonell²⁵, menciona acertadamente.

...el consumidor es el agente más importante en el mercado, por ello se le debe de brindar información relevante, necesaria y útil para que este pueda tomar una decisión libre en base a la debida información que pueda tener. A fin de que sea el consumidor quien oriente a las mejoras de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos en el mercado con

²⁴ Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley29571, (02-09-2010).

²⁵ Carbonell OE. Óp. Cit. p. 66

ayuda de sus decisiones.

En páginas anteriores, al referirnos a la evolución del derecho del consumidor, comprendimos que la relación entre consumidor y proveedor es asimétrica, parecida a la asimetría que existe entre trabajador y empleador. Esta falta de igualdad en el mercado, en un inicio mostro la necesidad de proteger a la parte débil de la relación, con normas que en determinados supuestos estén a su favor.

Un caso importante que nos permite ejemplificar este principio es en la venta de productos usados o reconstruidos, en estos supuestos el proveedor está en la obligación de informar de forma certera al consumidor que está adquiriendo este tipo de productos, es por ello, que es obligación del proveedor y no del consumidor acreditar en un eventual procedimiento ante INDECOPI, que cumplió con informar al consumidor de estas circunstancias especiales.

En efecto, el artículo 11 del Código de Consumo, inclusive prevé que el incumplimiento de esta exigencia es considerado contrario a la buena fe en el comportamiento exigible al proveedor.

Queda claro que, a pesar de tratarse de un consumidor diligente, como este podría advertir que el producto que se le vende no tiene unos días o más de uso, por haber estado en exhibición o anteriormente ha sido reconstruido como pasa con los celulares comúnmente denominados *refabrishs*. Bajo estas circunstancias es necesario que el ordenamiento legal interprete en determinados casos cargas de la prueba a favor del consumidor o finalmente en caso de duda resolver a favor de este.

Nótese que lo importante en el principio desarrollado es la capacidad de libertad del consumidor, la misma se entiende lograda a través de un mercado en el que existe información idónea del producto o servicio a contratar, así como se debe tratar de un mercado en el que la oferta de productos y servicios sea determinada en lo posible por un punto medio entre la ley de la oferta y demanda.

Si bien es cierto, es necesario la protección de la parte débil de la relación de consumo, resulta también de suma importancia definir hasta qué punto se debe proteger al consumidor de sí mismo, lo que nos lleva brevemente a abordar una ardua discusión respecto a la protección del consumidor razonable o consumidor ordinario.

Al respecto Alfredo Bullard, en su artículo denominado *¿Es el Consumidor es un idiota?* señala que: *“Hablar de un consumidor razonable no es hablar de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso. No es un consumidor racional, calculador y frío capaz de analizar con detalle todas las alternativas como si fuera una calculadora. Por el contrario, es una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquier persona según las circunstancias”*²⁶.

Si se debe proteger al consumidor ordinario o solo al razonable es un dilema que está en la médula de todo el sistema. La idea es que la legislación opte a favor de un estándar de consumidor razonable, debido a evitar errores de ambos lados de la relación de consumo, esto originaría incentivos para que se adopten precauciones recíprocas.

2.1.2.- PRINCIPIO PRO-CONSUMIDOR.

Al respecto el Código de Protección y Defensa del Consumidor desarrolla este principio de la siguiente forma:

Artículo V.

“2. Principio Pro-Consumidor. - *En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor”*²⁷.

²⁶ Bullard GA. *¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario.* Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, 2010;(10):06-07.

²⁷ Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley29571, (02-09-2010).

Citando a Fabio Konder Comparatto, refiere que el consumidor ciertamente es aquel que no dispone de control sobre los bienes de producción, por consiguiente, el consumidor, de modo general, es aquel que se somete al poder de control de los titulares de bienes de producción, es decir, de los empresarios.

En esta línea refuerza la idea de que la mayor parte de contratos que se realizan en una relación de consumo son contratos por adhesión, en los que el proveedor ya ha delimitado una serie de cláusulas previas evidentemente a su favor, logrando en lo posible evadir responsabilidades por posibles daños. Y es respecto de este tipo de contratos que el consumidor se somete.

El Tribunal Constitucional²⁸ señaló:

a) *El principio pro-consumidor*

Dicho postulado o proposición plantea la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores y usuarios en razón de las objetivas desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios

Y es justamente este principio la principal base que consagra nuestra legislación para la apertura de los daños punitivos a nuestra legislación como lo veremos en el siguiente título de esta investigación.

2.1.3. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA:

El Código de Protección y Defensa del Consumidor desarrolla este principio de la siguiente forma:

Artículo V.

“3. Principio de Transparencia. - *En la actuación en el mercado, los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen. La*

²⁸ Tribunal Constitucional. Resolución recaída en el Expediente 3315-2004-AA/TC-Lima.

*información brindada debe ser veraz y apropiada conforme al presente Código*²⁹.

Este principio involucra una obligación directa del proveedor de brindar información pertinente, actual y veraz, al consumidor para la toma de decisiones de consumo. La idea es evitar por ejemplo las conductas de publicidad engañosa, o falta de información vital en los productos.

Abordando este principio resulta interesante analizar el Expediente 0012-2014/CCD-INDECOPI-CAJ, este procedimiento se inició de oficio por INDECOPI, en contra de Cooperativa de Ahorro y Crédito Nuestra Señora del Rosario – Coopac NSR, el motivo determinante fue que en los banners y volantes publicitarios emitidos por esta entidad financiera se anunció un sorteo que señalaba: *“DICIEMBRE 2014, GRAN SORTEO POR TUS DEPÓSITOS A PLAZO FIJO Y APORTACIONES EXTRAORDINARIAS”*.

En el aviso omitió indicar el número de la resolución autoritativa, expedida por la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior.

La pregunta que nace es: ¿Por qué esta omisión viola el principio de transparencia? Al respecto debemos analizar los numerales 17.1 y 17.2 del artículo 17 del D.L. 1044³⁰ que establecen lo siguiente:

Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad

17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

²⁹ Idem. Op. Cit.

³⁰ Ley de Represión de la Competencia Desleal. DL 1044. Diario Oficial el Peruano, (26-06-2008).

En efecto la publicidad no cumplió con las exigencias que la ley exige, para en lo posible lograr transparencia en la información que los anunciantes brindan a los consumidores, quienes al apreciar el número de resolución de autorización administrativa percibirán que se trata de una promoción cierta y formal, con ello se busca dos objetivos:

- a) Evita que el público vea defraudadas sus expectativas y
- b) Se dan incentivos a la realización de transacciones seguras basadas en información clara y veraz.

2.1.4. PRINCIPIO DE CORRECCIÓN Y ASIMETRÍA.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor³¹ desarrolla este principio de la siguiente forma

Artículo VI.

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

Al respecto con todo acierto Esteban Carbonell O'Brien³² refiere

Este inciso protege al consumidor de toda desigualdad que pueda existir en el mercado en la relación productor-consumidor, para que de esta manera no se genere un abuso de posición de dominio y cause una desventaja económica tanto para el consumidor, como persona individual y a la economía popular.

La Economía Popular es el conjunto de actividades de producción, distribución o consumo que realizan estas personas y organizaciones sea para auto-generar ingresos, empleo o bien para reducir los costos de vida

³¹ Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley29571, (02-09-2010).

³² Carbonell OE. Óp. Cit. p. 69.

accediendo a bienes básicos (alimentos, medicinas, vivienda, servicios básicos, etc.).

La norma llega a la conclusión que las distorsiones y malas prácticas en el mercado se originan básicamente de dos fuentes:

- a) La primera y más importante es la asimetría informativa, aspecto que fue analizado en el principio de transparencia.
- b) Y la segunda relacionada con casos de desequilibrio en la actuación en el mercado, sea a nivel individual o como mercado en conjunto.

En cuanto a las situaciones de desequilibrio, el principio analizado nos enmarca también dentro de los casos de abuso de posición de dominio. Un caso fue el seguido por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – ASPEC, en contra de Los Portales S.A. y CORPAC lo sucedió ocurre a razón de una licitación del año 1993, por la que se otorgó la buena pro para la administración de la playa y el ingreso al aeropuerto a Los Portales S.A. el público usuario en ese momento estuvo obligado a pagar el servicio de estacionamiento sólo por ingresar a dejar pasajeros, es decir, de ingreso y salida.

INDECOPI por Resolución N° 057- 95- INDECOPI-CLC, acepto la denuncia contra de Los Portales S.A. alegando como infracción abuso de posición de dominio, específicamente por condicionar el pago de dos horas o fracción sólo por el hecho de ingresar a la playa de estacionamiento del Aeropuerto.

Como podemos apreciar. el ordenamiento sustantivo refiere en el Decreto Legislativo 701, que una o más empresas se encuentran en esta posición cuando pueden actuar de forma independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, pero principalmente utilizan esa ventaja de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros.

Claro ejemplo de ellos son los monopolios u oligopolios, figuras que no están prohibidas por nuestra legislación, sino como se reitera, se busca prohibir el ejercicio abusivo de la posición que otorgan estas distorsiones. Es bajo el abuso

de estas posiciones que el estado busca corregir las posibles asimetrías que se manifiesten.

Un ejemplo de las medidas correctivas que utiliza el Estado, se plasmó en la Ley N° 26876³³, mediante esta norma se busca.

Evitar concentraciones empresariales que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica, para ello establece un procedimiento de autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno, cualquier posible fusión; la constitución de una empresa en común; adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa del sector eléctrico.

2.1.5.- PRINCIPIO DE BUENA FE:

Continuando con el análisis el Código de Protección y Defensa del Consumidor desarrolla este principio de la siguiente forma:

Artículo VI.

“5-. Principio de Buena Fe. - En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular”³⁴.

³³ Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Ley 26876. Diario Oficial el Peruano, (18-11-1997).

³⁴ Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley 29571, (02-09-2010).

La buena fe es un principio general del derecho, que puede entenderse de dos concepciones diferentes una **subjetiva-psicológica**, la que entiende a la buena fe como el estado de ánimo que ignora, la ilicitud de la conducta o de posición jurídica que se ostenta. Y otra concepción conocida como **objetiva-ética** exige que la conducta se materialice con una diligencia socialmente exigible. En simples palabra buena fe será la conducta que se despliega bajo la creencia de no dañar a otro.

El Código Civil en el **Artículo 1362** refiere que: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”, el principio de buena fe señalado ha evolucionado, para ser aplicado a situaciones mucho más específicas como es el caso de las relaciones de consumo, como se ha explicado son relaciones jurídicas de tipo contractual.

Por lo tanto, para la generación de un contrato, las partes en este caso proveedores y consumidores deben relacionarse bajo un deber de comportamiento que se conoce como el principio de buena fe, el que debe estar presente no solo en la celebración del contrato mismo, sino que inclusive debe estar presente en la etapa de formación del contrato, es decir, en las tratativas.

Al respecto la buena fe en la **etapa precontractual** se desarrolla en palabra de Vincezo Roppo³⁵, de la siguiente forma.

El deber de corrección impone evitar durante la tratativa comportamientos que impliquen intención o conciencia de infligir a la contraparte daños injustos, piénsese en A que envuelve a B en una larga tratativa sin tener la mínima intención de celebrar el contrato, sino con el único propósito de distraer a B de otra posible tratativa que de este modo queda reservada a un amigo de A; o en X que induce a Y al contrato engañándolo o amenazándolo. Pero impone también evitar comportamientos, fuentes de daño injusto, que prescindan de tal intención y conciencia y se reconduzcan más bien a la superficialidad, desatención o incompetencia; como en el que caso de quien inicia frívolamente la tratativa de un

³⁵ Roppo V. El Contrato. Lima: Gaceta Jurídica; 2009. p. 181-182.

contrato, y dándose cuenta solo al final de no tener la capacidad técnica, organizativa o financiera para sostener la ejecución, la interrumpe con una excusa. En otras palabras, también la diligencia es un componente de la buena fe, del art. 1337, este prohíbe no solo los comportamientos calificados por dolo (o mala fe subjetiva), sino también los coloreados de simple culpa. La violación de la buena fe (objetiva) no es excluida por el estado de buena fe (subjetiva) en que se encuentre el agente.

En efecto no es necesario que se haya materializado la relación de consumo para que el consumidor sea objeto de protección, en la etapa precontractual es necesario que el proveedor informe debidamente de las verdaderas condiciones de la contratación, por ejemplo está en el deber de informar si el producto cuenta con algún desperfecto o si este ha sido objeto de alguna reparación, la omisión de información, es un conducta contraria al principio de buena fe, dado que se busca sorprender a la contra parte, al obtenerse un provecho ilícito de la venta.

El principio de buena fe tiene distintas formas de manifestarse en la variedad de conductas que exterioriza el proveedor en esta línea el mismo INDECOPI ³⁶, señala.

Sin embargo, cuando la atracción de consumidores se realiza mediante actuaciones que distorsionan u obstruyen el correcto funcionamiento del proceso competitivo, aquellas resultan contrarias al deber general de conducta que representa el actuar conforme a la eficiencia económica y a la corrección que debe guiar la pugna competitiva, siendo que en este caso, nos encontramos ante una conducta contraria a la buena fe empresarial, que califica, por consecuencia, como un acto de competencia desleal.

³⁶ INDECOPI. DOCUMENTO DE TRABAJO “LINEAMIENTOS SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA”. [página principal en Internet]Lima; c2011 [citado 2017 Ago 17] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: (https://www.indecopi.gob.pe/documents/51775/0/Trabajo_Lineamientos.pdf/ef12a5f8-0d58-4576-b68d-63509ceec14fc)

Desde la óptica del proveedor y la norma de competencia desleal³⁷, debe entenderse como aquella.

Conducta que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla, son claramente actos considerados contrarios al principio de buena fe.

Un ejemplo que podemos resaltar es el procedimiento sancionador seguido en INDECOPI, por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. en contra de Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C., el principal hecho investigado fue que Ambev promocionó en diversos medios de comunicación de forma comparativa, la oferta de cuatro botellas de la cerveza “Brahma” a un precio de nueve soles con cincuenta céntimos, frente la oferta de tres botellas de otra cerveza que por sus características, implicaría de manera directa a la cerveza “Cristal”.

El problema que afecta el principio de veracidad se produce porque en la publicidad se contrastan productos que no son iguales, dado que, las botellas utilizadas por Ambev para la comercialización de la cerveza “Brahma” tienen un contenido de 630 ml, por el otro lado las botellas utilizadas por Backus para la cerveza “Cristal” tienen un contenido de 650 ml.

Finalmente, al emitirse la decisión administrativa esta fue declarar fundada en parte la denuncia presentada, imponiendo una sanción de 25 U.I.T. en contra de Ambev, reflejando la importancia en este caso de los proveedores de dirigirse a los consumidores de forma honesta, es decir, dentro de los márgenes de la buena fe en la contratación.

³⁷ Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal. D.L. 1044. Diario Oficial el Peruano, (26-06-2008).

2.1.6.- PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD:

El Código de Protección y Defensa del Consumidor desarrolla este principio de la siguiente forma:

Artículo VI.

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

Este principio tiene un contexto de resolución práctico ya que busca solucionar dudas originadas en los procedimientos respecto de la real naturaleza del tipo de acto jurídico celebrado entre proveedor y consumidor, en efecto, en el análisis de los casos, la autoridad tomará en cuenta el propósito de los actos jurídicos celebrados por las partes, a fin de determinar la verdadera naturaleza de las conductas de consumo.

El desarrollo legislativo de este principio se plasmó en el Decreto Legislativo 1045, por el que se aprueba la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, la que en el **Artículo 24** señala: *“En la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas tomará en consideración las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enervará el análisis que la autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa”*³⁸.

³⁸ Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor. DL 1045. Diario Oficial el Peruano, (26-06-2008).

De forma mucho más directa el Tribunal Constitucional en una de sus resoluciones, específicamente la STC N° 1944-2002-AA/TC refirió que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Un caso que puede citarse para análisis de este principio se presenta en el expediente seguido por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, en el expediente 097-2015/CC3, en este caso, luego de que INDECOPI, realizó acciones de supervisión de oficio a la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo - CMAC TRUJILLO, verificando que en reiterados casos no cumplió con dar respuesta oportuna a varios reclamos producidos por consumidores.

En este procedimiento la defensa de CMAC TRUJILLO, se dirigió a señalar que, si había cumplido con dar respuesta a los reclamos, pero por vía telefónica, acompañando los correspondientes audios y por lo tanto según versión de esta debía aplicarse el principio de primacía de realidad, dado que, si bien no utilizó una vía escrita, si cumplió con el objetivo principal que es dar respuesta a los reclamos.

Al respecto el INDECOPI³⁹, en el fundamento 41 de la resolución señaló:

En el presente caso, debemos indicar que la CMAC TRUJILLO presentó como medios probatorios audios (folio 251) en donde si bien se verifica se dio respuesta a los reclamos presentados, estos no acreditan la fecha de la comunicación, por lo cual dichos elementos probatorios no son suficientes para determinar que el consumidor efectivamente haya recibido la respuesta dentro del plazo establecido, por ende, los medios probatorios presentados carecen de validez.

El principal argumento en contra formulado por el INDECOPI es la imposibilidad de verificar la fecha de los audios presentados, para la aplicación del principio

³⁹ Tribunal de INDECOPI. Resolución 0155-2015/SPC-INDECOPI, recaída en el Expediente 097-2015/CC3.

comentado, por tanto, si los audios tuvieran constancia de la fecha en que se produjeron y esta fuera dentro de los 30 días con los que cuentan para pronunciarse del reclamo, el principio sería viable, claro todo ello bajo el contexto que el consumidor haya autorizado la respuesta por este medio.

Contando ahora con una idea clara de los principios rectores del derecho de consumo en nuestro país, es necesario analizar cómo estos se plasman en el contrato de consumo, como se desarrolla a continuación.

2.2.- CONTRATO DE CONSUMO:

La idea inicial de contrato está plasmada en el Código Civil en el artículo 1351, que señala al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Específicamente en la rama del derecho el consumidor esas dos o más persona que intervienen en el contrato se conocen como proveedor y consumidor, pudiendo indistintamente ser dos o más consumidores o proveedores, si bien la prestación entre estos tiene un carácter patrimonial, la norma restringe el campo a la venta de productos o servicios.

En efecto el artículo 45 del Código de Protección y Defensa del Consumidor refiere que un contrato de consumo tiene interviene un consumidor y un proveedor para en la medida de lo posible adquirir productos o servicios a cambio de una contraprestación patrimonial.

2.2.1. CARACTERÍSTICAS:

Bajo la definición señalada se puede identificar las siguientes características del contrato de consumo:

- a) ***La autonomía de voluntad de las partes se encuentra restringida***, en efecto, la autonomía esta reducida a señalar si el consumidor acepta o no las condiciones del contrato previamente elaboradas por el proveedor, pudiendo claro está de forma excepcional negociar algunos extremos del contrato.

Al respecto el autor colombiano Fredy Andrei Herrera Osorio⁴⁰ señala.

En el contrato de consumo el adquirente del bien o servicio tiene una autonomía de la voluntad reducida, pues la misma se reduce a la posibilidad de aceptar o rechazar la celebración del contrato, esto es, a la libertad de contratación (MESSINEO, 1952; p. 441), con una excepcional posibilidad de negociación de los elementos esenciales del contrato (las características propias del negocio que se celebra), por lo que no puede hablarse de una verdadera libertad de fijación del contenido negocial o libertad contractual.

- b) **La buena fe con la que intervienen las partes debe aplicarse de forma juiciosa**, en efecto al existir una parte del contrato como es el consumidor, que por lo general se adhiere a las condiciones dadas por el proveedor existe plena necesidad de que a lo largo de todo el contrato la actuación se vea íntegramente revestida de este principio.

En efecto el consumidor debe confiar en la profesionalidad del servicio que presta el proveedor, especialmente en que la información brindada es real y que corresponden al producto o servicio que contrata, por ejemplo, evitar en el contrato la existencia de cláusulas abusivas, que por la velocidad de la relación comercial el consumidor no pueda advertir, así como el producto o servicio debe contar con la calidad prometida.

- c) **La formalidad del contrato dependerá del tipo de producto o servicio que se contrate**, por ejemplo, en el caso de una persona que contrate los servicios de una constructora para la edificación de su vivienda, se utilizará un contrato de obra, este documento es el que hace las veces de contrato de consumo, en este caso el acto debe constar necesariamente por escrito. En el caso de la compra de productos de escaso valor como relojes o libros, el acuerdo de voluntades bastará sea de forma verbal o con la entrega de un comprobante de pago.

⁴⁰ Herrera OFA. El Contrato de Consumo: Notas Características. Revista Principia Iuris del Centro de Investigación Socios Jurídicos de la Universidad Santo Tomás. Ago 2012;(17):33.

En este apartado es necesario resaltar las corrientes que hablan de la existencia de un neoformalismo, dado que, las condiciones de contratación deben constar no solo por los medios tradicionales previstos en el Código Civil, sino que, en palabras de Fredy Andrei Herrera Osorio: *“...Puede entenderse como el renacimiento de la exigencia de la formalidad en el proceso de celebración de los contratos, la cual se traduce en la necesidad de que las condiciones generales de contratación consten por escrito, bien sea en papel o en sitio web del empresario, así como el formulario que permite la celebración de las operaciones, de suerte que sean fácilmente accesibles al consumidor y éste pueda comprender el alcance de la operación celebrada. Pueden estar, entonces, en escritos, carteles, prospectos, sitios web, circulares, etc., siempre que estén disponibles para su consulta...”*⁴¹.

Bajo este nuevo formalismo, el **Artículo 55** del Código de Consumo señala que la autoridad correspondiente debe difundir en un lugar destacado las cláusulas generales de contratación aprobadas, así como las cláusulas abusivas identificadas. El Indecopi está obligado a mantener enlaces en su portal institucional con las direcciones electrónicas de las autoridades sectoriales donde publiquen esa información.

- d) **Es un contrato típico**, queda claro que al existir una legislación que se encargue de regular los alcances, derechos y obligaciones de este tipo de relaciones jurídica de forma expresa, nos enmarca dentro de un contrato típico, en efecto los alcances están detallados a lo largo de todo el Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- e) **Contrato de tipo oneroso**, si bien es cierto el Código de Protección y Defensa del Consumidor sólo lo define al contrato de consumo como aquel en el que se realiza la adquisición de productos, podría entenderse que este término comprende tanto relaciones gratuitas como onerosas.

⁴¹ Ídem. p. 37.

Pero se debe dar lectura completa del dispositivo legal, dado que posteriormente señala que la relación se produce en el contexto de una contraprestación económica por parte del consumidor.

No esta demás recordar la precisión efectuada oportunamente en la que se refirió, los casos en los que el consumidor también está protegido en operaciones gratuitas, estas son, las que estén destinadas fomentar el consumo.

Citando nuevamente a Fredy Andrei Herrera Osorio, al respecto ha señalado: *“El contrato de consumo es oneroso porque tanto el proveedor como el consumidor gravan su patrimonio en virtud del vínculo obligacional. El primero, con el bien o servicio que debe poner a disposición del segundo, y éste con el pago de una remuneración. Empero, nada obsta para que el vínculo sea gratuito, como cuando el producto es entregado por el proveedor sin contraprestación alguna a su favor, caso en el cual siguen siendo aplicables las reglas que amparan al consumidor, como expresamente lo dispone el artículo 33 de la Ley 1480”*⁴².

- f) **Contrato de tipo conmutativo**, en razón que tanto proveedor como consumidor conocen el alcance de sus prestaciones, las mismas aparentan equivalencia, por implicar sacrificios que se consideran análogos y aceptables, en efecto, se generan obligaciones y derechos entre ambas partes.

2.2.2. PERFECCIONAMIENTO:

El contrato de consumo nace jurídicamente en el momento en que concurre la voluntad del proveedor y del consumidor, sobre los elementos esenciales de la relación, es decir, precio, producto o servicio. Respectivamente la voluntad del proveedor se expresa a través de preestablecer las condiciones materiales y

⁴² Ib. dem. p. 40

jurídicas para la celebración del contrato, mientras que la del consumidor se presenta con la adhesión al formulario y/o condiciones generales.

2.3.- RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA:

2.3.1.- RESPONSABILIDAD CIVIL

Queda claro que al hablar de relaciones de consumo y de un contrato de consumo, estamos por regla ante el sistema de responsabilidad civil contractual, las relaciones de proveedores y consumidores eventualmente generarán el incumplimiento de obligaciones sea de una u otra parte y esta conducta antijurídica debe traer como consecuencia lógica la producción de daños de tipo patrimonial y extrapatrimonial.

En estos casos el Código de Consumo señala en el Artículo 100 que todo proveedor que en el desarrollo de una relación de consumo ocasione daños y perjuicios al consumidor está obligado a indemnizarlo, para ello se aplican las normas del Código Civil en la vía civil, sin perjuicio de la responsabilidad penal, así como la eventual es sanciones administrativas y medidas sean estas de tipo correctivas reparadoras y/o complementarias que se puedan imponer.

El Código de Consumo enmarca los alcances de la responsabilidad civil destacando dentro de estos:

- a) Primero determinar la procedencia y fundabilidad de una indemnización de daños y perjuicios es un aspecto netamente jurisdiccional, esto es, que debe ventilarse ante el Poder Judicial, no pudiendo INDECOPI, pronunciarse sobre estos aspectos.
- b) La responsabilidad civil que se determine no excluye posibles sanciones de tipo penal, por algún delito o falta.

Ello en concordancia con lo señalado en el Artículo 1321 y 1322 del Código Civil, dejando presente que el artículo 103 del Código de Protección y Defensa del Consumidor señala que: *“La indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluido el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.”*

Al respecto la legislación **argentina** regula el tema de daños en la Ley N° 24.240 Ley de Defensa del Consumidor de la siguiente forma:

“ARTICULO 40. — Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”⁴³.

En este caso la legislación argentina opta por regular la responsabilidad bajo el sistema de *numerus clausus*, es decir, que detalla todos los casos en que procede la indemnización, incurriendo en la posibilidad de excluir supuestos de responsabilidad, por ejemplo, en el caso de proveedores que no hayan puesto su marca en la cosa. En el caso de argentina como en el Perú los daños y perjuicios deben discutirse a nivel Judicial.

En **México**, la Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada con la última reforma el 27 de enero del 2012, señala en el Artículo 10: *“Queda prohibido a cualquier proveedor de bienes o servicios llevar a cabo acciones que atenten contra la libertad o seguridad o integridad personales de los consumidores bajo pretexto de registro o averiguación. En el caso de que alguien sea sorprendido en la comisión flagrante de un delito, los proveedores, sus agentes o empleados se limitarán, bajo su responsabilidad, a poner sin demora al presunto infractor a disposición de la autoridad competente. La infracción de esta disposición se sancionará de acuerdo con lo previsto en esta ley, independientemente de la reparación del daño moral y la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en caso de no comprobarse el delito imputado”⁴⁴.*

⁴³ Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24240 de 22 septiembre del 1993. Diario Oficial el Argentina, (13-10-1993).

⁴⁴ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. México, DOF 09-04-2012.

La legislación mexicana también advierte la necesidad de resguardar los daños y perjuicios que se causen a los consumidores, separando también los sistemas de responsabilidad, bajo el claro entendido que una misma conducta puede generar más de un tipo de responsabilidad.

El detalle del tratamiento de la responsabilidad civil será abordado a mayor detalle en el segundo capítulo de la presente investigación, dado que, en este capítulo corresponde dejar en claro los límites de protección administrativa del consumidor.

2.3.2. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA ANTE INDECOPI.

La primera idea a resaltar refiere que, dentro de las partes de la relación de consumo, la única que puede ser sometida a la vía administrativa, es el proveedor, por tanto, en el caso de inejecución de las obligaciones por parte del consumidor, la única vía de reclamo es la jurisdiccional.

En efecto, el proveedor es administrativamente responsable por:

- a) La falta de idoneidad o calidad del producto o servicio que presta.
- b) El riesgo injustificado a que somete al consumidor
- c) La omisión o defecto de información en relación al objeto del contrato de consumo.
- d) En si cualquier daño que se produzca como consecuencia de una relación de consumo sobre producto o servicio determinado.

Entendido el ámbito de aplicación de la legislación administrativa corresponde analizar someramente el alcance de los procedimientos administrativos a través de los cuales el INDECOPI, fiscaliza el cumplimiento de la legislación del consumidor.

La principal idea a partir de ahora es entender los límites de la actuación del INDECOPI, para desincentivar las conductas dañosas a los consumidores y partir de este punto para resaltar la necesidad de contar con nuevos mecanismos de sanción o control a los proveedores, que son analizados en el segundo título.

3.- INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

3.1.- INDECOPI ATRIBUCIONES EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

3.1.1. SANCIONES

Las conductas de los proveedores que infrinjan las normas relacionadas con los derechos del consumidor originan la imposición de una sanción, claro está, ello será consecuencia de haberse seguido el correspondiente proceso administrativo ante INDECOPI.

Es importante entender que, por lo general la sanción es cuantitativamente menor a la ganancia que la conducta infractora otorga al proveedor, como es evidente éste seguirá cometiendo infracciones; de ahí que la sanción, para ser auténticamente disuasiva, debe ser mayor a dicha ganancia.

A ello debe añadirse que también es importante revisar la capacidad de INDECOPI para atrapar al infractor, aspecto que es determinante en el cálculo que hace el infractor, ya que, si éste sabe que no lo van a atrapar, cometerá la infracción así la ley haya previsto una sanción severa.

Al respecto el Código de Protección y Defensa del Consumidor, refiere en su **artículo 110**, que las sanciones a imponerse a los proveedores son las siguientes:

- a) Amonestación
- b) Multas

En el caso de las multas estas cuentan con la siguiente escala.

- Infracciones leves Hasta 50 UIT
- Infracciones graves Hasta 150 UIT
- Infracciones muy graves Hasta 450 UIT

En cuanto a la **amonestación** este tipo de sanción es aplicado como dice Hugo Gómez Apac⁴⁵.

Cuando el daño (o la puesta en riesgo) cometido por la infracción es mínimo o inexistente y hay atenuantes que justifican que la Administración simplemente haga un llamado de atención al administrado infractor. Si bien no se sanciona pecuniariamente al administrado, el hecho de que exista un procedimiento donde se verifique su responsabilidad constituye una afectación a su reputación y podrá ser considerado como un antecedente para un futuro caso.

Por ejemplo, estamos en casos en lo que el proveedor omitió por primera vez, con remitir el estado de cuenta a su cliente antes de la fecha de vencimiento, esto es, antes de la fecha de pago del consumidor.

Hugo Gómez Apac⁴⁶ en referencia al tema abordado señala.

La imposición de una amonestación resulta pertinente cuando el beneficio ilícito esperado y el daño ocasionado por la infracción son ínfimos (por ejemplo, un dólar) y el infractor no es reincidente o hay atenuantes que deben ser considerados (por ejemplo, la corrección de la conducta infractora antes de la notificación de la imputación de cargos³⁰). En estos casos, lo mejor es sólo amonestar.

En cuanto a la **multa** sanción de tipo pecuniaria, “...es una sanción que afecta la esfera jurídico patrimonial del administrado, pues lo obliga a efectuar un pago a favor de la Administración por la transgresión cometida, la cual se establecerá en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”⁴⁷.

Un caso que utilizaremos para comentar una idea práctica en relación con la imposición de multas y medidas correctivas será el caso de la Universidad San

⁴⁵ Gómez AH. Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor. Revista Derecho & Sociedad, Ago 2010;(34): 137.

⁴⁶ Ídem 143.

⁴⁷ Ib. dem. 143.

Pedro, en su calidad de proveedor del servicio educativo y como consumidor a los alumnos de este centro de estudios.

El punto medular del citado procedimiento se encuentra en que la Universidad *“No brindaría el servicio de innovación tecnológica toda vez que: a) En su sede ubicada en el “Campus Universitario de Shancayán, no se habría implementado el servicio de wifi gratuito; b) En su sede ubicada en Av. Centenario S/N los consumidores no podrían acceder a la red de wifi gratuito; y, c) Las aulas de la sede ubicada en Av. Centenario S/N no contarían con equipos multimedia (computadoras con internet)”⁴⁸.*

En este caso se exige que la Universidad San Pedro cumpla con la implementación de la citada innovación tecnológica, ya que, en el proceso de matrícula se cursó un volante a los alumnos en el que se indicó que la matrícula incluía seis conceptos, dentro de los cuales se encontraba, la implementación de wifi gratuito, aulas multimedia, es decir, con computadora, proyector, plataforma virtual, entre otros.

La innovación tecnológica es una obligación de la universidad, debido a que fue parte de su oferta, ante ello, el artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que los proveedores son responsables por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado. Por lo tanto, dicha responsabilidad los obliga a cumplir con todos los aspectos ofertados.

Ante ello INDECOPI, dispuso en resolución final sancionar a la Universidad San Pedro con multa ascendente a diez Unidades Impositivas Tributarias por infringir el artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

⁴⁸ RESOLUCIÓN FINAL N° 1361-2015/INDECOPI-LAL, [página principal en Internet] Lima: INDECOPI; c2016 [citado 2017 Sep 16] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51787/201134/RES+N%C2%BA+1361-2015/d7c632cf-2d58-4968-9e78-99b67f8a8f9c>

Para efectos de esta investigación es preciso señalar que el dinero cobrado por las multas impuestas es destinado a INDECOPI, a tenor de lo señalado en el Artículo 113 del C.P.D.C. refiere que para calcularse el monto de las multas a aplicarse, se utiliza como referencia la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) vigente a la fecha en que se efectúa el pago o en la fecha que se logre ejecutar la cobranza coactiva.

Estando a la norma señalada la única excepción en referencia al destino del dinero cobrado por las multas, es en el caso de asociaciones de consumidores, destinadas a la protección de sus derechos, en estos casos, dependiendo de las circunstancias específicas, las asociaciones no podrán cobrar más del cincuenta por ciento de la multa impuesta.

3.1.2. MEDIDAS:

Independientemente de la sanción a imponerse el INDECOPI, está facultado para establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer por parte del proveedor, que buscan dos fines específicos, el primero que el proveedor corrija su conducta y la segunda finalidad es coercitiva, es decir, amenazar con una sanción ante el incumplimiento de un mandato de la administración.

- a) Las **medidas correctivas son reparatoras** cuando el INDECOPI busca que el proveedor corrija las consecuencias de tipo patrimonial de su conducta, esto es, sólo las consecuencias directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción, la idea es que el consumidor se vea tal cual al estado anterior a la afectación. En palabras del sistema de responsabilidad civil, nos encontramos ante el concepto de daño emergente.

En este orden de ideas, debe quedar en claro que cualquier reparación dirigida a resarcir daños como lucro cesante, daño moral, daño físico o psicológico, son aspectos que no corresponden ventilarse en sede administrativa.

A pesar de que el Código de Protección y Defensa del Consumidor se esfuerce insatisfactoriamente en referir que las medidas reparadoras no son una indemnización, **queda claro que sí tienen esta naturaleza**, dado que, buscan cubrir el daño ocasionado no importando si refiere sólo a los daños directos e inmediatos. Es más, el Código de Protección y Defensa del Consumidor en el artículo 115.7 permite la posibilidad de que el monto entregado en el procedimiento sancionador sea reducido de la indemnización a entregarse en sede judicial.

Las medidas correctivas reparadoras que adopte INDECOPI son básicamente las siguientes:

- a. Reparar productos, por ejemplo, en el caso de vehículos nuevos con desperfectos en el aire acondicionado.
- b. Cambiar productos por otros de idénticas o similares características, cuando la reparación no sea posible o no resulte razonable según las circunstancias. En el caso de celulares nuevos que tengan defectos de fábrica.
- c. En los casos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor, este entregará un producto de idénticas características, de no ser posible de similares características y siempre que exista interés del consumidor. En el caso de que un proveedor como tiendas Ripley deba entregar de un electrodoméstico y este se pierda antes de ser entregado en el domicilio. En caso no exista en almacén de la empresa este electrodoméstico podrá ser entregado uno similar bajo la aprobación del consumidor, en caso de no existir el visto bueno el contrato se resuelve y deberá devolverse el monto de dinero pagado.
- d. Cumplir con ejecutar la prestación u obligación asumida; y si esto no resulte posible o no sea razonable, otra de efectos equivalentes, incluyendo prestaciones dinerarias. Es el caso de las constructoras que entregan los departamentos de un

- edificio sin terminar y/o sin acabados en las áreas comunes del edificio.
- e. Cumplir con ejecutar otras prestaciones u obligaciones legales o convencionales a su cargo. Continuando con el ejemplo de las constructoras estamos en el caso que se omite con la obligación de obtener una licencia de edificación o realizar la independización registral de los departamentos de un edificio.
 - f. Devolver la contraprestación pagada más intereses legales cuando la reparación, reposición, o cumplimiento de la prestación u obligación no resulte posible o razonable. En el caso de transporte aéreo de pasajeros cuando el consumidor pierde su vuelo de partida evitándole llegar a un compromiso pactado.
 - g. En los supuestos de pagos indebidos o en exceso, ejemplo tipo de ello son los cobros indebidos efectuados por las entidades del sistema financiero, sea a través de cobro de intereses no comunicados, seguros no contratados, comisiones no acordadas, entre otros casos.
 - h. Pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa, en el caso de retrasos en vuelos que involucren horas de estadía en el aeropuerto, la empresa de transporte está en la obligación de cubrir los gastos ocasionados, como es el caso de alimentación, hospedaje, etc.
- b) Las **medidas correctivas son complementarias**, cuando la finalidad principal es revertir la conducta del proveedor y evitar que la conducta infractora del proveedor se repita en el futuro, para ello el INDECOPI, puede tomar las siguientes acciones:
- a. Se atiende la solicitud de información requerida por el consumidor respecto del producto adquirido o servicio contratado. Por ejemplo, en el caso que el comprador de un

departamento solicite a la constructora información de las instalaciones eléctricas y sanitarias del edificio.

- b. Declarar la inexigibilidad de cláusulas identificadas como abusivas. Al respecto la Dra. María del Carmen Arana⁴⁹, señala:

De acuerdo con el concepto de cláusula abusiva definida en la norma peruana, se pueden identificar las siguientes características que contienen dichas cláusulas:

- *Son redactadas unilateralmente por una entidad, empresa o profesional.*
- *Vinculan el contrato de consumo a los intereses del empresario o proveedor en perjuicio del consumidor.*
- *Se dirigen a una pluralidad de personas (consumidores o usuarios).*
- *Se “pre-redactan” en abstracto con condiciones generales para ser incluidas en contratos futuros.*
- *No son negociadas, pues el consumidor o usuario, suele plegarse o adherirse a las cláusulas pre-redactadas por la empresa.*
- *Van en contra de los principios de buena fe, transparencia y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.*

Este es el típico caso de empresas ajenas al sistema financiero, que establecen tasas de interés no permitidos por ley, como en el caso de la empresa Elektra o Estilos en algún momento, que efectuaban cobros leoninos a sus consumidores.

⁴⁹ Arana MC. Contrato de Consumo; Cláusula Abusiva. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual. Sep 2010;(10):62,63.

- c. El decomiso y destrucción de la mercadería, envases, envolturas o etiquetas, este es el caso de empresas que provean de productos vencidos.
 - d. Solicitar a la autoridad correspondiente la clausura temporal del establecimiento industrial, comercial o de servicios por un plazo máximo de seis meses.
 - e. Solicitar a la autoridad competente la inhabilitación, temporal o permanente, del proveedor en función de los alcances de la infracción sancionada.
 - f. Publicación de avisos certificatorios o informativos en la forma que determine el Indecopi, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado.
- b) Finalmente, las **medidas coercitivas**, son un medio y no fin en sí mismas, por las que una autoridad administrativa, busca el cumplimiento efectivo de sus decisiones, así como el pago de las costas y costos a favor de los denunciantes.

Respecto a este tipo de medidas, el INDECOPI⁵⁰ ha establecido en un primer momento apercibimientos, un ejemplo de ello, es el texto de la siguiente resolución.

TERCERO: Ordenar al BANCO RIPLEY PERÚ S.A. como medida correctiva que, en un plazo de 30 días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, cumpla con devolver a los consumidores detallados en el Cuadro 2 de la presente Resolución, el monto de las penalidades cobradas por el pago atrasado de sus tarjetas de crédito durante el periodo de noviembre de 2014.

⁵⁰ Expediente INDECOPI 124-2016/CC3- Resolución Final N.º 001-2017/CC3.

- c) Adicionalmente, el proveedor deberá acreditar el cumplimiento de la medida correctiva, ante la Comisión, en el plazo máximo de 10 días hábiles, contados a partir del vencimiento del plazo otorgado para el cumplimiento de la devolución de las penalidades cobradas.
- d) En caso no cumpla con acreditar el cumplimiento de la medida correctiva ante la Comisión, será pasible de imponerse una multa coercitiva en su contra, de conformidad con lo establecido en el artículo 117 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

En consecuencia, en un primer momento la medida coercitiva es señalada en forma de apercibimiento y en caso de verificarse los supuestos se efectiviza la multa como se aprecia de la parte resolutive de la siguiente resolución:

“PRIMERO: Declarar fundada la denuncia por incumplimiento de medida correctiva interpuesta por el señor Jorge Eduardo Quispe Bancayán en contra de Elektra del Perú S.A.”

“SEGUNDO: Ordenar a Elektra del Perú S.A., bajo apercibimiento de duplicar la multa impuesta que, en un plazo no mayor a cinco días hábiles, contado a partir de la notificación de la presente resolución, cumpla con la medida correctiva ordenada...”

“TERCERO: Sancionar a Elektra del Perú S.A., con una multa ascendente a 6 Unidades Impositivas Tributarias, la cual será rebajada en 25% si la parte denunciada consiente la presente resolución y procede a cancelar la misma dentro del plazo de cinco (5) días de su notificación, conforme a lo establecido en el artículo 110º de la Ley Nº 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor”⁵¹.

⁵¹ Resolución Final del Expediente 072-2016-IMC/PS0-INDECOPI-LAM.

3.2.- INDECOPI - PROCEDIMIENTOS DE RECLAMO Y DENUNCIA

3.2.1. RECLAMO:

El consumidor en algún momento se verá afectado por el proveedor y ante ello puede presentar un reclamo, es decir, estamos ante una acción directa por la cual el consumidor que no está conforme con los bienes adquiridos o servicios prestados pone en conocimiento del proveedor su diferencia, para ello puede utilizar el denominado libro de reclamaciones.

En este punto es importante señalar una diferencia con la **queja**, ya que en este caso el consumidor expresa su incomodidad respecto de temas que no están directamente relacionados con el giro del negocio, como es el caso de la mala atención. Ello podría por ejemplo suceder en el caso de requerir como servicio el alquiler de un vehículo, mientras uno efectúa los trámites correspondientes es mal atendido por el personal del proveedor.

Al respecto el INDECOPI ha señalado: *“El consumidor presenta un reclamo cuando no está conforme con los bienes adquiridos o servicios prestados, mientras que la queja expresa su malestar respecto de algún tema que no tenga que ver directamente con el giro del negocio como, por ejemplo, la mala atención”*⁵².

Todo reclamo que sea registrado en el denominado Libro de Reclamaciones obliga al proveedor a dar respuesta en un plazo no mayor a treinta días naturales mediante comunicación escrita, esto es, vía carta y/o correo electrónico, ello depende de la forma en que el haya sido solicitado por el consumidor.

La norma que desarrolla la legislación en relación con el Libro de Reclamaciones en su artículo 3 define este libro como: “...un documento de naturaleza física o

⁵²Libro de Reclamaciones [página principal en Internet] Lima: INDECOPI; c2015 [citado 2017 Ene 17] [aprox. 2 pantallas]. Disponible en: (<https://www.indecopi.gob.pe/libro-de-reclamaciones>)

virtual suministrado por los proveedores en el cual los consumidores podrán registrar quejas o reclamos sobre los productos o servicios ofrecidos”⁵³.

El plazo puede ser objeto de ampliación por 30 días naturales más, en caso la naturaleza, esto es, la complejidad del reclamo lo justifique, ello debe ser puesto en conocimiento del consumidor antes de la culminación del plazo inicial, sí como no puede condicionarse la atención de los reclamos de los consumidores o usuarios al pago previo del producto o servicio materia de dicho reclamo.

3.2.2. DENUNCIA - PROCEDIMIENTOS:

En cuanto a derechos del consumidor al interponerse una denuncia la legislación ha establecido dos procedimientos administrativos claramente definidos, pero debemos empezar por precisar que no se trata de procedimientos de tipo general o de cognición, sino estamos ante un procedimiento **administrativo especial**, en este caso no refiere a un procedimiento trilateral sino estamos frente ante un típico procedimiento sancionador.

Desde la óptica del mismo Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el procedimiento sancionador es entendido: “...en primer término, como el conjunto de actos destinados a determinar la existencia de responsabilidad administrativa, esto es, la comisión de una infracción y la consecuente aplicación de una sanción. Dicho procedimiento constituye, además, una garantía esencial y el cauce a través del cual los administrados, a quienes se les imputan la comisión de una infracción, hacen valer sus derechos fundamentales frente a la Administración Pública”⁵⁴.

Es decir, que el objetivo principal se encuentra en verificar por parte de la administración, si la conducta del proveedor se enmarca o no dentro de los supuestos normativos de infracción previstos en el Código de Protección y

⁵³ Decreto Supremo que Aprueba el Reglamento del Libro de Reclamaciones del Código de Protección Y Defensa del Consumidor. DS 011-2011-PCM. Diario Oficial el Peruano, (19-02-2011).

⁵⁴ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Guía Práctica Sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador. 2a ed. Lima: Editora Aries; 2017. p. 12.

Defensa del Consumidor u otras normas especiales y ante dicha calificación establecer la correspondiente sanción a imponerse.

Los procedimientos regulados son uno de tipo **sumarísimo**, que se tramita ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos, conocido también por sus siglas O.R.P.S. y el segundo se conoce como **ordinario**, en este caso el trámite inicia con la Comisión de Protección al Consumidor cuyas siglas son C.P.C. La diferencia entre el uso de una vía procedimental u otra depende del derecho objeto tutela, la cuantía del servicio, producto u oferta prestada. Se detallan a continuación algunas diferencias entre ambas vías.

3.2.2.1. Procedimiento Ordinario:

3.2.2.1.1. Materias:

Esta vía procedimental es la más larga en referencia a protección de derechos del consumidor e inicia su trámite en primera instancia ante la Comisión de Protección al Consumidor, la cual cuenta con 120 días hábiles para su desarrollo dentro de los cuales se debe tomar una decisión final respecto de las infracciones denunciadas.

a) Por criterio de **cuantía**:

- En estos casos el producto, servicio u oferta cuestionado debe superar las 3 U.I.T. a la fecha de presentación de la denuncia.

b) Por criterio de **materia**:

- Infracciones relacionadas con productos o sustancias peligrosas.
- Infracciones relacionadas con actos de discriminación.
- Infracciones relacionadas con actos de trato diferenciado ilícito.
- Infracciones relacionadas con servicios médicos.
- Infracciones relacionadas con intereses colectivos y difusos.

Con relación con al supuesto de trato diferenciado ilícito⁵⁵ el INDECOPI ha referido que consiste en aquella conducta por la que un proveedor niega a un consumidor la posibilidad de adquirir un producto o de disfrutar de un servicio, sin que exista justificación a la conducta, en otras palabras no existe ningún criterio objetivo que la respalde, por ende está basado en cuestiones eminentemente subjetivas, como enemistad con el cliente, aplicación exagerada de condiciones para el ingreso a un establecimiento, entre otros.

3.2.2.1.2. Etapas

El conjunto de pasos que sigue el procedimiento ordinario inicia con la interposición de una denuncia, la misma que da origen a la etapa postuladora.

A) Postulatoria:

La primera **etapa** a la que se llamará **postulatoria**, dado que, en esta parte tanto consumidor como proveedor dejaran en claro los hechos objeto de investigación, las infracciones que se atribuyen y las pruebas involucradas.

La **denuncia** deberá estructurarse conforme a lo señalado en la DIRECTIVA N° 006-2017/DIR-COD-INDECOPI, de la siguiente forma:

- a) Identificación del denunciante, de ser el caso domicilio procesal.
- b) Identificación del denunciado y en caso se desconozca el domicilio deberá adjuntar una declaración jurada señalando que agotó las gestiones destinadas a conocer el domicilio para notificar por edictos.
- c) Identificación del bien o servicio por el cual se denuncia y su valor.
- d) Detalle de las infracciones por las cuales se denuncia al proveedor
- e) Enumerar los defectos en el producto o servicio
- f) Fecha de ocurrencia de cada infracción.
- g) Los fundamentos de hecho de cada infracción.
- f) La medida correctiva solicitada
- g) Costas y costos.

⁵⁵ Indecopi. Discriminación en el Consumo y Trato Diferenciado Ilícito. Perú: Aries; 2015. p. 26-27.

- h) Medios probatorios
- i) La firma del denunciante o de su representante.
- j) Tasa administrativa

Al igual que en un proceso judicial una demanda es sometida a un análisis de condiciones de la acción y presupuestos procesales por parte del Juzgador, en el procedimiento administrativo sancionador la denuncia por afectación a derechos del consumidor también es objeto de **calificación** por parte de la Comisión de Protección al Consumidor, la cual cuenta con 20 días hábiles para declarar su admisión, inadmisibilidad o improcedencia.

En efecto los criterios que son objeto de calificación:

- a) El **interés para obrar** del denunciante, esto es:
 - a. Si la infracción denunciada ha sido objeto de corrección por parte del proveedor o no,
 - b. Si la acción ha prescrito
 - c. Verificará la posible duplicidad denuncias en trámite o que ya cuenten con pronunciamiento del órgano resolutorio.
 - d. Si el hecho denunciado corresponda ser investigado por un órgano regulador distinto a INDECOPI.
- b) La **legitimidad para obrar**, específicamente verificar que el denunciante tiene la calidad de consumidor u otra posición habilitante de ley.
- c) La **competencia** de la comisión.
- d) Verificación de indicios suficientes de la comisión de la infracción.
- e) Cumplimiento de los requisitos del TUPA.

La ausencia de los supuestos previstos en el apartado a), b) y d) ameritan la **improcedencia** de la denuncia.

En el caso del supuesto del apartado c) al advertirse la incompetencia, la denuncia debe ser **reconducida** al órgano competente.

El incumplimiento de los requisitos del apartado e) originan la **inadmisibilidad** de la denuncia, la misma que puede ser subsanada en el plazo de 2 días hábiles.

En caso se admita la denuncia esta será notificada al proveedor para que en el plazo de 5 días hábiles proceda a efectuar el correspondiente **descargo**, pudiendo para tal efecto presentar la prueba que considere necesaria.

B) Conciliatoria:

Dentro del plazo fijado para el procedimiento INDECOPI fijará fecha para la realizar una audiencia de conciliación, la asistencia a esta audiencia no es obligatoria, pero en caso el proveedor no asista a la misma y eventualmente en la resolución final se declare fundada la denuncia ello origina, que esta inasistencia sea tomada como circunstancia agravante al momento de imponer la sanción, tal como lo ha detallado en la siguiente resolución: *“En los casos que se verifique una infracción y corresponda imponer una sanción, la inasistencia a la audiencia de conciliación, sea ésta presencial o virtual, convocada por el Servicio de Atención al Ciudadano (SAC) o por la autoridad administrativa durante la tramitación del procedimiento, podrá ser considerada una circunstancia agravante especial, de conformidad con lo establecido en numeral 6 del artículo 112 del Código. De llevarse a cabo la audiencia de conciliación y aun cuando no se arribe a un acuerdo, la autoridad administrativa debe dejar constancia en el acta de conciliación de la propuesta conciliatoria formulada por el proveedor, para efectos de la atenuante especial contemplado en el artículo 112º del Código de Protección y de Defensa del Consumidor”*⁵⁶.

Finalmente, en caso de no llegarse a un acuerdo el procedimiento pasará a la siguiente etapa.

C) Decisoria:

En el plazo máximo de 120 días hábiles de iniciado el procedimiento se debe emitir la Resolución Final, la que da fin a la primera instancia del procedimiento.

C) Impugnatoria:

La Resolución Final puede ser objeto de apelación, la misma que deberá formularse dentro del plazo de 15 días hábiles. Concedido el recurso este será

⁵⁶ Resolución de Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI N° 076-2017-INDECOPI/COD.

remitido a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, que actuará como órgano revisor de segunda instancia, la decisión a emitirse agota la vía administrativa.

3.2.2.2.- Procedimiento Sumarísimo:

3.2.2.2.1. Materias:

Este procedimiento se basa en dos principios como ejes rectores celeridad y preclusión, partiendo de ello debemos tomar en cuenta que un primer aspecto es conocer las **materias** que pueden ser objeto de revisión, las mismas que están previstas en el Art. 125 de Código de Protección y Defensa del Consumidor, y que sistematizadamente se presentan de la siguiente forma:

- c) Por criterio de **cuantía**:
 - En estos casos el producto, servicio u oferta cuestionado no debe superar las 3 U.I.T. a la fecha de presentación de la denuncia.
- d) Por criterio de **materia**:
 - Casos por infracción al requerimiento de información.
 - Casos por métodos abusivos de cobranza.
 - Casos por demora en entrega de producto.
 - Liquidación de costas y costos
- e) Por **incumplimiento** de decisiones emitidas en procedimiento.
 - Incumplimiento de medida correctiva.
 - Incumplimiento de acuerdo conciliatorio.
 - Falta de pago de la liquidación de costas y costos.

3.2.2.2.2. Etapas

Conociendo que materias se tramitan un segundo paso es conocer el procedimiento mismo, es decir, los pasos o etapas a seguirse para cumplir el objetivo del procedimiento.

A) Postulatoria:

Esta etapa está relacionada con el inicio del procedimiento y este primer paso puede iniciar de oficio o a pedido de parte, a través de una **denuncia** la misma que se encuentra sujeta a una calificación.

El TUPA de INDECOPI, refiere que los requisitos que debe cumplir la denuncia son:

- a) Identificación del denunciante, la que deberá incluir domicilio procesal en caso la intervención con apoyo de un abogado. En caso de intervenir por representante deberá aparecer la correspondiente identificación.
- b) Identificación del denunciado y su domicilio en caso de desconocimiento la notificación es por edictos.
- c) Identificación del bien o servicio y su valor⁵⁷.
- d) Identificación precisa de las infracciones y su correspondiente fecha.
- e) Hechos relacionados a cada infracción.
- f) Medios probatorios, en este caso existen limitaciones probatorias debido a que sólo pueden ofrecerse pruebas de tipo documental, salvo sustento de la necesidad de otro tipo de medio probatorio.
- g) Medidas correctivas que solicita
- h) Solicitar el pago de costas y costos.
- i) Casos de reincidencia de la conducta del denunciado, siendo este último requisito opcional
- j) Pago de tasa administrativa.
- k) Firma del denunciante o representante.

La denuncia es sometida a un proceso de calificación, conocido como **evaluación previa**, para ello el órgano resolutorio cuenta con un plazo no mayor de 5 días hábiles, ello en atención a lo señalado en el apartado 4.3.1. de la DIRECTIVA N° 007-2013/DIR-COD-INDECOPI, en dicha calificación se verifica al igual que en el procedimiento ordinario:

⁵⁷ Directiva que Regula el Procedimiento Sumarísimo en Materia de Protección al Consumidor Previsto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Directiva N° 075-2017/DIR-COD-INDECOPI. Diario Oficial el Peruano, (28-04-2017).

- a) El interés para obrar del denunciante, esto es, si la infracción denunciada ha sido objeto de corrección por parte del proveedor o no, si acción ha prescrito o no, o verificará la posible duplicidad denuncias en trámite o que ya cuenten con pronunciamiento del órgano resolutorio.
- b) La legitimidad para obrar, específicamente verificar que el denunciante tiene la calidad de consumidor u otra posición habilitante de ley.
- c) La competencia del órgano resolutorio.
- d) Verificación de indicios suficientes de la comisión de la infracción.
- e) Cumplimiento de los requisitos del TUPA.

La ausencia de los supuestos previstos en el apartado a), b) y d) ameritan la **improcedencia** de la denuncia, en este caso no existe posibilidad de subsanar, lo que obliga al consumidor a iniciar nuevamente el procedimiento.

En el caso del supuesto del apartado c) al advertirse la incompetencia, la denuncia debe ser **reconducida** al órgano competente como puede ser el caso de remitir la denuncia a la C.P.C.

El incumplimiento de los requisitos del apartado e) originan la **inadmisibilidad** de la denuncia, la misma que puede ser subsanada en el plazo de 2 días hábiles. En caso se admita la denuncia esta será notificada al proveedor para que en el plazo de 5 días hábiles proceda a efectuar el correspondiente **descargo**, pudiendo para tal efecto presentar la prueba que considere necesaria.

B) Decisoria:

En el plazo máximo de 30 días hábiles de iniciado el procedimiento se debe emitir la Resolución Final, la que da fin a la primera instancia del procedimiento.

C) Impugnatoria:

La Resolución Final puede ser objeto de apelación, la misma que deberá formularse dentro del plazo de 15 días hábiles. Concedido el recurso este será remitido a la Comisión que actuará como órgano revisor de segunda instancia, la decisión a emitirse agota la vía administrativa.

3.3.- PODER JUDICIAL - PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el procedimiento administrativo sancionador revisado, ese decir, en los casos denuncias tramitadas en la vía sumarísima u ordinaria, existe la posibilidad de impugnar las decisiones emitidas en primera instancia, para que estas sean revisadas en una segunda instancia, con el objeto de determinar si la actuación de la entidad se ve afectada de algún vicio o error de hecho o derecho.

Pero puede darse el caso que, a pesar de haber utilizado el recurso impugnatorio, apelación, la resolución que se emita en segunda instancia, aún no corrija los errores denunciados en el medio impugnatorio, ante ello nace la necesidad de proteger al administrado, específicamente en este caso al consumidor quien se ha visto afectado sus derechos y no ha obtenido una adecuada tutela por parte de la entidad administrativa.

Por ello una autoridad imparcial se encargará de dilucidar si efectivamente existen o no los errores denunciados por el consumidor, es bajo esta perspectiva que nace la necesidad de la intervención del ente natural de administración de justicia, este es, el poder judicial.

Bajo esta línea el jurista Christian Guzmán Napuri, ha señalado: *“La justificación la encontramos en el hecho ineludible de que si bien es cierto el derecho administrativo implica la obligación de la Administración de actuar bajo consideraciones de interés general, también es cierto que quien toma las decisiones, llámese funcionario público, es un ser humano como cualquier otro, que decide no necesariamente en términos de interés general sino más bien, como todo ser racional, buscando maximizar el beneficio de su cargo. Como lo hemos señalado reiteradamente, la principal función del derecho administrativo debería ser entonces el canalizar adecuadamente el comportamiento auto interesado del funcionario público, a fin de que coincida con el interés común”*⁵⁸.

Al respecto el doctor Christina Guzmán refiere: *“Ahora bien, se dice que una resolución causa estado cuando no cabe contra ella recurso*

⁵⁸ Guzmán NC. Manual del Procedimiento Administrativo General. Lima: Editores Pacifico; 2013. p. 219.

administrativo alguno, es decir, cuando se ha agotado la vía administrativa respecto al mismo por que fija la decisión de la Administración. Una vez que la resolución causa estado, la misma es susceptible únicamente de impugnación judicial. En este punto es necesario precisar que un acto puede ser firme sin que necesariamente cause estado, dado que el acto que no ha sido impugnado en el plazo de ley queda firme, pero no genera el agotamiento de la vía administrativa”⁵⁹. Por tanto, nace la necesidad de que el Poder Judicial revise los fallos emitidos en última instancia por el INDECOPI, a través de sus distintos órganos, entiéndase la Comisión de Protección al Consumidor en los procedimientos sumarísimos o el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual en los procedimientos ordinarios.

3.3.1. PRETENSIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA:

El proceso contencioso, como su nombre lo dice se origina en la existencia de un conflicto que se genera de la coexistencia de las voluntades del administrado y la administración, en efecto, el administrado busca entre otros efectos someter la voluntad del INDECOPI a la suya, aspecto que en el derecho procesal se entiende como **pretensión**⁶⁰, en cambio por su parte la administración busca demostrar una vez más la validez de su decisión, la que supuestamente se emitió dentro de los márgenes que establece la ley para su actuación en temas de consumidor, a ello en el mundo procesal se conoce como **resistencia**.

Por tanto, de la coexistencia de la pretensión y resistencia nace la idea de conflicto, esto es, una contención, que para el caso particular los derechos involucrados se circunscriben dentro de la esfera del derecho administrativo.

En esta línea se entiende que frente a un acto administrativo que la ley presume válido, pero que el consumidor considera que lo agravia, la ley ha previsto un mecanismo procesal para conseguir su declaratoria de nulidad. Es decir, para desvirtuar la presunción de validez.

⁵⁹ Ídem. p. 341.

⁶⁰ Palacio, L. Manual de Derecho Procesal Civil, 14a ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot; 1998. p. 94.

Ese medio procesal es precisamente la pretensión de nulidad o invalidez, sea esta parcial o total, ello se advierte de lo señalado en el artículo 5°, numeral 1, de la Ley 27584 - Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo”, que dispone: *“En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: ... 1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos”*.

Por tanto, que claro que la pretensión a plantearse en un eventual proceso contencioso administrativo es la de nulidad del acto, que en este caso nos referimos específicamente a la resolución final emitida en segunda instancia en el INDECOPI, ello se debe a que el acto ha incurrido en alguna de las causales de nulidad, previstas en la norma.

La ley del Procedimiento Administrativo General - Ley 27444, señala en su artículo 10, cuáles son las causales de nulidad. Entre las causales señaladas tenemos:

- a) Contravención a la Constitución, leyes o normas reglamentarias.
- b) Defecto u omisión de los requisitos de validez, salvo supuestos de conservación del acto administrativo.
- c) Actos por los que se adquiriera facultades o derechos, contrarios al ordenamiento jurídico o se omiten los requisitos, documentación y trámites esenciales para su adquisición.
- d) Actos administrativos que constituyen infracción penal.

De forma breve se comenta la causal prevista en el apartado b) relacionada con los requisitos de validez del acto administrativo, al respecto es necesario recordar que estos requisitos esenciales son:

A.- Competencia: Entendida esta como la facultad para emitir un acto administrativo en un caso concreto, es decir, que el órgano de INDECOPI que emita la resolución final debe estar facultado en razón de materia, territorio, grado, tiempo o cuantía. La invalidez podría darse por ejemplo en casos que la Comisión de Protección al Consumidor emita un fallo en

segunda instancia sobre afectaciones al consumidor que superen las 3 U.I.T.

B.- Objeto o Contenido: El acto administrativo debe señalar inequívocamente su objeto, es decir, lo que declara, certifica o decide, con el objeto de tener en claro cuáles son sus efectos jurídicos. Por ejemplo, será inválida la decisión emitida por INDECOPI, que contenga dentro de sus medidas correctivas la obligación de realizar cualquier actividad en la que se enmascare una indemnización por lucro cesante al consumidor.

C. Finalidad Pública: El acto administrativo debe buscar como principal finalidad el interés público que conforme al ordenamiento debe cumplir el órgano administrativo.

D. Motivación: El acto debe expresar las razones de hecho y derecho que lo fundamentan, para ello deberá señalar de forma clara y expresa todos los hechos probados relevantes para el caso, ello es una garantía del debido procedimiento, que busca una actuación conforme a derecho de la administración. En efecto la expresión de fundamentos generales o expresiones como a criterio de este Tribunal no satisfacen el derecho a un debido procedimiento.

E. Procedimiento Regular: Se entiende que el acto administrativo no solo debe observar el procedimiento previamente regulado, sino cumplir con las garantías del debido procedimiento, como garantizar el derecho de defensa, el derecho a ser oído, el derecho de impugnación, entre otros.

3.3.2. PROCEDIMIENTO:

3.3.2.1. Competencia: El primer punto está en determinar el Juez natural, es decir, el Juez que de acuerdo con los criterios de competencia sea el llamado por ley para conocer el proceso.

Al respecto en cuanto a este presupuesto procesal el artículo 8 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo señala que es competente el Juez del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación impugnada.

Dejando presente que en caso exista acumulación subjetivo-pasiva es competente el Juez que corresponda al domicilio de cualquiera de los demandados, ello aplicando extensivamente el artículo 15 del Código Procesal Civil.

Con relación al criterio de materia y grado la ley del proceso contencioso administrativo señala que la demanda deberá interponerse antes los Juzgados Especializados específicamente a los que tengan especialidad Contencioso Administrativa, quienes actuarán como entes revisores de primera instancia. En los lugares donde no exista esta especialidad será de cargo de los Juzgados Civiles.

3.3.2.2. Legitimidad Pasiva y Ministerio Público:

La Ley del Proceso Contencioso Administrativo refiere en términos generales que la representación y defensa de las entidades administrativas estará a cargo de la Procuraduría Pública o por el representante judicial de la entidad debidamente autorizado.

En el caso del INDECOPI, se cuenta con norma específica, esta es, el Decreto Legislativo 1033 - Ley de Organización y Funciones INDECOPI, la que expresamente señala en su tercera disposición complementaria: *“Representación y Defensa Judicial del INDECOPI.- La representación y defensa judicial del INDECOPI es ejercida por sus propios representantes o por los apoderados a los que el Consejo Directivo de la institución faculte. La intervención del Procurador Público del Sector al que se encuentra adscrito el INDECOPI es de carácter facultativo.”*

Por tanto, quien principalmente está llamado a la defensa del INDECOPI, es el apoderado judicial. Se hace la precisión que en el proceso solo uno de los dos

podrá defender a la institución a efecto de evitar la duplicidad en su representación.

En el proceso contencioso administrativo el Ministerio Público tiene una participación dual, esto es, que depende la materia que sea objeto de cuestionamiento para determinar su forma de intervención. En el caso de denuncias en las que se discutan intereses difusos el Ministerio Público interviene obligatoriamente como **parte**, en cambio en el resto de los casos interviene como **dictaminador**, función que debe ejercer antes de la expedición de la resolución final, entiéndase sentencia o auto que pone fin al proceso y en casación este dictamen es obligatorio bajo sanción de nulidad.

3.3.2.3. Plazos para impugnar:

El plazo para la interposición de la demanda es de tres meses contados desde que se notifica la resolución final de segunda instancia emitida por el INDECOPI. Este es un plazo de caducidad y no de prescripción, la verificación del plazo puede ser efectuada de oficio por el Juzgado que califica la demanda, originando con ello su improcedencia por falta de interés para obra al haberse extinguido el derecho y acción reclamados.

En caso la administración de justicia omita calificar este requisito, la parte demandada podrá formular una excepción de caducidad al contestar la demanda.

3.3.2.4. Vías procedimentales:

La norma prevé la posibilidad de usar dos vías dependiendo del derecho que se discuta, una es la del **proceso urgente**, que funcionara básicamente cuando la actuación impugnada no se sustente en acto administrativo o cuando se trate de un derecho previsional o cuando se trate de una actuación de la administración obligada por ley o de acto administrativo firme.

La segunda vía que es la del **proceso especial**, que es la que se utiliza para impugnar las resoluciones emitidas en INDECOPI, en un procedimiento

administrativo sancionador por afectación de derechos del consumidor. En este caso los plazos aplicables son:

- a) 3 días para interponer tacha u oposiciones.
- b) 5 días para interponer excepciones o defensas
- c) 10 días para contestar la demanda
- d) 5 días para emitir el auto que saneamiento procesal, fijación de puntos controvertidos, saneamiento probatorio y/o el juzgamiento anticipado.
- e) 15 días para emitir el dictamen fiscal
- f) 3 días para solicitar informe oral contados desde la notificación de la resolución que dispone que el expediente se encuentra en el estado de dictar sentencia;
- g) 15 días para emitir sentencia
- h) 5 días para apelar la sentencia

3.3.2.5. Efectos del Proceso:

La sentencia estimatoria que se emita en este proceso tiene los siguientes efectos que dependen del petitorio formulado:

- a) La nulidad total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado
- b) El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada
- c) Adopción de medidas necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada
- d) La cesación de la actuación material no sustentada en acto administrativo y la adopción de cuanta medida sea necesaria para obtener la efectividad de la sentencia.
- e) La indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

4.- LAGUNAS Y DEFICIENCIAS DE LA LEGISLACIÓN DEL CONSUMIDOR

Los problemas en los que se ven involucrados los consumidores todos los días no es el punto de partida de esta investigación, la idea se centra en revisar la legislación y ubicar los principales problemas legislativos que no generan

incentivos en el consumidor para solicitar la tutela de sus derechos y con ello se incrementa la brecha de injusticia entre proveedor y consumidor.

4.1.- DIFICULTAD DE ACCESO A LA TUTELA DE DERECHOS DEL CONSUMIDOR:

Uno de los principales problemas o barreras legislativas se encuentran en la dificultad para solicitar la tutela de sus derechos como consumidor. En efecto si en un primer momento las partes de la relación de consumo no llegan a un acuerdo de solución respecto del producto deficiente o mal servicio prestado, surge la necesidad del consumidor de recurrir a INDECOPI para iniciar un procedimiento formal para la tutela de sus derechos.

En nuestro país aproximadamente veintitrés millones y medio de personas viven en áreas urbanas, y de este número la población que es mayor de 14 años bordea los diecisiete millones y medio de personas.

Es respecto de este público objetivo según estadísticas publicadas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática⁶¹, en el Perú en referencia a la población urbana mayor de 14 años, el 11.4% manifiesta que en los últimos doce meses tuvo problemas relacionados con algún servicio o producto prestado, es decir, que aproximadamente **dos millones de peruanos** se han visto afectados por problemas relacionados con el derecho del consumidor, como reitero sólo en el último año.

Si se contrasta esta información con la proporcionada por INDECOPI⁶², las cifras son preocupantes, conforme se detalla:

⁶¹ Protección al Consumidor XII [página principal en Internet] Lima: INDECOPI; c2016 [citado 2018 Ene 13] [aprox. 4 pantallas]. Disponible en: http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1442/cap12.pdf.

⁶² Anuario de Estadísticas Institucionales [página principal en Internet] Lima: INDECOPI; c2016 [citado 2018 Feb 11] [aprox. 6 pantallas]. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/1651242/Anuario+Estad%C3%ADstico+2016.pdf/75bdd036-7a57-04a9-b989-054d8eb3e487>.

- a) En el año 2016 el total de reclamos atendidos por el S.AC. fue de **56103 casos**, de estos, sólo el 41.47 % lograron solucionarse por **conciliación**, el resto de los reclamos terminaron por inasistencia del proveedor, abandono o no se conciliaron. En otras palabras, sólo alrededor de 23 mil consumidores fueron satisfechos por esta vía.
- b) En relación con los procedimientos sumarísimos iniciados a raíz de la interposición de una denuncia, en el año 2016 fueron un total de **17978 casos**, claro está que dentro de esta cifra eventualmente debemos considerar que se encuentran reclamos que no lograron en su momento una solución y luego los consumidores decidieron interponer una denuncia.
- c) Y en cuanto a procedimientos ordinarios iniciados ante la Comisión de Protección al Consumidor son un total de **6928 denuncias**.

En este orden, podemos concluir que de aproximadamente dos millones de peruanos afectados solo 81009 buscan proteger sus derechos ante INDECOPI, es decir, que **sólo el 4.05%** de los consumidores afectados iniciaran un procedimiento de reclamo ante INDECOPI, situación que objetivamente es preocupante.

Esta severa dificultad de acceso para el reclamo de sus derechos se origina en diversas causas, como la educación de consumidor, posibilidades económicas y de tiempo, entre otros, pero nos enfocaremos principalmente en el problema legislativo.

En efecto, si bien es cierto en teoría el procedimiento debe ser iniciado sólo por el consumidor ya que no se requiere la intervención de un abogado tal como lo señala el artículo 4.21. de la Resolución INDECOPI N° 075-2017-INDECOPI/COD, ello en realidad no es del todo cierto, dado que, he explicado con detalle todos los requisitos que exige la legislación para la interposición de una denuncia sea en vía sumarísima u ordinaria.

Claro está que un administrador, contador, medico, técnico o amada de casa, no están en la capacidad de elaborar de forma debida una denuncia, en la que puedan especificar como lo exige la norma todos sus requisitos.

Por ejemplo, ante que órgano debe interponer la denuncia, si es ante la S.A.C. o ante la C.P.C. o en la redacción de la denuncia especificar el detalle de las infracciones por las cuales se denuncia al proveedor, la medida correctiva solicitada, la solicitud de pago de costas y costos, las pruebas que puede o no ofrecer, aspectos que van a someterse a calificación y que eventualmente pueden determinar la improcedente o en el mejor de los casos la inadmisibilidad de la denuncia.

En efecto un consumidor diligente no está en la obligación de saber si cuenta o no con interés para obrar, legitimidad para obrar, o si su denuncia está dentro de los plazos de prescripción, entre otros.

Esta rigidez en la exigencia formal de las denuncias claramente constituye una barrera de acceso, que perjudica al consumidor y por ende beneficia al proveedor infractor.

Estamos por tanto ante una severa deficiencia del sistema de protección al consumidor, dado que, el lado débil de la relación de consumo que no cuenta con la sapiencia necesaria para la elaboración de una denuncia, vera sus expectativas de tutelar viciadas en una eventual improcedente o inadmisibilidad de su caso.

Ello en el plano práctico origina la necesidad real de contratar a un abogado especialista en la materia, el mismo que cobrará por sus servicios, generando con ello desincentivos a la protección del consumidor.

4.2. INCENTIVOS LEGISLATIVOS A LA CONDUCTA INFRACTORA DEL PROVEEDOR.

El Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1308, publicado el 30 diciembre 2016, norma por la que se modifica el **Artículo 108 del** Código de Protección y Defensa

del Consumidor, introduce varias modificaciones a los supuestos en que se pone fin al procedimiento administrativo sancionador, varias modificaciones recogen casos que ya se dieron previamente en la jurisprudencia de INDECOPI como es en los supuestos del denunciante que no ostenta la calidad de consumidor final, o si el denunciado no tiene la calidad de proveedor, o si existe falta de legitimidad o interés para obrar del denunciante.

A pesar de ello una de las modificaciones que perjudica severamente al consumidor, se produce cuando se obliga a INDECOPI a archivar una denuncia si el proveedor subsana o corrige la conducta constitutiva de infracción administrativa con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos, es decir, por ejemplo, con anterioridad a la notificación de la denuncia iniciada por un procedimiento sumarísimo u ordinario.

Debemos por tanto leer entre líneas lo que señala este supuesto recogido en el **literal f)** del artículo 108, en efecto:

- a) En primer lugar, todo proveedor podrá incurrir en infracciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor, pero a pesar de ello no será pasible de una sanción necesariamente.
- b) En segundo lugar, el proveedor no debe preocuparse por solucionar inmediatamente la infracción porque tiene plazo para corregir su conducta hasta que le notifiquen con la imputación de cargos, lo que en la práctica podría suceder con suerte en unas tres semanas o inclusive meses.

Los proveedores obviamente aprovechan de estas normas ya que investigan las estadísticas relacionadas y saben que solo el 4% de los casos de infracción son objeto de denuncias o reclamos ante INDECOPI, por lo tanto, el proveedor hace uso de la denominada culpa lucrativa que en palabra de Agustín Álvarez se produce *“...cuando quien conoce que su producto puede dañar, realiza un cálculo estadístico previo, y como los daños a solventar serán menores a las ganancias, lo mismo decide introducirlo al mercado), cabe aclarar que debe tratarse de una actitud malsana, rayana al dolo y que debe probarse la malicia en el lanzamiento al mercado, y no hasta un simple análisis de costo-beneficio,*

propio de cualquier actividad comercial”⁶³. En efecto el proveedor sabe muy bien que, de 100 casos de infracción a los derechos del consumidor, sólo 4 de estos llegarán ante INDECOPI, lo que no necesariamente significa que serán sancionados como lo veremos en los siguientes párrafos.

La ley emite un mensaje perjudicial para el consumidor, al inferirse del supuesto de hecho que los otros 96 casos no requieren ser solucionados por el proveedor, porque los consumidores estadísticamente no los reclamaron y por tanto no existirá imputación de cargos que remediar.

El problema no queda en este punto, ya que la situación inclusive es mucho más grave, dado que, la legislación permite que a pesar de haberse iniciado el procedimiento sancionador y no haber subsanado su conducta el proveedor pueda minimizar o atenuar su responsabilidad.

El apartado e) del artículo 4.7.1. de Directiva N° 006-2017/DIR-COD-INDECOPI, señala: *“e) Cuando el denunciado presente el allanamiento o reconocimiento, dentro del plazo para realizar sus descargos, se impondrá una amonestación; y, la exoneración de costos del procedimiento.”*

En efecto nuestra legislación actualmente permite que el proveedor dentro del plazo que tiene para contestar la denuncia, es decir, dentro del plazo de cinco días hábiles de notificado, formular allanamiento, es decir el “...acto jurídico procesal que importa la sumisión expresa a las pretensiones formuladas por la parte contraria...”⁶⁴ o reconocimiento respecto de las infracciones imputadas, en este último caso el reconocimiento es: *“...el instituto procesal mediante el cual el sujeto que lo practica declara expresamente que acepta no sólo la pretensión, sino también la certeza o autenticidad de los hechos y la fundamentación jurídica en que dicha pretensión se sustenta...”*⁶⁵:

⁶³ Culpa Lucrativa [página principal en Internet] Buenos Aires: Alvarez; c2012 [citado 2016 Ago 15] [aprox. 2 pantallas]. Disponible en: (www.jussanjuan.gov.ar/escuelajudicial/index.php/.../53-i...-/405-el-dano-punitivo).

⁶⁴ Hinostrroza MA. Manual de Consulta Rápida del Proceso Civil. Lima: Gaceta Jurídica; 2001. p. 258.

⁶⁵ Ídem. p. 263.

En este orden, el proveedor obtiene dos beneficios:

- a) Primero: No será sancionado con una multa sino solamente con una amonestación.
- b) Segundo: Es exonerado del pago de costas y costos del procedimiento.

Resumiendo, con las modificaciones legislativas el proveedor sale librado de las conductas infractoras y consecuencias del procedimiento administrativo. En este punto debemos preguntarnos, que sucede con los cuatro consumidores que eventualmente se armaron de valor y a pesar de ir en contra de la corriente decidieron interponer su denuncia, creyendo que “invertirían” y no “perdían” tiempo en la recolección de pruebas e inclusive en buscar un abogado que como es lo normal les cobró por la asesoría y redacción de la denuncia, ello bajo el atisbo que podrían ver “satisfecha” su afectación como consumidor de forma *íntegra*, por ejemplo, con la reposición del producto dañado y la devolución de todos los gastos en que incurrió para poder denunciar.

Lo que sucede en el plano de la práctica forense, es que si bien existen muy buenas posibilidades que logren por ejemplo la reposición del producto dañado, ello sucederá:

- a) Luego de meses de ocurrida la infracción y no sólo ello,
- b) Además, no podrán recuperar el dinero gastado en la asesoría legal contratada, o recuperar el dinero gastado en la obtención de las pruebas, lo que deberá ser asumido a su costo. Que en algunos casos los costos del procedimiento son iguales o mayores al producto en reclamo.

Es evidente que bajo este contexto de normas el proveedor preferirá en una línea de rentabilidad, no subsanar su error, sino esperar la pequeña posibilidad de un reclamo o denuncia formal, ante el cual no serán sancionados de forma proporcional, ni pagarán las costas y costas del caso.

Lo señalado evidencia la seria falta de incentivos normativos para lograr una economía en la que el consumidor se respetado, los mismo que eligen renunciar a reclamar sus derechos.

4.3. RESTRICCIÓN SEVERA AL PAGO DE COSTAS Y COSTOS:

Para entender de forma práctica este problema que se presenta en la legislación e interpretación de los órganos de protección al consumidor, nos enfocamos en un caso iniciado con fecha 4 de marzo del 2016, en el que se solicitó la liquidación de costas y costos de un procedimiento, ello genero el expediente N° 24-2016-LCC/PSO-INDECOPI-AREQUIPA, en dicho caso se solicitó los siguientes conceptos:

- a) COSTAS: el monto de S/ 36.00 (Treinta y seis 00/100 soles), por el pago del derecho para la tramitación de la denuncia efectuada)
- b) COSTOS: El monto de S/3000.00 (Tres mil 00/100 soles), por el pago de los honorarios del abogado patrocinador, asimismo informo que el letrado es sujeto de retenciones de impuesto a la renta, por lo tanto, este es el encargado del pago del impuesto correspondiente por los montos que no hubiere retenido en el mes del pago del impuesto.

Ante la solicitud con fecha 9 de junio del 2016, el Órgano Resolutivo de Procedimiento Sumarísimo de Protección al Consumidor mediante Resolución Final N° 241-2016/PSO-INECOPI-AREQUIPA señalo:

“RESUELVE: “(...) PRIMERO: Denegar el monto solicitado por concepto de costos incurridos en el procedimiento bajo Exp. N° 457-2015 PSO-INDECOPI-AQP, al haber quedado acreditado que tal solicitud configura, en el presente caso, un ejercicio abusivo de derecho que no resulta amparable por nuestro ordenamiento jurídico. (...)”

Dicha resolución fue materia de apelación por parte del denunciante ahora demandante argumentándose que debe proceder el pago de costos debido a que se está vulnerando derechos constitucionales referidos a que no se puede

regular el precio en el mercado más aún cuando se trata de la oferta y la demanda para la contratación de la asesoría legal de abogados para el patrocinio de procesos administrativos, entre otros argumentos.

Ante ello con fecha 06 de setiembre del 2016, se resolvió:

“...CONFIRMAR EL EXTREMO DE LA RESOLUCIÓN FINAL N° 241-2016/PSO-INDECOPI-AREQUIPA referido a la denegación del pago de costos por tratarse de un ejercicio abusivo de derecho”

⁶⁶.

El Órgano Resolutivo de Procedimiento Sumarísimo (**ORPS**) al sustentar el referido fallo lo hizo en siete ideas importantes las mismas que se transcriben para poder comprender mejor la idea que se presente alcanzar:

*“...13. En tal sentido, los elementos ordinarios a tomar en cuenta por el Órgano Resolutivo para la procedencia de la solicitud de liquidación de costos y costas se encuentran supeditados al estricto cumplimiento de diversos factores, el primero de ellos, corresponde a la **verificación de la participación efectiva, directa y real del abogado patrocinador** a lo largo del procedimiento que dio origen al presente procedimiento...”*

“...14. Respecto a la acreditación de la participación efectiva del abogado, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante a sala) adopto la siguiente postura: En efecto este colegiado considera que el análisis de la autoridad administrativa. Para determinar la participación del abogado no solo se debe limitar a la verificación de la firma del letrado; sino que se debe considerar de ser pertinente, la existencia de otros elementos que generen convicción en el juzgador respecto a la participación de dicho profesional dentro del procedimiento administrativo en cuestión. En tal sentido, la participación del abogado podría ser acreditada, por

⁶⁶ Resolución Final N° 775-2016/INDECOPI-AQP.

ejemplo, por el hecho que se hubiera señalado un domicilio procesal, que el administrado hubiera otorgado facultades de representación al abogado para la tramitación de su denuncia, que se verifique la asistencia y participación de este en la audiencia de conciliación, de informe oral u otras diligencias, entre otros elementos de juicio que permitan constatar la forma directa la actuación real y efectiva del abogado a lo largo del procedimiento...”

*“...17. Ante el cabal cumplimiento de los requisitos antes mencionados, la autoridad administrativa, en principio, se encontraría facultada a ordenar la devolución del monto liquidado por la parte solicitante, no obstante ello, la Sala ha advertido que, excepcionalmente, pueden originarse circunstancias extraordinarias que examinan a la autoridad administrativa de la aplicación de dicha facultad, como por ejemplo, si la solicitud de liquidación de costos y costas presentada por el **consumidor evidencia indicios de abuso del derecho...**”*

*“...21. En ese sentido, la Sala civil permanente de la corte Suprema, indico lo siguiente : “ El abuso del derecho es considerado un límite jurídico contenido en nuestro código Sustantivo, tendiente a que el individuo ejercite sus derechos subjetivos sin causar lesión o daño a terceros o intereses ajenos no protegidos por normas específicas; **lo que implica la existencia de la intención de dañar, la ausencia de interés, el perjuicio relevante y la conducta contraria a las buenas costumbres, lealtad y confianza recíproca.** (...)”*

“...23. Pasando al plano factico, en el presente caso, el señor Cuadros solicitó por concepto de costos la suma de S/ 3,000.00 soles sustentando dicho monto con el recibo por honorarios profesionales N° E 001-54 y el pago a la SUNAT por el impuesto a

la renta de cuarta categoría correspondiente al perdido de febrero del 2016.”

*“...34. lo pretendido por este órgano resolutivo al aplicar la figura del abuso de derecho en **casos en los que se aprecie una absoluta desproporción e irracionalidad en el monto solicitado por concepto de costos**, es evitar la distorsión del sistema, motivando y procurando la satisfacción de la verdadera finalidad del sistema y evitando alguna desviación en el mismo que conlleve a un fin distinto que el de proteger los derechos e intereses de los consumidores (...).”*

*“...36. Por las razones antes esbozadas, al no haberse respetado **el principio de conducta procedimental** estipulado en la ley N° 274444, ley del procedimiento Administrativo General **por parte del abogado patrocinador**, al haberse verificado que el procedimiento principal que fue encomendado a su cargo **no amerita, de acuerdo a lo analizado, el pago de la suma por concepto de costos que se viene pretendiendo, conducta que constituye un ejercicio abusivo de derecho...**”*

Revisando el fallo podemos señalar que INDECOPI, realiza una errada aplicación del concepto de abuso de derecho al incluir dentro de este el cobro de honorarios legales cuando este no sea razonable ni proporcional o de acuerdo con la tabla de análisis creada.

En efecto toda persona tiene la libertad de contratar la asesoría de un abogado, a fin de reclamar su derecho y sancionar al proveedor que cometió infracciones, que incluso son sancionadas por el INDECOPI como en el caso analizado.

Asimismo INDECOPI, mediante este supuesto abuso de derecho lo que hace es enmascarar una **regulación de precios relacionados con la oferta y la demanda de servicios jurídicos** prestados por profesionales abogados, no

teniendo en consideración que nos encontramos en un estado libre de mercado donde cualquier control de precios, tarifas y honorarios es inaceptable y debe ser rechazado porque nuestra economía social de mercado protegida a través de la Constitución Política no lo permite, tanto con mayor si el ente rector de protección que es el INCECOPI, independientemente de ello debe tenerse en consideración que el cobro de los costos no afecta ningún derecho de la empresa sancionada pues esta incluso no cuestionó el pago de los mencionados costos al ejercer su derecho de defensa.

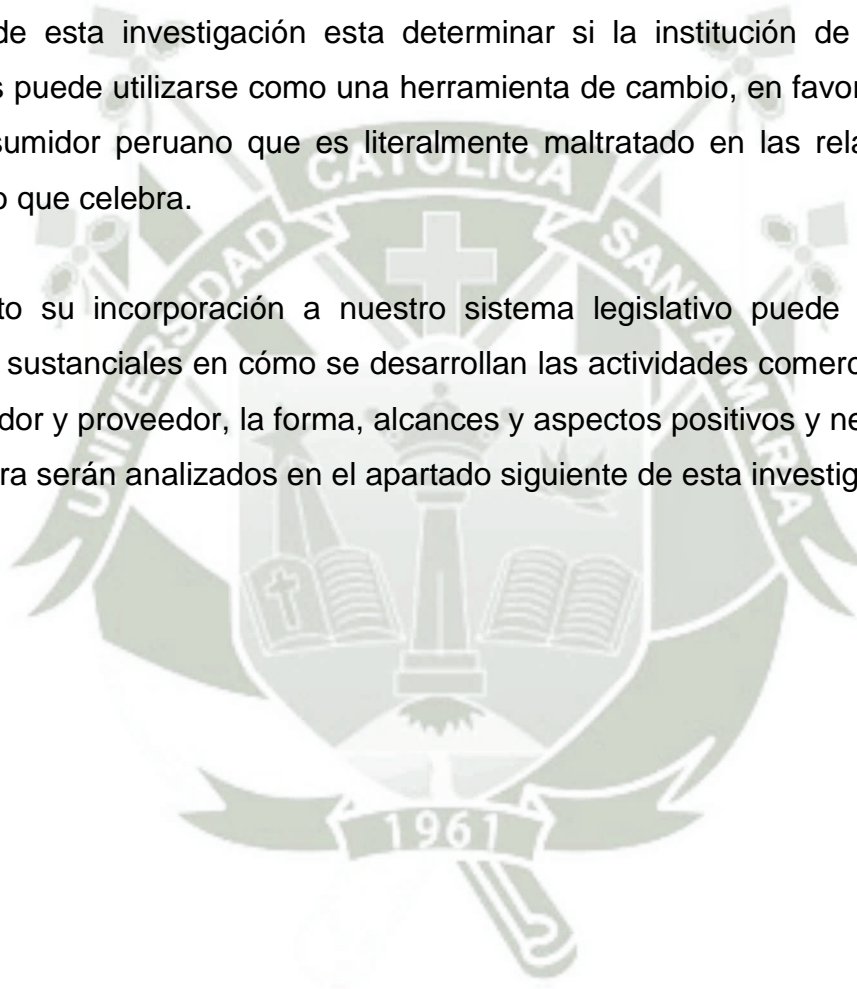
Entonces luego de lo analizado a lo largo de esta parte de la investigación estamos en un escenario muy complicado al que se enfrenta el consumidor, dado que, ha quedado claro que la legislación no establece los incentivos necesarios para que reclame sus derechos, por el contrario, existen figuras jurídicas que incentivan las conductas dañosas del proveedor.

- a) En un primer momento sólo el cuatro por ciento de los consumidores dañados buscaran un reclamo formal de su derecho.
- b) En un segundo paso, de los pocos consumidores que reclamen su derecho, estos se ven contra varias barreras en el camino, dado que, requieren contratar necesariamente en la práctica de un abogado, que elabore adecuadamente una denuncia que será sometida a una calificación de admisibilidad y procedibilidad.
- c) En un tercer paso los proveedores buscaran evadir la solución de sus casos esperando inclusive hasta el momento de allanarse ante una denuncia, respecto de la que no pagaran costas ni costos.
- d) En los pocos casos en los que se logre una denuncia con pronunciamiento de fondo, que sea fundada, el cobro de costas y costos se ve lleno de trabas, ya que nos veremos en la obligación de buscar abogados que cobren montos muy económicos por sus servicios, dado que, por ejemplo en casos que los honorarios cobrados sean mayores a S/ 3000.00 (Tres Mil con 00/100 Soles) por un procedimiento que duró más de 9 meses, corremos el riesgo de no recobrar el dinero pagado por la asesoría, dado que puede constituir un abuso de derecho, en la indebida interpretación del INDECOPI:

Es bajo este escenario de injusticias en las que se ve el consumidor – entiéndase el problema objeto de investigación - que surge la necesidad de buscar una herramienta que permita disminuir la desigualdad entre proveedor y consumidor y que a la vez de incentivos suficientes a los consumidores para poder reclamar sus derechos.

En la práctica son varias las posibilidades de reformas legislativas, que pueden inclusive ir por la simple derogación de algunas normas vistas, pero la idea central de esta investigación esta determinar si la institución de los daños punitivos puede utilizarse como una herramienta de cambio, en favor claro esta del consumidor peruano que es literalmente maltratado en las relaciones de consumo que celebra.

En efecto su incorporación a nuestro sistema legislativo puede determinar cambios sustanciales en cómo se desarrollan las actividades comerciales entre consumidor y proveedor, la forma, alcances y aspectos positivos y negativos de esta figura serán analizados en el apartado siguiente de esta investigación.





CAPÍTULO II DAÑOS PUNITIVOS

1. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PERUANO:

1.1. HECHOS JURÍDICOS:

El sistema de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual se encuentra regulado en el Código Civil el mismo que se encuentra vigente como bien sabemos desde el año 1984. Antes de abordar a mayor detalle la institución de daños punitivos, es oportuno inicialmente comprender la estructura de nuestro sistema de responsabilidad tiene como punto inicial o base la producción de un “hecho” y seguidamente nos explica como el derecho resalta que conductas son importantes y requieren tutela judicial.

En efecto el día a día, inclusive segundo a segundo, se producen en todas partes “hechos” y se entiende por tal según la Real Academia de la Lengua Española a toda “acción u obrar” o “cosa que sucede” es decir se trata de sucesos acaecidos

con o sin la intervención del hombre, dado que, se produce una modificación del mundo exterior, acontecida en un lugar y tiempo específicos.

Pero estos sucesos deben tener una importancia tal que el derecho opte por dotarlos de relevancia jurídica y por tanto de tutela, en efecto existen hechos que el ordenamiento jurídico no regula, porque carecen de importancia legal, como es el caso de la ruptura en la relación de una pareja de enamorados, pero existen otros que requieren de su presencia, puesto que es de interés general y en específico de una determinada población su regulación objetiva (positiva), claro ello siempre partiendo de la idea prevista en nuestra Carta Magna específicamente en el Art. 2 inc. 24 literal “a” que refiere: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Partiendo de las citadas ideas nos encontramos ante una primera clasificación; hechos con relevancia jurídica y hechos sin relevancia jurídica, evidentemente seguiremos el camino de los primeros, por ser de interés a este tipo de estudio, solo sucesos que al derecho le interese su estudio y regulación.

Tanto dentro de los hechos de relevancia jurídica como los que no lo son, como se deja entrever de las definiciones de la Real Academia de la Lengua Española, existen hechos que se producen por una acción u obrar, es decir en los que interviene el hombre y existen otro tipo de hechos en los que claro está, no se produce su intervención, esto es, que se producen de forma natural.

Para continuar con el esquema, los hechos jurídicos se pueden subclasificar en **hechos con la intervención del hombre** y **hechos sin su intervención**, dentro de los primeros por ejemplo vemos la compra de un inmueble, la construcción de una obra, cualquier relación de consumo entre proveedor y consumidor sea por productos o servicios y dentro de los segundos encontramos por ejemplo sucesos de la naturaleza como terremotos, huaicos, etc.

En este punto es donde se continua perfilando el objeto de investigación ya que dentro de los hechos en los que existe la intervención del hombre, al tratarse de un ser dotado de conciencia y voluntad, se producirán **hechos producto de su**

voluntad y hechos involuntarios, clasificación que también es adoptada por el Dr. Lizardo Taboada Córdova al señalar “...*la posición tradicional procede a distinguir entre hechos jurídicos voluntarios e involuntarios; entendiéndose por hechos involuntarios aquellos en los cuales no interviene la conducta voluntaria del hombre.... Mientras que los hechos jurídicos voluntarios son todos aquellos en los cuales interviene la voluntad, en el sentido de conducta voluntaria*”⁶⁷. en otras palabras, el paraje de distinción se encuentra en que algunos hechos escapan de la capacidad de decisión, esto es, la libertad por la cual se admite o rehúye a una determinada situación, que genera responsabilidades en el sujeto.

Dentro del universo de los hechos jurídicos voluntarios la doctrina en general admite que una adecuada subclasificación de estos, se encontraría en los actos voluntarios pueden ser **lícitos e ilícitos**, es decir, en el primer caso el hecho se encuentra en armonía con el ordenamiento legal instaurado en una determinada sociedad y en el segundo caso sucede exactamente lo opuesto e involucra una sanción.

Es válido afirmar entonces que los hechos jurídicos voluntarios y lícitos, son conocidos también como actos jurídicos, ello si tomamos como referencia la corriente francesa, “*La construcción teórica del acto jurídico realizada por el maestro León Barandarián y para los efectos de su determinación conceptual, partió del hecho jurídico, considerando como tal a todo hecho susceptible de producir efectos jurídicos. Este hecho puede ser natural o humano, según se produzca independientemente de la voluntad humana o sea ésta la que los produce. Pero el hecho jurídico para llegar a ser acto jurídico requiere de voluntariedad, es decir, ser producido por la voluntad humana, sin ninguna calificación, pues esta voluntad puede provenir de un incapaz o de un capaz, de un imputable como de un inimputable.*”⁶⁸ ó conforme a la corriente alemana nos encontramos ante un negocio jurídico “...*Ahora bien no hay duda de que el negocio es un hecho jurídico, es decir, que está previsto como tal por el derecho; que, que al acontecer y precisamente como consecuencia de su acontecer, se*

⁶⁷ Taboada CL. Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Grijley; 2013. p. 142.

⁶⁸ Vidal RF. Definición de Acto Jurídico y Elementos de Validez. En: Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas. 1 vols. Lima: Gaceta Jurídica; 2003. p. 605.

verifican cambios jurídicos; pero es cierto igualmente que el negocio jurídico no se puede ni se debe decir sólo que “ha acaecido” o que “ha sucedido”, como cualquier otro hecho que sea solamente tal” ⁶⁹.

Por ello cuando un acto contiene una causa ilícita, la sanción es la de nulidad, consecuencia prevista de forma positiva, específicamente en lo previsto en el Art. 219 inc. 4 del Código Civil, que sanciona un acto como nulo al tener fin ilícito.

Habiendo llegado ya a nuestro puerto de destino, es justamente el campo de los hechos jurídicos ilícitos en el que se desarrolla todo el campo de la responsabilidad civil que en su momento y luego de verificar el cumplimiento de los supuestos normativos de conducta antijurídica, daño, relación de causalidad y factor de atribución, se produce la obligación legal de indemnizar.

Para algunos autores como Juan Espinoza Espinoza debe tenerse presente un quinto elemento que es el de **imputabilidad**, es decir, la capacidad con la que debe contar el sujeto para responder por los daños ocasionados, esto es, la posibilidad para responder directamente por su conducta.

1.2. RESPONSABILIDAD CIVIL:

Históricamente cuando se logró estructurar el concepto jurídico de **propiedad**, así como los derechos y obligaciones que surgen periféricamente a este, nace la necesidad de estructurar un sistema encargado de la protección de ese derecho, surgiendo un sistema inicial o primitivo de responsabilidad civil.

Conforme a la estructura de nuestro Código Civil el incumplimiento de una obligación asumida de forma voluntaria es decir contractual (*acuerdo de partes sobre una relación jurídica de tipo patrimonial*) recibe el nombre de **responsabilidad civil contractual**, en cambio si se trata de daños que son el resultado de una conducta en la que entre los sujetos intervinientes no tienen ningún vínculo convencional obligacional, nos encontramos ante la **responsabilidad civil extracontractual**, es decir, que el criterio que marca la

⁶⁹ Taboada CL. Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. 2a ed. Lima: Grijley; 2013. p. 98.

pauta de diferencia, parte de la existencia o no de un **vínculo contractual** sea este asumido de forma oral o escrita, en otras palabra con presidencia de la formalidad salvo que esta sea requisito de validez del acto, es decir una formalidad *ad solemnitatem*.

Tómese en cuenta que los actos preparatorios de una relación contractual, esto es, las negociaciones iniciales y/o promesas también están incluidos dentro del sistema de responsabilidad contractual.

Por tanto, si el punto de distinción es la relación contractual es necesario efectuar algunas precisiones al respecto. Históricamente dicho vocablo deriva del latín *contractus*, término que se encuentra en pasado participio del verbo en latín *contrahere*, que significa *lo concertado, lo logrado*, o en términos coloquiales lo acordado.

En palabras de Javier Rolando Peralta Andía el contrato es “...*la relación jurídico patrimonial existente entre dos o más partes sobre un objeto de interés jurídico. Esta relación jurídica patrimonial bien podría constituirse por un acto genético voluntario de las partes o bien por mandato imperativo de la ley o de una decisión judicial o administrativa que crea la relación obligatoria como situación objetiva resultante donde el objeto de interés jurídico debe estar protegido por la ley*”⁷⁰.

En esta línea queda claro que el contrato desde el punto de vista de la doctrina actual que respalda la institución del negocio jurídico refiere que todo contrato presenta presupuestos y elementos:

Por **presupuestos**, en términos de Lizardo Taboada Córdova, se trata de los “*antecedentes o términos de referencia*”, es decir, todo lo necesario para que el negocio jurídico pueda formarse. Estos presupuestos indispensables son el sujeto y el objeto:

- a) **Sujeto**, en el caso de los contratos, entiéndase como los individuos o personas físicas que con capacidad de goce y ejercicio intervienen en el

⁷⁰ Peralta AJR. Fuentes de la Obligaciones en el Código Civil. Lima: IDEMSA; 2005. p. 57-58.

contrato. En otras palabras, personas mayores de 18 años que no se encuentren impedidos de exteriorizar su voluntad de forma indubitable, tómesese en cuenta que, al ser contratos, los sujetos siempre estarán estructurados en dos o más partes.

- b) **Objeto**, referido directamente con la prestación, la misma que puede ser creada, regulada, modificada o extinguida. Por ejemplo, en el caso de una compraventa de un inmueble el objeto se encuentra en la transmisión del derecho de propiedad del vendedor al comprador y no es la cosa misma es decir el inmueble.

Por **elementos**, se entiende a los componentes o partes que efectivamente conforman el contrato, entendiéndose que estos son:

- a) **Consentimiento**, entendido como la voluntad concordada de las partes, por tanto, un contrato parte de la existencia de actos bilaterales y plurilaterales, en los que los sujetos intervinientes efectúan manifestaciones, las que debe concordar entre la voluntad de declarar y la voluntad exteriorizada o declarada.
- b) **Causa**, conforme a nuestro ordenamiento legislativo ha sido plasmado en el fin del contrato el mismo que debe ser lícito. Conforme a la exposición de motivos del Código Civil al referirse a causa se adoptó la *teoría causalista*, que entiende este elemento como el *motivo determinante* por el cual se celebra el contrato.
- c) **Formalidad**, entendida como el continente del contrato o solemnidad, su presencia como elemento está condicionada a que el ordenamiento legal requiera de forma obligatoria su presencia bajo sanción de nulidad. Entiéndase por formalidad, por ejemplo la necesidad de que un contrato sea plasmado por escrito, o que dicho escrito tenga fecha cierta, o que el contrato obre por escritura pública, como es en el caso de la donación de bienes inmuebles, acto que debe cumplir con esta formalidad de conformidad con el artículo 1625 del Código Civil, o la formalidad incluya la inscripción registral, es el caso del mutuo con garantía anticrética que necesariamente debe constar por escritura pública, bajo sanción de nulidad, así lo exige el artículo 1092 del Código Civil.

A lo largo de la historia el sistema de responsabilidad civil específicamente en el Derecho Romano según nos cuenta el tratadista uruguayo Jorge Peirano Facio, estaba claramente diferenciado en un sistema contractual que nacía de la acción conocida como *Negotium*, entendida en esa época como la capacidad de crear pactos voluntarios y en el caso de la responsabilidad extracontractual nació de la denominada *Lex Aquila* norma que: “...toma su nombre de un plebiscito promovido por un tribuno de la plebe llamado Aquilio, que en su momento y según se sabe, marcó la superación de las leyes anteriores...”⁷¹ en otras palabras esta ley se encargaba de regular los daños que se causaban a las cosas ajenas.

Partiendo de esta idea a continuación abordaremos ambos sistemas de forma breve, para luego continuar perfilando en que parte de nuestro sistema de responsabilidad pueden ingresar los daños punitivos propuestos en esta investigación.

1.2.1. Sistema de Responsabilidad Civil Contractual:

El Código Civil opta por regular de la responsabilidad civil contractual en el libro de obligaciones, estableciendo las siguientes precisiones sobre cada uno de los supuestos constitutivos de esta:

- a) En cuanto a la **antijuricidad**, exige necesariamente que la conducta sea contraria al *tipo*, es decir, al texto expreso de la norma, en efecto la acción del sujeto debe oponerse a la obligación regulada por el supuesto de hecho normativo u oponerse al acuerdo de partes plasmado en el contrato. En otras palabras, se exige que la conducta susceptible de indemnización contractual sea **típica**.
 - i. Un caso que ejemplifica lo señalado se presenta en la compraventa de bienes inmuebles, en la que se pactó el pago del valor del bien en cuotas, si en el transcurso del tiempo el comprador incumple con el pago de tres cuotas sean estas sucesivas o no, se facultan al

⁷¹ LEÓN LL. La Responsabilidad Civil: Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas. Lima: Juristas y Editores; 2011. p. 37.

acreedor a solicitar la resolución del contrato y en su momento exigir una indemnización, por tanto, la conducta antijurídica, es el incumplimiento de una obligación de dar suma de dinero, específicamente deber pago.

- ii. Por tanto *¿Cuál es la obligación típica que incumplió el comprador?* La respuesta la encontramos en el **artículo 1558 del C.C.** que indica: *“El comprador está obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados.”*
- iii. Al haber incumplido el pago en la manera pactada la ley establece sanciones legales ante esta conducta que están reguladas:
 - a. Una de ellas conforme a lo señalado en el **artículo 1561 C.C.** es la resolución del contrato y devolución de prestaciones.
 - b. Otra conforme al **1563 del C.C.** es una indemnización por los daños causados.
- iv. La obligación entonces puede ser incumplida también de forma total, parcial, defectuosa o tardía.

La misma idea ha sido plasmada por **Alejandro Andrada** jurista argentino que conceptualiza a la antijuricidad como: *“...el carácter contrario a derecho que tiene todo hecho humano, con trascendencia jurídica negativa, voluntario o involuntario, externalizado a través de una acción, acción por omisión y que nace de la relación de contradicción entre el supuesto de hecho objetivamente considerado y el ordenamiento jurídico considerado en su integridad...”*⁷².

- b) En referencia al **daño**, Lizardo Taboada Córdova refiere que *“...se entiende por daño, la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión.”*

⁷² Andrada A. Responsabilidad Civil de los Medios de Comunicación, Rosario: Editorial Juris; 1998. p. 141.

- i. En nuestro sistema de responsabilidad contractual sólo puede repararse los **daños directos**, estos son, los producidos como consecuencia inmediata de la inejecución de la obligación.
 - ii. Según la responsabilidad de tipo contractual son tutelables los daños de tipo patrimonial como son el daño emergente (*pérdida patrimonial efectivamente sufrida*) y lucro cesante (ganancia dejada de percibir por la conducta antijurídica) en atención a lo señalado en el Art. 1321 del C.C.
 - iii. Así como legalmente se reconoce la posibilidad de tutelar los daños de tipo moral en atención al Art. 1322 del C.C. es decir, la posibilidad de indemnizar daños de tipo extrapatrimonial.
- c) En referencia a la **relación de causalidad**, como se refería al inicio de este capítulo los hechos que tienen relevancia para el derecho generarán con el tiempo nuevos hechos los cuales serán consecuencia del anterior, es decir existe una relación de causa efecto.
- En el campo de las obligaciones la inejecución origina como consecuencia una responsabilidad, pero bajo la teoría de la **causa próxima**, también conocida como causa directa, prevista en el Art. 1321 del C.C.
- d) Finalmente, en cuanto al **factor de atribución**, este elemento de la responsabilidad civil está orientado a comprender a título de que un sujeto es responsable, en otras palabras, si se determina que existe una conducta contraria a la ley, que sea causa de los daños originados a la víctima, debemos preguntarnos si la conducta del autor fue dolosa o culposa, nociones que analizamos seguidamente.
- i. El Código Civil nos habla de una conducta dolosa, culposa y dentro de esta última distingue entre culpa leve y culpa inexcusable.
 - ii. Por la conducta **dolosa** se entiende en palabras de *Renato Scognamiglio* la “*voluntad del sujeto de causar daño*”. El sujeto incumple la obligación de forma consiente, es decir tiene conocimiento de los alcances legales de su hacer y quiere la

producción de estos. Por ello se habla de una acción consciente y voluntaria.

- iii. Por otro lado, la **culpa inexcusable**, también conocida como grave por algunos juristas, prevista en el Art. 1319 del C.C. se entiende como la falta de uso de la diligencia propia de la mayoría de los hombres.
- iv. Finalmente, en cuanto a la **culpa leve**, existe una actuación omisiva por parte del obligado, en la que se evalúa la naturaleza de la obligación, a la persona misma, el lugar y momento en que debió cumplirse la obligación.

1.2.1.1. Responsabilidad por Productos Defectuosos:

El sistema de responsabilidad civil también es aplicado a las relaciones de consumo, por ejemplo, el Código de Protección y Defensa del Consumidor regula los casos de productos defectuosos, estos son, todos aquellos bienes que no ofrece un ámbito de seguridad a la persona que tiene un derecho sobre este.

En los citados supuestos, la responsabilidad por los daños causados se dirige a la integridad física del consumidor o los bienes de su pertenencia. La responsabilidad civil por productos defectuosos es de tipo objetiva, ello significa que no será objeto de discusión los factores de atribución, es decir, si la conducta del proveedor es dolosa o culposa, ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1970 del Código Civil.

En cuanto a la responsabilidad plural de sujetos, entiéndase proveedores, esta es solidaria, en caso existan más de un sujeto en la línea de producción o del servicio. Sin embargo, cada proveedor que pago la indemnización tiene derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto.

1.2.2. Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual:

Continuando con la diferencia de tratamiento legislativo de ambas figuras, al igual que en el apartado anterior se analizará supuesto por supuesto el tratamiento en el caso de responsabilidad extracontractual.

- a) En cuanto a la **antijuricidad**, la conducta no sólo puede ser típica como en el señalado en el caso de responsabilidad contractual, sino también puede ser **atípica**, por tanto, debe entenderse que cualquier acción ilícita que cause un daño, da lugar a la obligación legal del pago de una indemnización.
- i. En los artículos 1969 y 1970 del C.C. se prevé la responsabilidad civil extracontractual **subjetiva** cuando refiere el sujeto que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo y **objetiva** al referir que el sujeto que actúa con un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.
 - ii. Un ejemplo claro de ello son las lesiones que se producen como resultado de un juego no oficial de basquetbol o futbol, en la que el agresor independientemente de la forma de actuación está en la obligación de indemnizar puesto que ha causado daños de tipo personal, ello sin que exista una norma específica que regule el suceso.
- b) La idea de **daño** en el sistema extracontractual es la misma que la referida para el contractual, la diferencia entre uno y otro está en el tipo de daños que incluyen, mientras que en el contractual estamos ante un sistema directo en el caso del extracontractual se trata de un sistema universal o de reparación integral.
- i. En este tipo de responsabilidad civil los daños que protege son los de tipo patrimonial tanto daño emergente como lucro cesante, adicionalmente a ello también los de tipo extrapatrimonial como el daño moral y daños a la persona tanto físicos como psicológicos (*estos dos últimos no están previstos en el campo contractual*). Lo indicado se aprecia en el Art. 1985 del C.C.
- c) En cuanto a la **relación de causalidad**, en el campo extracontractual para que una conducta sea el origen de un daño es necesario que concurren

dos factores o aspectos: un factor in concreto y un factor in abstracto, ambos permiten determinar si nos encontramos ante una **causa adecuada** o no.

- i. El aspecto o **factor in concreto** debe entenderse desde el punto de vista material o físico, lo que significa que en los hechos la conducta debe haber causado el daño, en otras palabras, el daño es consecuencia fáctica de la conducta antijurídica.
 - ii. El aspecto o **factor in abstracto** nos dice que la conducta antijurídica de acuerdo con la experiencia cotidiana debe ser capaz de producir el daño causado.
- d) En cuanto al **factor de atribución** en la responsabilidad extracontractual la legislación opta sólo por las conductas dolosas o culposas, no diferenciando en esta última ningún tipo de clasificación.

1.2.3. Finalidad del Sistema de Responsabilidad.

Como hemos analizado brevemente nuestro país opta por un sistema de responsabilidad que parte de la teoría dualista ya que separa su tratamiento en contractual y extracontractual, ahora si bien actualmente existen fuertes corrientes que pretenden la unificación del sistema de responsabilidad, este extremo no será objeto de investigación, dado que, el objetivo primordial de este trabajo es comprender en un primer momento los alcances de la legislación nacional actual, ante la producción de conductas dañosas (*específicamente en las relaciones de consumo*), para partir de este punto y entender cuáles son los reales alcances de la institución de daños punitivos y como estos pueden o no ser aceptados en nuestra legislación.

Ahora debemos enfocarnos en cuáles son las **funciones** que cumple el sistema de responsabilidad civil, es decir, cual es el ámbito de hechos jurídicos - relaciones dañosas - que son objeto de protección y el alcance de esta protección, al respecto Juan Espinoza, señala las siguientes:

“a) Reaccionar contra el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado.

- b) *La de retornar el status quo ante en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el daño.*
- c) *La de reafirmar el poder sancionador del Estado*
- d) *La de “disuasión” a cualquiera que intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros.*
- e) *La distribución de las pérdidas*
- f) *La asignación de costos”⁷³.*

Es importante citar a Guido Calabresi el cual aborda este tema desde el punto de vista del análisis económico del derecho, señalando que la función principal del derecho de daños es “*reducir la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos*”.

Siguiendo a Calabresi queda claro que no solo el accidente en sí mismo genera daños, también debe considerarse como parte de la ecuación los gastos realizados para la generación de normas de protección, costos de poner en conocimiento de los usuarios las normas, así como las campañas de sensibilización, o el personal necesario para el cumplimiento de la norma.

En efecto un caso claro de ello es todos los costes de implementar personal policial y municipal encargado del control de tránsito, así como anuncios a lo largo de las vías o a nivel de los medios de comunicación para reducir la producción de accidentes de tránsito.

Finalmente, Juan Espinoza indica que la función de la responsabilidad debe ser vista desde la óptica de los sujetos que participan:

- “Con respecto a la víctima es satisfactiva*
- Con respecto al agresor es sancionadora.*
- Con respecto a la sociedad es disuasiva o incentivadora de actividades”*

⁷⁴.

⁷³ ESPINOZA EJ. Derecho de la Responsabilidad Civil. Perú: Rodhas; 2010. p. 51

⁷⁴ Ídem, p. 55

Para entender entonces la función de la responsabilidad civil plantearemos un ejemplo de responsabilidad extracontractual producido por un accidente de tránsito, analizando los últimos elementos referidos por el tratadista Juan Espinoza.

Coloquemos en la situación hipotética que la persona “A” maneja un vehículo de la ciudad de Arequipa a Lima, al promediar la 1.00 a.m. esta persona a pesar de sentir somnolencia continúa manejando lo que en breves minutos ocasionó su colisión con el vehículo de transporte de carga pesada de la empresa “B”.

Realizándose una evaluación de los hechos se determina que efectivamente el accidente de tránsito se produjo por culpa de “A” al haberse quedado dormido e invadir el carril contrario impactando la otra unidad de transporte, de la misma forma se ha determinado que se han producido daños de tipo patrimonial, específicamente daño emergente dado que el vehículo de “B” presenta averías por más de US\$ 4,000.00 Dólares Americanos, así como se establece que el vehículo estará inoperativo un total de 20 días, ocasionado un lucro cesante de US\$ 200.00 Dólares Americanos diarios.

Finalmente se concluye que el conductor del vehículo de la empresa “B” tiene que someterse a una operación, así como seguir un tratamiento de rehabilitación valorizado en total en US\$ 3000.00 Dólares Americanos. Por tanto, con respecto a la víctima la responsabilidad civil buscará **satisfacer** las necesidades generadas, esto es, buscará se le pague los daños efectivamente sufridos, por daños patrimoniales recibirá la suma de US\$ 11,000.00 Dólares Americanos, nótese que en el ejemplo no se han valorizado daños de tipo extrapatrimonial.

Por su lado “A” es **sancionado** por el sistema al verse obligado al pago de la citada suma de dinero, ya que en caso este se resista al pago, originará el pago de intereses legales y/o el remate de sus bienes entre otras medidas.

Al conocer la sociedad la forma en que concluye este caso y otros originará en cierta medida un efecto disuasivo y reflexivo ya que las personas repasarán su conducta de cómo manejar y sobre todo porque no deben hacerlo cuando se

sientan en estado de somnolencia, ya que ese descuido se originó pérdidas económicas cuantiosas, así como se puso en riesgo la vida de personas.

Adicionalmente a ello queda claro que se **incentiva** a que las personas tomen medidas para evitar este tipo de accidentes, como manejar de día, tomar un descanso antes de manejar, entre otros. Claro está, todo ello dentro del plano del deber ser, en el cual los operador y usuarios judiciales cumplen con su rol de forma cabal conforme a lo previsto por la norma.

Bajo el ejemplo citado el derecho de responsabilidad civil parece actuar de forma idónea y suficiente, pero demos tomar en cuenta que, al existir avances de las relaciones sociales, en las relaciones de comercio, en las relaciones electrónicas entre otras, el derecho de reparación de daños parece no funcionar adecuadamente para lograr las funciones que persigue, específicamente la función de **incentivo y desincentivo**, como se puede apreciar en el siguiente caso.

A manera de ejemplo se presenta un hecho que es recurrente en el sistema financiero, cuando la persona “A” contrata una tarjeta de crédito con el banco “B” este último dentro de las múltiples obligaciones que asume, se encuentra en la obligación de remitir de forma mensual un estado de cuenta al sujeto “A”, documento en el que entre otros aspectos se pone en su conocimiento el monto de dinero disponible de su línea de crédito, así como la fecha, conceptos y montos de pago por los consumos y los intereses que se hayan generado dentro del periodo.

Es el caso que existen entidades financieras como el Banco Ripley que tienen conocimiento de la deficiencia con que funciona el servicio de mensajería físico o electrónico situación que origina que cientos sino miles de usuarios no reciban de forma idónea su estado de cuenta mensual, lo que eventualmente genera retrasos en el pago de estados y con ello se produce la aplicación de intereses, multas y penalidades, que benefician únicamente a la entidad bancaria y perjudican a los clientes.

Ante esta situación inicialmente son pocos los usuarios que denunciaran esta falencia ante el mismo Banco o INDECOPÍ y/o solicitaran una indemnización ante el incumplimiento obligacional del Banco, por los daños generados, por tanto, existirá un importante número de usuarios que prefieren cubrir el pago de penalidades, intereses u otros, por desconocimiento o por falta de incentivos normativos, en el reclamo de sus derechos.

Es bajo este contexto que saltan preguntas importantes, como las siguientes: ¿El sistema de responsabilidad civil peruano está preparado para afrontar las situaciones jurídicas dañosas que se presentan con el desarrollo de la sociedad? ¿Los clientes conforme al último ejemplo se verán satisfechos legalmente ante las conductas dañosas generadas? ¿Las entidades del sistema financiero y otras del sector de consumo están o no recibiendo una adecuada sanción ante las conductas dañosas que estos mismos producen? ¿Se cumple con el fin disuasivo del derecho de daños?

Son interrogantes que intentaremos respondernos a lo largo de la presente investigación, ello claro está bajo la óptica de los daños punitivos.

2.- DEFINICIÓN DE DAÑOS PUNITIVOS

Previo paso a definir lo que se entiende por daños punitivos eje medular de esta investigación, resulta aleccionador y gráfico un caso que con mucha frecuencia se producía en la época romana cuando la Ley de las XII Tablas, también conocida como Ley de Igualdad Romana, estaba vigente, en ese momento se reguló en la VIII tabla, los casos conocidos como **crimina** o ilícitos penales de gravedad y los **delicta**, que son ilícitos también de carácter penal pero de menor gravedad, como el *furtum* “...se le entiende como la sustracción ilícita de una cosa mueble ajena. En un segundo momento, abarca todo comportamiento, esto es, doloso que provoca a otro una pérdida o desventaja en relación con una cosa mueble o inmueble...”⁷⁵ o la *iniuria* “... Se califica como *iniuriae* todos los actos dolosos e injustos de violencia física contra las personas (siempre y cuando estas no estuvieran sometidas a la potestad del agresor). Hacia el siglo II a.C.

⁷⁵ LEÓN LL. Óp. Cit. p. 36.

se instituye la actio iniuriarum...para habilitar a la víctima la obtención de una reparación pecuniaria, la cual evoluciona y llega a ser considerada procedente incluso en el caso de las ofensas de carácter moral.”⁷⁶ Tanto el furtum como la iniuria, eran delitos de daños a bienes de terceros o delito de lesiones. Estos últimos se sancionaban con penas de tipo pecuniarias.

Aprovechando la forma en que se encontraba estructurado el sistema normativo Lucio Veracio, quien contaba con una holgada posición económica, al caminar por la calle impartía bofetadas a todos los ciudadanos que no fueran de su agrado ello de forma dolosa, a la vez su esclavo se encargada de entregar la cantidad de 25 Ases (moneda utilizada en ese tiempo y lugar) a cada víctima que fuera agredida, lo que demostraba claramente el errado sistema de reparación con el que se contaba.

Hoy en día el panorama descrito que ocasiona sonrisas seguidas de indignación nos muestra situaciones que claramente no han sido superadas y que perduran en nuestro “avanzado” sistema legislativo de daños, en efecto en las relaciones de consumo los proveedores luego de realizar un análisis de costo-beneficio, en muchas ocasiones concluyen que es económicamente más rentable lidiar con las consecuencias legales ocasionadas por los daños a evitarlos.

Al pensar en ello uno de los primeros ejemplos que se exteriorizan es en el caso de las empresas organizadoras de conciertos las que publicitan la presentación de 3 artistas, siendo estos por ejemplo A, B, C, y es justo B el de mayor acogida y el que más cobrará por su presentación. El día del concierto con butacas llenas sólo se presentan en escenario los artistas A y C, no llegando nunca el tan esperado artista B, quien por supuesto nunca fue formalmente contratado.

Dado que, algunos inescrupulosos proveedores al publicitar su presentación saben que las ventas se incrementaran considerablemente y en el caso que el artista no se presente se originará una pequeña cantidad de reclamos formales

⁷⁶ Ídem. p. 36.

o pequeñas multas administrativas que están dispuestos a afrontar, tan igual como las bofetadas por Ases, en la que el consumidor es el único perjudicado.

En este orden de ideas nuevamente debemos preguntarnos ¿Cumple el sistema de responsabilidad civil el rol esperado en este tipo de relaciones de consumo? ¿Está realmente protegido el consumidor ante estos escenarios?

Bajo este contexto resulta necesario el estudio de figuras jurídicas que permitan dar soluciones con un mayor alcance a los problemas que se producen específicamente como se orienta en esta investigación a las relaciones de consumo, siendo una herramienta de solución la institución de los daños punitivos, figura propia del derecho anglosajón que surgió con el desarrollo de la jurisprudencia de daños, específicamente la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América.

La citada corte plasma una definición en la sentencia emitida en el caso “Gertz contra Robert Welch” que data del año de 1974 y que define a esta figura como: **“Los daños punitivos son multas privadas impuestas por jurados civiles a fin de castigar conductas y para disuadir que se reiteren en el futuro”**⁷⁷

Téngase en cuenta que en el derecho anglosajón la jurisprudencia tiene un carácter obligatorio, sin necesidad de establecerse en una norma o mediante doctrina jurisprudencial como en el Perú o en legislación de corte romano-germánico.

Partiendo de la definición expuesta que es una primera noción referencial que surge de esta figura realizaremos un análisis de su naturaleza, lo que nos permitirá definirlo en un segundo momento con mayor precisión, para comprender el alcance de sus supuestos, ello en el siguiente apartado.

Recientemente en el Perú se pueden apreciar ya intentos de introducir a nuestro país la figura de los daños punitivos, al respecto a nivel jurisprudencial

⁷⁷ Chamatropulos DA. Los Daños Punitivos en la Argentina. Buenos Aires: Editorial Errepar; 2009. p. 2.

específicamente en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Provisional, publicado el 04 de agosto del 2017, nuestros magistrados señalaron: *“Por lo que puede entenderse a los daños punitivos como la suma de dinero que el juez ordenará pagar, no con la finalidad compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes. En otras palabras, los daños punitivos son una forma de pena privada, donde el beneficiario de esas sumas de dinero es la víctima del daño causado. Así, dicha suma de dinero reconocida por el juez, por encima de aquella que corresponde a la reparación del perjuicio, se otorga en los casos en que el acto causante del perjuicio ha estado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima”*⁷⁸.

Este primer intento de introducir formalmente los daños punitivos a nuestra legislación es con el objeto de sancionar a los empleadores que buscan extinguir la relación laboral con sus trabajadores mediante un despido fraudulento o incausado como se señala debido a la conducta vejatoria con la que actúa el empleador.

En este caso los juristas nacionales no optaron por utilizar el término de multa civil, sino el de sumas de dinero, ello a efecto de evitar críticas que se originen por violar el principio de legalidad, ya que no puede haber multa o pena sin la existencia de una norma ya emitida. En apartados posteriores analizaremos si para la aplicación de esta figura es necesaria su regulación positiva previa o bastará introducirla a nivel jurisprudencial.

3.- DAÑOS PUNITIVOS SANCIÓN O INDEMNIZACIÓN

Para comprender su naturaleza jurídica, en otras palabras, si los daños punitivos son una sanción o son una forma o tipo de indemnización, analizaremos los conceptos de otros autores con relación a esta figura para posteriormente adoptar una postura. Este primer aspecto es de suma importancia y no

⁷⁸ V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Provisional” [página principal en Internet] Lima: Poder Judicial; c2017 [citado 2018 Mar 12] [aprox. 4 pantallas]. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5384f000421cdca96dfd6b3be91b58f/Informe+V+Pleno+Jurisdiccional+Supremo+en+Materia+Laboral+y+Previsional.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5384f000421cdca96dfd6b3be91b58f>

meramente conceptual ya que de apadrinar una u otra postura las consecuencias jurídicas son claramente distintas.

El autor argentino Federico Álvarez Larrondo conceptualiza a los daños punitivos como: *“...sanciones económicas que los Jueces imponen a los causantes del obrar lesivo, con tres finalidades: 1) dismantelar el negocio surgido de la violación de la ley y los derechos de los contratantes, cuando la reparación integral de los afectados resulta inferior a la rentabilidad o ganancia obtenida por aquel 2) la de sancionar el obrar desaprensivo, desidioso o infamante del agente dañador; que actúa con indiferencia para con la vida, la salud, o los bienes de los contratantes y 3) la de no permitir la elaboración de análisis actuariales previos a la acusación de daños, sobre la base de los principios probabilísticos que permitan proyectar la tasa de ganancia producto de la lesión o la violación de la ley...”*⁷⁹.

En palabras de Álvarez Larrondo nos encontramos ante una figura cuya naturaleza es sancionatoria, entonces debemos preguntarnos que entendemos por sanción, dicho termino se define como una consecuencia jurídica plasmada en un castigo o pena que se aplica a toda persona sea natural o jurídica cuya conducta se encuentra enmarcada dentro del supuesto típico normativo. En este caso el autor nos habla de sanciones de tipo económicas, es decir multas cuantificadas, que en el caso del Perú sería a través de una medida referencial que es siempre utilizada en el ámbito administrativo y judicial, me refiero a las Unidades Impositivas Tributarias – U.I.T.

El tratadista Edgardo López Herrera, refiere que los daños punitivos son *“...aquellas sumas otorgadas en adición o cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrando culpable de una particularmente agravada conducta, única a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental...”*⁸⁰.

⁷⁹ Álvarez LF. La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo Argentino. Argentina: Editorial JA; 2008. p. 124.

⁸⁰ López HE. Los Daños Punitivos. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot; 2008. p. 76.

La segunda definición presentada también nos habla de los daños punitivos otorgándole la naturaleza jurídica de sanción al referir que son castigos impuestos, este autor al igual que Federico Álvarez entiende que se trata de sanciones de tipo económica, ya que indica que se trata de sumas otorgadas en adición al daño compensatorio es decir a la indemnización otorgada, queda claro entonces que para este autor la indemnización es un concepto distinto pero a su vez principal al que se le agregan los daños punitivos a los que entiende como una forma de castigo.

En este punto empieza una primera diferencia importante con nuestro sistema legislativo ya que los daños punitivos se diferencian de la indemnización, puesto que no buscan reparar el daño causado, que para ello está el sistema de responsabilidad civil actual.

Hasta la fecha el autor argentino que con mayor esmero y profundidad ha desarrollado la institución de daños punitivos es el doctor Demetrio Chamatropulos, quien al referirse a ella la define de la siguiente forma: *“...Puede decirse que los daños punitivos o multas civiles son sanciones de carácter civil y de orden legal, que pueden implicar no solo una obligación de dar (generalmente hablamos de una suma de dinero) sino también de otra índole, (de hacer por ejemplo), disuasiva, accesoria de aplicación excepcional que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes aunque también su aplicación procede en otros supuestos en los cuales puede justificarse en vía de castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad.”*⁸¹.

La definición citada es más extensa que las anteriores, pero a su vez gracias a ello especifica aspectos que son importantes precisar en este apartado, uno de ellos al igual que las definiciones anteriores se coincide en que se trata de una

⁸¹ Chamatropulos DA. Óp. Cit. p. 37.

sanción, pero efectúa la atinencia que es una **multa de tipo civil**, esto es, una multa que está enmarcada dentro del derecho privado ya que esta sanción es a favor de un particular y no a favor del Estado.

Otro aspecto importante de resaltar que diferencia a los daños punitivos de la indemnización es que estos son accesorios de toda indemnización, por tanto, si un proceso no se declarara fundada la pretensión de indemnización, la misma suerte correrá le pretensión punitiva.

En el campo del derecho procesal se puede entender, que los daños punitivos funcionan como una pretensión accesoria, pero de tipo condicional, ya que si bien es necesario que primero se acredite la existencia de la conducta dañosa, también es cierto que los daños punitivos no serán concedidos por simple relación de correspondencia, como sucede con la cancelación de un asiento registral que deriva de un acto jurídico declarado nulo, en el caso de los daños punitivos estos deben ser acreditados a través de todo un acervo probatorio.

En este orden de ideas al conocer que los daños punitivos son definidos como sanciones, específicamente multas de carácter civil, es conveniente ponernos desde el otro lado de la moneda y ver si esta figura ya definida es o no compatible con el sistema civil peruano.

4.- FINALIDAD DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

Ahora que se entiende a los daños punitivos como un tipo de sanción privada y no como un tipo de reparación o indemnización, podemos centrarnos en identificar cual es la finalidad de implementar esta figura en nuestro sistema jurídico, para comprender cuáles serán las consecuencias jurídicas de su aplicación.

En la doctrina se ha reconocido la existencia de varias finalidades, pero las que realmente han tomado partido en moldear esta figura y que son reconocidas de forma amplia por los operadores de esta institución, son dos, una es entenderla como un **castigo** y la segunda apunta como una modalidad **disuasiva** de futuras conductas dañosas.

En referencia al tema abordado Adrián Alfonso Paredes Santana, jurista mexicano refiere. “...Con los «Daños Punitivos» se tienen como parte total tres aspectos torales: (i) la propia reparación del daño sufrido, (ii) castigar a su causante por no tomar las medidas necesarias para evitarlo o por su negligencia; y (iii) servir como medida ejemplificativa para toda la sociedad. De esto último surge su finalidad ejemplar, tanto para el particular causante para que no vuelva a hacerlo y tome las medidas necesarias para evitar que suceda nuevamente; asimismo se convierte en un mensaje hacia toda la sociedad con el fin de disuadir a otros de seguir su ejemplo”⁸².

Desde el punto de vista de Paredes no sólo sería dos fines sino tres, identificando un aspecto reparatorio, uno de castigo y uno como medida ejemplar entiendo esta última como una medida disuasiva, debo expresar mi disconformidad con la primera finalidad, es decir con el aspecto reparatorio, en efecto, al definir la naturaleza jurídica de esta institución señalamos que si bien está relacionada con una reparación, también es cierto que su naturaleza no es reparar, porque para ello existe la legislación de responsabilidad civil, es decir, la indemnización, en este caso reiteramos la idea no es regresar las cosas al estado anterior al daño, sino sancionar al autor del daños por su conducta dolosa o de grave negligencia.

Desde el punto de vista argentino, en palabra del doctor Luis Eduardo Sprovieri, la finalidad de los daños punitivos es triple: “...Con sutiles variantes, todos los autores que se han dedicado al tema coinciden en identificar para este instituto un puñado de finalidades bien definidas. Más allá de los matices doctrinales, esas finalidades pueden sintetizarse en tres primordiales: a) dismantelar los efectos benéficos que para el responsable pueda haber tenido el ilícito; b) sancionar al agente dañador; y c) prevenir hechos lesivos similares”⁸³.

⁸² Finalidades principales de los daños punitivos [página principal en Internet] México: Paredes; c2017 [citado 2018 Mar 14] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: (<https://coem.mx/finalidad-danos-punitivos/>).

⁸³ La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino [página principal en Internet] Argentina: Sprovieri; c2016 [citado 2018 Ene 14] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: (<http://www.fsdalegal.com.ar/index.php/la-multa-civil-danos-punitivos-en-el-derecho-argentino/>).

La variante en este caso se encuentra en la primera finalidad señalada, esta es, desmantelar los efectos benéficos de la conducta antijurídica del proveedor, al respecto si bien es cierto esa será una de sus finalidades no podemos decir que sea una de sus principales, dado que, no siempre las conductas que merecen ser sancionadas por esta institución, son producto de la denominada culpa lucrativa, en la que se efectúa un análisis de costo beneficio.

En efecto existen también casos en los que las conductas responden a una actitud no dolosa sino de una severa negligencia del proveedor, en estos casos no podremos hablar de efectos benéficos, al menos en un primer momento. Por tanto, esta finalidad la considero secundaria y no principal.

Se presenta una postura mucho más simple que las anteriores que corresponde al doctor Demetrio Chamatropulos, el referido jurista argentino señala: *“...En este punto nos explayaremos sobre las finalidades de los daños punitivos que para la mayoría de la doctrina son dos: el castigo y la disuasión, aunque nosotros creemos que la finalidad primordial es la segunda y que la primera es sólo un medio o herramienta que se utiliza para llegar a aquella”*⁸⁴.

Compartimos esta última forma de análisis, en efecto el aspecto disuasivo es la verdadera finalidad lo que se busca es que los proveedores no incurran en nuevas conductas infractoras en contra de los consumidores y ello lamentablemente sólo se va a conseguir en la medida de poder aplicar una sanción de tipo pecuniaria, que es el medio que obliga al proveedor a reevaluar su conducta y prevenir nuevas infracciones, podría en este punto viéndolo desde otra arista entenderse a la sanción como un fin inmediato y a la discusión como el fin mediato, claro ello esta desde el punto que deseemos analizarlo.

4.1. El Castigo: Inicialmente cuando se definió a los “punitive damage” ya dejamos en claro que nos encontramos ante una sanción, ahora si bien estamos ante una consecuencia jurídica punitiva ello no significa que nos enmarquemos

⁸⁴ Chamatropulos DA. Óp. Cit, p. 47.

en el campo del derecho penal. Al respecto nuestro Código Civil prevé sanciones que no están en el campo penal, pero que son parte del derecho civil, en nuestra legislación encontramos varios casos, para un mejor entendimiento de lo señalado se transcribe algunas de estas normas:

- a) Pérdida de gananciales: *“Artículo 324 del C.C.- En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.”*
- b) Pérdida de patria potestad: *“Artículo 462 del C.C.- La patria potestad se pierde por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo.”*
- c) Pérdida de acción solidaria: *“Artículo 1202 del C.C.- El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros.”*
- d) Interés moratorio: *“Artículo 1242.- El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.”*
- e) Cláusula penal compensatoria: *“Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.”*

De los casos precisados la cláusula penal es el que mejor grafica la idea, en efecto el Código Civil presenta esta figura como una prestación producto de un acuerdo obligacional, figura que del mismo texto de la norma infiere adicionalmente a su carácter indemnizatorio, una suerte de pena o multa

pecuniaria, dado que, no tiene sólo un fin resarcitorio sino de castigo por el incumplimiento de una obligación claramente precisada.

En referencia a la cláusula penal Mario Castillo Freyre señala: “...*Pensamos que el tema se reduce a un juego de palabras, por demás intrascendente, en la medida en que creemos que es exactamente lo mismo emplear las expresiones «cláusula penal», «obligación con cláusula penal» y «pena convencional».*”

“...La cláusula penal -como lo dijimos oportunamente- es la cláusula de un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento. Es obvio, por lo demás, que toda vez que las partes pacten una penalidad lo harán a través de una cláusula en la que se refieran a ella, independientemente de si dicha cláusula- solo alude a tal penalidad o si incluye, además, disposiciones de otra naturaleza”⁸⁵.

Para el citado doctrinario no existe duda en referencia a que este tipo de acuerdo de las partes genera sanciones o penas, en otras palabras, aparte de contar con un efecto resarcitorio también tiene un efecto punitivo. A mayor abundamiento y para dejar en claro esta postura el mismo Mario Castillo Freyre señala: “...*Dentro de esa finalidad diversa, ella, por un lado, tiene carácter compulsivo, ya que se pacta para reforzar el cumplimiento de la obligación principal; y por otro, tiene carácter indemnizatorio, pues constituye una liquidación anticipada de los daños y perjuicios ante el incumplimiento por el deudor de la obligación principal...*”⁸⁶.

Partiendo de ello creemos que es perfectamente posible que en nuestra legislación civil o comercial se pueda regular una figura que imponga sanciones ante un supuesto definido con precisión, línea en la que ubicamos a los daños punitivos, tanto con mayor razón si ha quedado acreditado de forma argumentativa que el simple acuerdo de partes puede generar sanciones.

4.2. La Disuasión: La finalidad principal conocida como disuasiva o preventiva busca evitar que el agente dañoso, para efectos de la investigación el proveedor,

⁸⁵ Castillo FM. Tratado de las Obligaciones. 16 vols. Lima: Editorial PUCP; 2003. p. 2473.

⁸⁶ Ídem 2518-2519.

decida no volver a incurrir en conductas dañosas a los consumidores o en todo caso tomar las medidas necesarias sea de seguridad o de revisión de sus procesos para evitar negligencias graves que ocasionen daños al consumidor.

Al respecto Florencia Nallar, haciendo uso de un antiguo canon del derecho, refiere: “...el milenar precepto del Ulpiano “No dañar a otro”, no se puede limitar a los daños ya producidos, sino exige también que se evite dañar a otro...”⁸⁷.

Es evidente a estas alturas que el fin disuasivo sólo será tal en la medida que la pena impuesta sea lo suficientemente alta como para escarmentar al proveedor, pero a la vez en la medida de lo posible debe ser lo suficientemente proporcional para evitar originar la salida abrupta del proveedor en el mercado, claro está que deberá revisarse este último aspecto en cada caso concreto.

Respecto de la finalidad, resulta preciso abordar un caso ocurrido en Argentina, específicamente en la ciudad de San Miguel de Tucumán, es un proceso cuya pretensión principal es la de indemnización de daños y perjuicios y accesoriamente se solicita la imposición de una multa civil, es decir, daños punitivos, la causa es planteada por Esteban Noelia Estefanía en contra de la compañía Cervecería y Maltería Quilmes, los hechos giran en torno a que la consumidora compró por el precio de \$ 8 pesos argentinos (S/ 1.30 Soles) una botella de gaseosa de la marca Seven Up, antes de abrirla se percató que dentro de la botella se encontraba increíblemente una pila.

Ante los citados hechos el 27 de julio del 2017 se emitió la sentencia de segunda instancia que declaró: “*HACER LUGAR, parcialmente, al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 760 y, en consecuencia, IMPONER a Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. una multa civil por daño punitivo por la suma de \$500.000 a favor de la accionante, más los intereses moratorios a tasa activa de la cartera general (prestamos) nominal anual vencida a treinta*

⁸⁷ Nallar F. Prevención del Daño: La Multa Civil o Daños Punitivos del Proyecto del Código Civil de 1998. Argentina: Editorial ALDA; 2007. p. 494.

días del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha de esta sentencia hasta su efectivo pago”⁸⁸.

Conforme al fallo la multa civil impuesta aproximadamente es de S/ 82000.00 (Ochenta y Dos Mil con 00/100 Soles), ante este interesante fallo detallaremos las principales razones expuestas: “5.2.1. Elemento objetivo. Riesgo masivo para la salud e integridad psicofísica de los consumidores. El criterio de la “tolerancia cero”. Compartimos con Demetrio Alejandro Chamatrópulos el criterio según el cual, cuando se trata de la salud de los consumidores, esto es, cuando está en juego la integridad psicofísica y la vida misma de las personas, la valoración de la conducta del proveedor o empresario no admite tolerancia, pues, la importancia de los bienes e intereses comprometidos no deja margen para el más mínimo error. Así, determinadas actividades, como la fabricación, envasado, distribución y comercialización de productos alimenticios -alimentos y bebidas- o medicamentos destinados al consumo humano, exigen del proveedor empresario una máxima diligencia, la cual debe ser apreciada en los términos del art. 1725 del CCCN (art. 902, Código Civil): “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”⁸⁹.

En este caso la Sala entiende que la conducta de la empresa demandada no fue dolosa, sino estamos ante un supuesto de negligencia – culpa grave - esto se debe a que está en juego un tema de suma importancia que es el derecho a la salud, el cual no sólo corresponde a un consumidor sino al conjunto de personas que consumen este producto, lo delicado de la situación y como se señala a lo largo de la resolución es que de forma técnica se comprobó que una pila puede contaminar hasta tres mil litros de agua, con lo que queda claro, que otras

⁸⁸ Procedencia del daño punitivo reclamado por la actora a raíz de la existencia de una pila dentro de un envase de gaseosa cerrado. [página principal en Internet] Argentina: Microjuris; c2017 [citado 2018 mar 14] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: (<https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/09/04/procedencia-del-dano-punitivo-reclamado-por-la-actora-a-raiz-de-la-existencia-de-una-pila-dentro-de-un-envase-de-gaseosa-cerrado/>).

⁸⁹ Procedencia del daño punitivo reclamado por la actora a raíz de la existencia de una pila dentro de un envase de gaseosa cerrado. [página principal en Internet] Argentina: Microjuris; c2017 [citado 2018 mar 14] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: (<https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/09/04/procedencia-del-dano-punitivo-reclamado-por-la-actora-a-raiz-de-la-existencia-de-una-pila-dentro-de-un-envase-de-gaseosa-cerrado/>).

botellas a pesar de no tener la pila también estarían contaminadas, por los ineficientes procedimiento de envasado.

En este caso la sentencia expone con toda claridad la finalidad disuasiva de los daños punitivos y no sólo ello sino enmarcando esta finalidad expone la necesidad actual de que los daños punitivos intervengan ante la ineficiencia de las figuras típicas del derecho civil y penal: *“Ello, desde el punto de vista objetivo, justifica la imposición de una multa civil por “daño punitivo” que permita, mediante una adecuada sanción, disuadir e inducir a los proveedores de productos destinados al consumo humano para que pongan la máxima diligencia en la elaboración, envasado y distribución de tales productos, para de este modo prevenir hechos futuros semejantes. Es que como desde hace tiempo lo venimos diciendo: “Existen ciertos actos ilícitos ante los cuales, tanto la responsabilidad civil como la penal, se muestran impotentes para su eficaz sanción: en el primer supuesto, por insuficiencia de la función represiva de la responsabilidad civil, que reconoce como límite su función resarcitoria; en el segundo, por no encuadrar el ilícito civil dentro de los estrechos márgenes de una figura penal, o por falta de adecuación de la pena para la completa restauración del orden civil”⁹⁰.*

4.3. Finalidades Secundarias:

- a) **Eliminar beneficios injustamente obtenidos:** Esta finalidad se aprecia con toda claridad en el caso de la culpa lucrativa, ello se debe a que la imposición de una multa debe disminuir sustancialmente o eliminar las ganancias obtenidas por las conductas dañosas. Bajo esa perspectiva es lógico afirmar que si el proveedor sabe que ante un eventual proceso en el que se reclamen daños punitivos va a perder las ganancias indebidamente obtenidas evitará este tipo de conducta.

⁹⁰ Procedencia del daño punitivo reclamado por la actora a raíz de la existencia de una pila dentro de un envase de gaseosa cerrado. [página principal en Internet] Argentina: Microjuris; c2017 [citado 2018 mar 14] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: (<https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/09/04/procedencia-del-dano-punitivo-reclamado-por-la-actora-a-raiz-de-la-existencia-de-una-pila-dentro-de-un-envase-de-gaseosa-cerrado/>).

- b) **Mejorar las prácticas empresariales en control de fraudes:** Muchas de las conductas dañosas también se producen por procedimientos de control ineficientes, obsoletos o desactualizados, este tipo de medidas buscan incentivar la inversión del proveedor en estos aspectos, ya que invertir en los mismos será más barato o similar a la posible sanción a imponerse en un procedimiento.
- c) **Incentivar la denuncia por los particulares de las actividades fraudulentas:** Uno de los incentivos más claros, está directamente en los particulares, en efecto como se ha estudiado en el primer apartado de esta investigación denominado defensa del consumidor, nos muestra una legislación nacional que lamentablemente no genera reales incentivos que le permitan el reclamo de sus derechos.
- a. En efecto hemos concluido que una cantidad muy reducida de consumidores iniciará un reclamo y/o denuncia formal ante una conducta infractora del proveedor, en efecto estamos sólo ante el 4% de los consumidores afectados.
 - b. De esta cifra realmente alarmante las cosas se complican aún más, dado que, sólo el 50 % de los casos llevados ante la autoridad administrativa, son objeto de una sanción por parte del INDECOPI, en otras palabras, sólo el 2% del universo de proveedores infractores obtendrá una sanción.
 - c. A ello se debe sumar que sólo una parte de los consumidores que iniciaron acciones podrán recuperar parte de lo gastado en el procedimiento, digo una parte porque definitivamente no recuperaran todo, más aún si se toma en cuenta el tiempo invertido en asesorarse y cumplir con los pasos del procedimiento, que en ocasiones administrativamente será más de un año y judicialmente más de 2 años.
 - d. Inclusive a ello debe sumarse que el INDECOPI, declara como abuso de derecho, los cobros de honorarios profesionales de los abogados de los consumidores, por considerarlos excesivos, es decir, indebidamente efectúa un control de precios en los honorarios, aspecto proscrito por los fines mismos de la institución

estatal, esta situación se termina de sellar la pérdida del dinero “invertido” en la defensa.

- e. Aún mucho menor es el porcentaje de personas que optaran por ingresar a la vía judicial para un proceso contencioso administrativo.

En efecto, no existe ningún incentivo patrimonial para que el consumidor luche por sus derechos e invierta en una adecuada defensa. En efecto la defensa del consumidor se ha convertido en una especie de lucha nihilista en la que el honor y orgullo son sus únicos motores. Ante ello los daños punitivos se presentan como una atractiva oportunidad de evitar quedarse de brazos cruzados y reclamar cualquier derecho lesionado por más ínfimo que sea en términos monetarios.

En la práctica forense argentina esta figura ya da frutos de forma real, en efecto, consumidores que sólo han gastado S/ 1.30 Soles en la adquisición de un producto, como es el caso expuesto de la compra de una gaseosa Seven Up, en la que se encontró una pila en su interior, animó al consumidor a iniciar una demanda civil para reclamar por la infracción cometida, con ello logra un beneficio social, al lograr que la empresa tenga una mayor diligencia en su proceso de producción y embotellado, así como se logra un beneficio particular en el actor.

5.- ORIGEN JURÍDICO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS:

En este apartado de la investigación la idea es identificar si la aplicación formal de esta figura, me refiero a nivel judicial, es posible a través de una vía jurisprudencial como sucede en el caso del common law o en nuestra legislación será necesaria una previa regulación normativa.

5.1. Origen Jurisprudencial:

El sistema anglosajón, conforme a su estructura y características tiene como principal eje generador del derecho o fuente a la jurisprudencia, son los fallos judiciales los que van moldeando la continuidad o cambio de las normas, se

entiende que en la ejecución del derecho es donde este debe formarse, la docente y jurista mexicana Marta Morineau en uno de sus artículos sigue la idea que exponemos al indicar: “...Como conclusión de lo que hasta aquí se ha dicho, es posible afirmar que el derecho inglés es esencialmente un derecho jurisprudencial, esto es, creado por los jueces, tanto los de los primitivos tribunales reales, como los del Tribunal de la Cancillería, aunque la jurisprudencia, no es, ni con mucho, la única fuente del derecho inglés. Antes de terminar con el tema debo señalar que en inglés la jurisprudencia se llama *case law*, para referirse a los casos conocidos por los tribunales”⁹¹.

Siendo la jurisprudencia la principal fuente del derecho anglosajón era lógico deducir que la institución de los daños punitivos nacería de los fallos de los magistrados, en efecto como ya se explicó al definir esta institución, fue la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América en la sentencia emitida en el caso “Gertz contra Robert Welch” del año de 1974 que habló por primera vez de esta figura.

5.2. Origen Positivo:

Lo indicado hasta este punto de la investigación es válido para dicho sistema, pero en nuestro sistema jurídico – civil law - cuya principal fuente del derecho es la norma positiva, ¿Podrá introducirse esta figura a nivel jurisprudencial?

Si tomamos como referencia la legislación argentina apreciamos que la institución de los daños punitivos fue mencionada por primera vez en un proyecto de reforma del Código Civil elaborado en el año 1998, el cual nunca llegó a aprobarse, pero en el artículo 1587 de dicho proyecto ya se abordó este tema, es bajo esta primera luz que se iniciaron discusiones en todo el país en foros y congresos respecto a su introducción.

⁹¹ Introducción al Sistema del Common Law [página principal en Internet] México: Morineau; c2016 [citado 2018 Ene 14] [aprox. 2 pantallas]. Disponible en: (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/844/3.pdf>).

Los juristas argentinos⁹² inclusive plantearon en sus demandas de indemnización esta pretensión sin que existiera regulación formal aún, ello motivo fallos como el que se transcribe:

“...2.2.4.2. "BankBoston c/Del Río"5" (2000)”

“Se trató aquí de un juicio ejecutivo que llegó a conocimiento de los jueces Carlos Rotman y Felipe Cuartero, que integraban en el año 2000 la Sala D de la Cámara Nacional Comercial. El demandado solicitó en estos autos que se impusiera tanto al actor como a su abogado una multa a su favor, a raíz de entender que ellos actuaron en el proceso con temeridad y malicia, intentando cobrar una deuda que ya estaba pagada. Los magistrados rechazaron la pretensión entendiendo que, si bien la accionante incurrió en un error, no podía predicarse que ésta y su letrado hubieran actuado con temeridad o malicia. Además, recalcaron que en nuestro país no estaban consagrados los daños punitivos. Por último, entendieron que, incluso de acreditarse la conducta maliciosa, la posibilidad de imponer la sanción prevista en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) quedaba desplazada, en virtud del principio de especificidad...”

Así como en este caso en otros los tribunales argentinos estuvieron totalmente renuentes a la aplicación de esta figura, si no se cumplía con el presupuesto seguridad jurídica, que a interpretación de los citados magistrados nace del principio de legalidad, en palabras sencillas su aplicación estaba limitada a su regulación positiva.

Por otro lado, los mexicanos no cuentan con antecedentes tan antiguos como los argentinos, en dicho país el tema es reciente, pero ingresó al tintero a raíz de una sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en efecto, la regulación no empezó en el derecho positivo sino en el jurisprudencial, el caso abordado fue una indemnización solicitada por los padres de un menor que murió

⁹² Chamatropulos DA. Óp. Cit. p. 110.

electrificado en las instalaciones de un hotel de renombre en Acapulco, en el cual se hospedaban.

La Corte mexicana dictó sentencia en la que ordenó el pago de \$ 30259200.0 (Treinta Millones Doscientos Cincuenta y Nueve Mil Doscientos Pesos 00/100 M.N), en moneda nacional hablamos de una suma importante de S/ 5254795.13 Soles, esta suma corresponde al concepto de daño moral, aunque resulte difícil de creerlo efectivamente nos referimos al daño moral, lo relevante a la investigación, es que a criterio del supremo tribunal dentro del concepto de daño moral se puede circunscribir los daños punitivos como se aprecia de la transcripción que realizamos de una parte del fallo: *“...A dicha faceta del derecho de daños se le conoce en la doctrina como “daños punitivos” y se inscribe dentro del derecho a una “justa indemnización”. En efecto, mediante la compensación el derecho desaprueba a las personas que actúan ilícitamente y premia a aquellas que cumplen la ley. De esta forma se refuerza la convicción de las víctimas en que el sistema legal es justo y que fue útil su decisión de actuar legalmente. Es decir, la compensación es una expresión social de desaprobación hacia el ilícito y si esa punición no es dada, el reconocimiento de tal desaprobación prácticamente desaparece”*⁹³.

Al respecto es importante realizar algunas precisiones, en el derecho procesal mexicano no es necesario que, al formularse la pretensión de indemnización, específicamente en el daño moral se especifique cual es el monto que se requiere, dejando a criterio del juzgador determinarlo al resolver, lo que no sucede en nuestra legislación en la que debemos delimitar con toda claridad desde la demanda cual es el monto solicitado. Debo dejar presente que la legislación mexicana está fuertemente influenciada por la norteamericana.

En este caso estamos en desacuerdo con el fallo, dado que, todas las figuras indemnizatorias (daño moral) buscan como es lo correcto reparar el daño y en la medida de lo posible restituir las cosas al estado anterior a la producción del

⁹³ Amparo Directo 30/2013, relacionado con el amparo directo 31/2013, resolución dictada en México, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día veintiséis de febrero de dos mil catorce. p. 87.

daño, en cambio ya hemos dejado en claro que los daños punitivos no tienen un efecto reparador sino de castigo y disuasión. Efectuada la citada diferencia resulta imposible la introducción del daño punitivo en México alegando una falsa regulación normativa.

Tomando como referencia las posturas expuestas y otros estudios se determina que la posición doctrinaria predominante exige la necesidad de una norma expresa que regule los daños punitivos, en efecto existe necesidad de positivizarla, dado que las penas en el derecho privado son excepcionales, con ello no quiero señalar que se debe establecer un *numerus clausus* de los casos en que se aplicará este instituto, sino debe establecerse supuestos de hecho de alcance general que autoricen la implementación de multas civiles de tipo pecuniario, como se propondrá oportunamente en un proyecto de ley que es parte de esta investigación.

No pasa por alto el intento de regulación en nuestro país en los casos de despido arbitrario de trabajadores, por la que se busca introducir esta figura en el derecho laboral, este tema ya fue comentado, pero recordemos que el derecho laboral está inmerso en el ámbito del derecho público, sin embargo en base a las consideraciones ya señaladas creemos en la necesidad de una regulación positiva para evitar abusos en el uso de esta figura, que pueden afectar el debido proceso, como en el ejercicio de un derecho de defensa efectivo.

Ordenando lo señalado, debemos precisar que el contexto jurídico actual nos muestra conductas dañosas revestidas de dolo o culpa grave del proveedor, estos pueden ser objeto de sanciones importantes por parte de las instituciones del Estado como son el INDECOPI y los organismos reguladores como OSINERGMIN entre otros. El vacío se encuentra en que las entidades estatales son claramente ineficientes para el control de la gran cantidad de proveedores y situaciones que se producen en día a día, falta de control que perjudica en primera línea a los consumidores.

La revisión de todo nuestro sistema de protección al consumidor nos muestra la falta de incentivos de los consumidores para el respeto de sus derechos, es en

este punto donde nos encontramos ante un vacío o laguna del derecho ya que en nuestra legislación las sanciones, específicamente las multas, son sumas de dinero que son establecidas a favor del Estado o en algunos casos a asociaciones de protección de consumidores, pero no existe un beneficio patrimonial directo al consumidor que le permita decidir denunciar las infracciones de la que es objeto.

Este vacío normativo o laguna legal, nos dice que no existe multas civiles privadas, previstas en nuestro ordenamiento legal, por infracciones graves cometidas por los proveedores en contra de los consumidores. Desde este punto se debe tomar en consideración lo señalado en la Constitución Política del Perú de 1993, la que en el Art. 2 inciso 24, literal d, señala: *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.*

Principalmente relevante el supuesto de hecho previstos en la última parte del referido artículo, ya que no existe pena sin ley previa, entiéndase por pena no sólo a las consecuencias jurídicas previstas en el código penal sino a sanciones que involucren la restricción de bienes jurídicos, como es el caso de las multas, así como sucede en el caso de los daños punitivos que originan un castigo de tipo pecuniario, que obliga al proveedor demandado al pago de una importante suma de dinero a favor del demandante consumidor.

Partiendo del precepto constitucional los daños punitivos requieren para su introducción a nuestra legislación una regulación positiva y no podrán partir en el campo de la jurisprudencia a través de interpretaciones extensivas o analogía, a mayor abundamiento Aníbal Torres Vásquez, señala: *“...Ni mediante la analogía, ni mediante la interpretación extensiva se pueden crear delitos ni establecer penas. Si es verdad que para ser aplicada la ley penal debe ser interpretada, pero este proceso sólo sirve para encontrar el verdadero sentido...”*⁹⁴.

⁹⁴ Torres VA. Introducción al Derecho. 3a ed. Lima: IDEMSA; 2006. p. 625.

6. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS:

Tomando en cuenta la experiencia de Argentina a inicios de la implementación de este instituto existían y existen aún extremos de amplio debate los que procedo a detallar:

- a) La institución jurídica choca con el sistema de responsabilidad civil, dado que la reparación tiene como límite del daño sufrido.
- b) La responsabilidad civil no puede tener una doble función es decir una de resarcimiento y otra penal.
- c) En el campo del derecho privado no se pueden imponer multas o sanciones, sino corresponde al campo del derecho público.
- d) Los daños punitivos implicarían un enriquecimiento sin causa del agraviado a costa de quien daña.
- e) Los daños punitivos son una figura que nace del common law, sistema jurídico totalmente distinto del sistema romano-germánico con el que contamos.

En este orden de ideas es menester en esta parte de la investigación intentar deslindar cada una de dichas observaciones, para ratificar o no su aplicación a nuestro sistema civil.

6.1. Incompatibilidad con el Sistema de Responsabilidad.

En cuanto a lo señalado en el **punto a)** como se ha analizado en apartado correspondiente a la responsabilidad civil en el Perú queda claro que el sistema está estructurado de tal forma que ante una circunstancia gravosa sea contractual o extracontractual, se busca por ficción de la ley reponer a la víctima al estado anterior al daños causado a través de la entrega de una suma de dinero que intenta justipreciar los daños de tipo patrimonial y extrapatrimonial sufridos, claro partiendo de la ficción que las cosas pueden regresar al estado anterior a la producción del daño, situación que en el plano real en algunos casos considero imposible como por ejemplo en la pérdida de familiares.

Entendidos los alcances del mecanismo de funcionamiento del sistema de responsabilidad, queda claro que los daños punitivos no lo afectan sino lo complementan en el fin buscado, que es evitar y disuadir la producción de conductas dañosas.

En efecto como se ha indicado los daños punitivos no pretenden ser una suerte de indemnización ni un nuevo tipo de reparación o un nuevo tipo de daño, su fin es multar y no reparar, en efecto la víctima del daño puede haber sido reparada encada uno de los extremos de su pretensión sea esta patrimonial y/o extrapatrimonial, pero adicionalmente a ello y bajo ciertas circunstancias que deben estar claramente determinadas a nivel normativo, la víctima puede beneficiarse con el monto pagado por una multa impuesta.

Multa que servirá también a las empresas que mantienen relaciones de consumo con sus usuarios (objeto de la investigación) para mejorar sus estándares de calidad en dichas relaciones y evitar conductas dañosas, fin que también persigue el sistema de responsabilidad civil.

A forma de ejemplo debemos tomar en cuenta que existen casos reconocidos por nuestro ordenamiento y que son aplicados por los tribunales nacionales, en los que se nota una variación de la idea y alcances de la responsabilidad, dado que no sólo busca indemnizar el daño efectivamente causado, sino cumplir con el pago de sumas de dinero previamente tasadas que pueden o no reparar efectivamente el daño causado.

Por ejemplo, nos remitimos al **Convenio de Montreal** también conocido como Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional de 1999, norma internacional que fue ratificada por el Perú. Por tanto, es de obligatorio cumplimiento para los particulares y jueces del Perú., lo previsto en el artículo 21 y 22:

“Artículo 21. Indemnización en caso de muerte o lesiones de los pasajeros.

1. Respecto al daño previsto en el párrafo 1° del artículo 17 que no exceda de 100.000 derechos especiales de giro por pasajero, el transportista no podrá excluir ni limitar su responsabilidad.

Artículo 22. Límites de responsabilidad respecto al retraso, el equipaje y la carga.

1. En caso de daño causado por retraso, como se especifica en el artículo 19, en el transporte de personas la responsabilidad del transportista se limita a 4.150 derechos especiales de giro por pasajero.”⁹⁵.

Las reparaciones están establecidas en derechos especiales de giro, que es una unidad establecida por el Fondo Monetario Internacional, cuya equivalencia es US\$ 1131.72 Dólares Americanos, por cada derecho.

Por tanto, pongamos en el caso que nuestro equipaje por error fue mandado a otro lugar de destino, lo que origina su entrega tardía, en dicho supuesto el pago máximo será de US\$ 4696.63 Dólares Americanos, tasación que en algunos casos si permitirá cubrir los daños ocasionados y en otros no como sería el caso de un artista conocido que debe recibir sus instrumentos musicales para su presentación en un concierto y estos no llegan por el retraso de la aerolínea, lo que evita su puesta en escena.

En este orden si nuestro derecho privado permite la existencia de figuras que incluso limitan el alcance de la responsabilidad civil, con mayor razón se pueden permitir en el ordenamiento figuras que amplíen la posibilidad de evitar la ocurrencia de conductas dañosas.

A esta altura se entiende que los daños punitivos, no van a ingresar en ninguna medida a determinar sea aumentando o reduciendo los daños que se adviertan por ejemplo por lucros cesante o daño moral, estos siempre serán determinados en base a la prueba objetivamente ofrecida, admitida y actuada en un proceso.

⁹⁵ Convenio de Montreal. Decreto Supremo 026-2002-RE. Diario Oficial el Peruano, (11-03-2002).

A más información los daños punitivos son accesorios a la indemnización, en efecto si el magistrado concluye que la demanda debe ser declarada infundada la pretensión accesoria de daños punitivos correrá la misma suerte, en cambio si la demanda de daños es amparada existe recién el prepuesto para analizar la procedencia o no de los daños punitivos. El punto de conexión está en la antijuridicidad de la conducta.

6.2. Imposibilidad de Doble Función del Sistema de Responsabilidad.

El doctor argentino Jorge Bustamante Alsina sostiene que incorporar los daños punitivos al sistema legal implicaría que la responsabilidad cumpla con una doble función, una resarcitoria y otra penal la que inclusive puede superar el monto de los daños sufridos, lo que deslinda la naturaleza del sistema.

Al respecto Alsina hace referencia a la función penal porque entiende a los daños punitivos como una sanción, lo que es correcto, pero respecto de este argumento existe varios extremos que quedan a favor de la institución.

Desde el punto de vista histórico como se ha explicado al abordar el sistema de responsabilidad peruano se entendió que desde la Ley de las XII Tablas, este sistema tiene su origen en el derecho de *crimina*, es decir del derecho penal romano, por lo que históricamente toda indemnización en un inicio fue entendida como una pena.

Dejando de lado el aspecto histórico romano, es importante citar al autor Álvarez Larrondo quien refuerza la postura al señalar: *"...es innegable que nuestro ordenamiento nacido a la luz de las velas, en la segunda parte del siglo XIX no podía imaginar siquiera supuestos dañosos como los que hoy analizamos. Ni aun podía hacerlo la reciente reforma del '69. Es que los avances tecnológicos son cada día más veloces, y las brillantes respuestas de hoy, se convierten en las cuestionables trabas de mañana. Por ello, entendemos que es difícil intentar quebrantar un sistema de reparación incólume por años. Sin embargo, el aferramos a viejos moldes, en algunos casos obsoletos, no hace más que*

*brindarle una herramienta útil a aquél que viola, destruye y se enriquece a costa de los daños colectivos*⁹⁶.

El postulado de Álvarez que compartimos es que el sistema de responsabilidad debe evolucionar, dado que este fue concebido conforme a las circunstancias de hecho que se produjeron inicialmente en el Código Civil de 1936 y ampliaron en el Código de 1984. Si nos detenemos a reflexionar incluso nuestro actual Código Civil cuenta con más de 30 años de antigüedad, así como queda claro que las relaciones de particulares y específicamente las comerciales han cambiado drásticamente, más aún con el ingreso de tecnologías como el internet.

Resulta bajo este contexto necesario que el derecho de daños se permita **vincular** con “nuevas” figuras jurídicas que en la práctica han cambiado para bien las relaciones de consumo en Estados Unidos de Norte América, hoy en día en Argentina y en otras ciudades de Sudamérica que empiezan a ver la influencia de esta figura como en Brasil y Uruguay.

Es importante preguntarnos como el sistema de responsabilidad civil permite tutelar las acciones dolosas e ilegales en las que por ejemplo incurrió la empresa “AVIANCA” cuando los pasajeros luego de haber comprado un boleto de avión solicitan su endoso o postergación, esta empresa indebidamente les cobraba la suma de US\$ 29.50 Dólares Americanos por el cambio, cuando ello está expresamente prohibido por la norma.

Las preguntas que surgen ante esta circunstancia son:

- ¿Cuántos pasajeros mensualmente se veían en el apremio de pagar esta penalidad para no perder su pasaje?,
- ¿Cuántos pasajeros de estos reclamaron ese cobro indebido ante AVIANCA? ¿Cuántos pasajeros reclamaron el cobro ante INDECOPI?
- ¿Cuántos reclamaron ante el Poder Judicial?

⁹⁶ Alvarez LF. Los Daño Punitivos. Buenos Aires: Editorial LL; 2000. p. 111-112.

Queda claro que debe ser mínima la cantidad de pasajeros que siguieron su reclamo a nivel de INDECOPI y casi nula la cantidad que continuaron ante el Poder Judicial, como lo verificaremos en la investigación de campo realizada.

Según nuestro sistema de responsabilidad el único daño ocasionado al consumidor y pasajero son los US\$ 29.50 Dólares Americanos. Por tanto, que personas seguirían un procedimiento administrativo de aproximadamente un año o de dos años ante el Poder Judicial por los casi S/. 90.00 Soles a devolverle, claro ello sin tener en cuenta todas las tasas administrativas, judiciales y abogado que debe pagarse para el caso en concreto.

La respuesta es evidente el sistema de responsabilidad no tiene como reaccionar ante estas situaciones dado que el consumidor no tiene incentivo alguno para reclamar su derecho y ante ello el único beneficiado es el proveedor que ocasiona el daño y se enriquece con los cobros indebidos que obliga a pagar.

Existe por tanto la urgente necesidad de la evolución del sistema de responsabilidad, la cual puede tener más de una arista, pero para efecto de esta investigación la evolución se propugna que a través de la implementación de los daños punitivos en nuestro país.

6.3. Imposibilidad de Sanciones en el Derecho Privado:

Otro argumento utilizado por los detractores de esta figura nos indica que en el derecho privado no pueden existir sanciones, específicamente multas que sean destinadas para los particulares, ya que el campo de las sanciones o penas pertenece al derecho público, al respecto para rebatir la postura bastará con revisar por ejemplo nuestro código civil, en el que existen otras figuras de corte sancionatorio que no son indemnizaciones, pero originan el pago de sumas de dinero.

En efecto el libro de obligaciones del Código Civil, a lo largo de los artículos 1341 al 1350 se regulan las obligaciones en las que se han previsto cláusulas penales, específicamente el artículo 1341 señala: *“El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una*

penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.”

Por tanto, como se aprecia la norma material civil, es decir de derecho privado, prevé la posibilidad que los particulares puedan fijar penalidades, es decir sanciones o multas, ante el incumplimiento de la obligación pactada, inclusive señala que esa penalidad reemplaza a la indemnización bajo ciertas circunstancias. Entonces si en nuestra legislación existen figuras históricamente aceptadas que incluso desplazan a la responsabilidad civil, con mayor razón se pueden implementar en nuestro sistema institutos jurídicos que complementen el derecho de daños.

Un mayor detalle de lo expuesto aparece de lo comentado en el presente capítulo de la investigación, específicamente al revisar el carácter sancionador de los daños punitivos en el apartado 4.1. donde no sólo se ha revisado la figura de la cláusula penal sino otras previstas en nuestra legislación.

6.4. Los Daños Punitivos Originan Enriquecimiento Sin Causa.

Jorge Bustamante Alsina es de la idea que *“...los daños punitivos implican reconocer la posibilidad d que el damnificado se enriquezca sin causa a costa del agente dañador. Todo esto en la medida en que el monto de la condena a su favor, de aceptarse el instituto, excedería la medida de los perjuicios que tuvo que soportar...”*⁹⁷.

Para entender si en los daños punitivos originar un enriquecimiento sin causa o no del actor, debemos partir de la definición de esta figura, que en términos del doctor Javier Peralta es entendida como: *“...Etimológicamente, el "enriquecimiento sin causa" es una construcción moderna que provendría de los términos latinos requesere que significa riqueza o hacerse rico y de sine causam*

⁹⁷ Chamatropulos DA. Óp. Cit, p. 146.

que equivale a *sin causa* o *no hay causa* que lo justifique. Se trata de un principio del Derecho romano que aparece consagrado en el texto de Pomponio: *iure naturae aequum est neminen cum alterius detrimento et injuria fieri locupletoriam*, esto es, por derecho natural es equitativo que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro.⁹⁸

Por tanto, estamos ante desplazamientos patrimoniales de una persona a otra, traslados patrimoniales en los que no media **justificación jurídica**, en otras palabras, resulta contrario a la idea de equidad, ya que una persona no puede enriquecerse a costa del empobrecimiento de otra, sin ningún motivo legítimo que ampare su pretensión.

Estando a lo indicado sólo existirá enriquecimiento sin causa, cuando no medie justificación jurídica para el ingreso de una suma de dinero o bienes al patrimonio de una persona en detrimento de otra, entonces de ello concluimos que en las sumas otorgadas por daños punitivos si *existe justificación jurídica de su otorgamiento*, claro partiendo de la premisa inicial que al tratarse de una multa privada, por principio de legalidad debe estar previamente plasmada en el ordenamiento legislativo positivo.

Es decir, mientras los daños punitivos estén reconocidos en el derecho positivo las cantidades otorgadas son legítimas, ahora no debe pensarse que la regulación formal es suficiente, adicionalmente a ello debemos considerar que los daños punitivos no son un simple capricho del legislador o de quien propone esta investigación, sino que en la práctica de otros países su implementación responde entre otras a dos justificaciones importantes:

- a) La primera es que desde el punto de vista del agraviado se presenta como una herramienta para otorgarle incentivos a demandar una sanción ante las conductas dañosas que sufre, tanto con mayor razón si en nuestro país los incentivos al consumidor son prácticamente nulos para el respeto de sus derechos.

⁹⁸ Peralta A. Óp. Cit. p. 737

- b) La segunda y más importante desde el punto de vista del interés general origina que los proveedores de relaciones de consumo pongan esfuerzos en evitar las conductas dañosas, es decir, sean diligentes en sus procesos de producción o de atención, lo que de forma mediata origina la disminución de consumidores dañados.

Reforzando lo indicado Chamatropulos al tocar la regulación positiva de esta figura indica: *“Por último y esto nos parece decisivo, los daños punitivos no producen enriquecimiento sin causa. Ello quizá podría aceptarse si se admite la multa civil sólo por la vía jurisprudencial. Sin embargo, la doctrina es prácticamente unánime en el sentido de requerir una ley expresa que autorice la aplicación de la pena. Por lo tanto, la causa de la pena será, nada más y nada menos que la ley, fuente por excelencia de la cual pueden nacer obligaciones.”*⁹⁹.

6.5. Los Daños Punitivos son una Figura Originada en el Common Law.

Si bien esta figura nace del derecho anglosajón, no es intención del presente trabajo incorporar esta figura mediante una aplicación jurisprudencial, lo cual desde ya es imposible por la diferencia de sistemas, sino se pretende establecer los perfiles y bases necesarias para una modificación legislativa, que permita incorporar los daños punitivos al derecho del consumidor.

Por ello, se debe establecer con claridad los límites de su aplicación, regulando con quienes pueden hacer uso de este derecho, en contra de quienes, bajo que contexto gravoso, cuál debe ser la conducta del demandado, como debe determinarse la multa civil y enmarcar posibles criterios de gradualidad.

Habiendo respondido los principales cuestionamientos a la institución abordamos algunas conclusiones preliminares:

- a) Los daños punitivos no son indemnización sino sanción.

⁹⁹ Chamatropulos DA. Óp. Cit, p. 153

- b) Dentro de los tipos de sanciones se especifica que se trata de una sanción de naturaleza civil o privada, porque el pago de la multa es destinado al demandante, no negamos la posibilidad de una sanción de tipo mixta, es decir, que una parte sea destinada al Estado otra al particular.
- c) Al ser una sanción debe cumplir con el principio de legalidad.
- d) Los daños punitivos no pretenden remplazar el sistema de responsabilidad civil, sino se suman a este para evitar la producción de conductas dañosas, en efecto principalmente busca ser un sistema de prevención.
- e) Los daños punitivos dependen del sistema de responsabilidad civil, ya que de no encontrarse responsable al proveedor menos podrá imponérsele una multa civil, existe por tanto una relación de accesoriedad.
- f) Nuestra legislación permite que en el derecho privado se impongan sanciones que incluso reemplazan a la indemnización como es en el caso de las obligaciones con cláusula penal, pero la multa civil como se ha explicado no pretende remplazar el sistema de indemnización.
- g) La multa civil no es una forma de enriquecimiento indebido en la medida que esta figura sea prevista en el derecho positivo y se tome en cuenta la justificación social y privada que busca proteger esta institución.

7.- ALGUNOS CASOS DE LA APLICACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO ARGENTINO.

7.1. CASO MACHINANDIARENA CONTRA TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A

7.1.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO:

La materia discutida es una indemnización y accesoriamente el pago de daños punitivos, las pretensiones son formuladas por Nicolás Machinandiarena Hernández en contra de la empresa Telefónica de Argentina S.A., demanda que se resolvió en segunda instancia ante la Cámara de Apelación en Civil y Comercial Departamento Judicial de Mar del Plata, el proceso se signó con la causa 143790/2009, la resolución analizada data del 06 de noviembre del 2012, este es el primer caso en que se aplica la figura en un tribunal argentino.

7.1.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO:

- a) Nicolás Machinandiarena Hernández es titular de una línea de teléfono móvil con la empresa Movistar, cuya razón social es Telefónica de Argentina S.A.
- b) El 17 de mayo de 2008, concurrió al local de Movistar ubicado en la esquina de la calle La Rioja y la avenida Colón de la ciudad de Mar del Plata, con el objeto de efectuar reclamos varios por el servicio
- c) Al intentar ingresar para su atención se percató que el único ingreso al establecimiento contaba con una escalera de seis peldaños, sin contar con la correspondiente rampa para discapacitados, ello lo obligó a solicitar ayuda al personal de seguridad de la empresa para poder ingresar. Luego de un tiempo de espera fue atendido por una empleada quien le manifestó que no podían brindarle la asistencia porque "el seguro no los cubría si les pasaba algo" al subirlo por la escalera.
- d) Como la empleada le indicó que no podía ingresar, se le indicó que el reclamo lo recibirían en la vereda, a lo cual el actor se negó y pidió ser atendido como cualquier persona dentro de la oficina.
- e) Ante ello se interpone una demanda de indemnización de daños y perjuicios, reclamando específicamente daño moral y accesoriamamente se solicitó la aplicación de una multa civil. La citada pretensión fue admitida en su totalidad tanto en primera como segunda instancia, la multa aplicada fue de \$ 30000.00 pesos argentinos.

7.1.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO:

- a) El fallo analizado en referencia al tema de investigación señala:
"En cuanto a la multa civil, valoró tanto su finalidad de prevenir ciertos daños y punir graves inconductas, como el único requisito exigido por la ley (art. 52 bis, ley 24.240, modif. ley 26.361), es

decir, el incumplimiento de una obligación legal o contractual por parte del proveedor, por lo que recogiendo el criterio sentado por la doctrina de los autores según el cual el daño punitivo sólo procede en supuestos de particular gravedad como puede ser el de abuso de la posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave de derechos individuales o de incidencia colectiva, consideró aplicable la multa civil fijada por el juez de origen por no haberle proporcionado al actor el trato digno que exige el art. 8 bis de la ley 24.240”¹⁰⁰.

- b) El motivo determinante que justificó la multa civil en este caso fue la gravedad que nace de la afectación de un derecho con respaldo constitucional como es el derecho a no ser discriminado, ello a criterio de los tribunales argentinos constituye un menosprecio grave a los derechos individuales. Claro está que todo ello parte de la premisa que están debidamente acreditada la afectación por daño moral.

7.2. CASO BERNALDEZ-CORTINA CONTRA OMINT ARGENTINA S.A. DE SEGUROS

7.2.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO:

La materia discutida es una indemnización de daños y perjuicios y accesoriamente el pago de daños punitivos, las pretensiones son formuladas por Marcelo Osvaldo Bernaldez y Julieta Lorena Cortina en contra de la empresa Omint Argentina S.A. de Seguros, demanda que se resolvió en segunda instancia ante la Sala Civil y Comercial Federal II del Poder Judicial de la Nación de Argentina, el proceso se signó con la causa 11412/2009, la resolución analizada data del 11 de abril del 2013.

7.2.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO:

¹⁰⁰ Fallo [página principal en Internet] Argentina: Scribd; c2013 [citado 2018 Ene 14] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: (<https://es.scribd.com/document/225416783/Machinandiarena-Telefonica-pdf>).

- a) El 17 de abril de 2009 nacieron los mellizos Santiago Manuel y Agustín Lautaro el problema radica en que la madre no producía leche materna necesaria para su alimentación, la necesidad de contar con leche artificial fue prescrita a nivel médico. Dejo presente que los demandantes contaban con seguro médico a cargo de Omint Argentina S.A. de Seguros.
- b) El 11 de mayo de 2009, los actores presentaron una solicitud a auditoría de Omint, solicitando la cobertura y reintegro de los gastos efectuados por la leche artificial, el referido pedido fue rechazado por la empresa.
- c) EL 21 de mayo de 2009, se extendió nuevamente certificado en el que se reafirmó la necesidad de contar con la leche Nutrilon Premium o Vital Infantil.
- d) Frente a estos hechos los demandantes intimaron formalmente la solución del conflicto inclusive a través de una mediación prejudicial no obteniendo resultado favorable, por tanto, la acción busca principalmente la restitución de los gastos para la atención de los niños durante el primer año de vida, ante la falta de cobertura plena del seguro, el pago de daño moral y el pago de daños punitivos.
- e) La sentencia de primera instancia rechazó la demanda, bajo el argumento que, si bien oportunamente la demandada Omint no cumplió con pagar los gastos originados por la leche artificial, la demandada ofreció dar cumplimiento al seguro y pagar los gastos en el desarrollo del proceso judicial, por tanto, al rechazar el pedido principal de indemnización también se rechazaron los daños punitivos que son formulados de modo accesorio.
- f) En segunda instancia se revoca el fallo y reformándose se ordena el pago del daño emergente, que corresponde a los gastos en el suplemento alimenticio, desestima el daño moral y el daño punitivo.

7.2.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO:

- a) Como se ha mencionado los daños punitivos son rechazados en primera y segunda instancia bajo el siguiente argumento que transcribimos de la sentencia:

“...En consonancia con ello, la naturaleza de pena que reviste el instituto en cuestión implica una evaluación más exhaustiva por parte del Juez al momento de aplicar el instituto, atendiendo la gravedad del hecho generador, pues reitero que no cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido. (conf. COLOMBRES, Fernando Matías, “Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, La Ley, publicado el 16/09/2008).”

“Sentados así los lineamientos generales en lo relativo al instituto del daño punitivo, no resulta procedente la pretensión indemnizatoria por dicho rubro en tanto no encuentro un motivo en el actuar de Omint con entidad suficiente para justificar la aplicación de la multa pretendida. En tal sentido, parece que el cumplimiento tardío de la obligación legalmente impuesta no resulta suficiente de por sí para hacer pesar sobre el incumplidor una pena que, al margen de encontrarse regulada expresamente en el art. 52 bis de la Ley N° 24.240, no deja de revestir un carácter de excepción dentro del ámbito del derecho de daños, cuya principal función es atender a la posición de la víctima.”¹⁰¹.

- b) Si bien en la sentencia objeto de análisis no se ha amparado la pretensión punitiva, es interesante recalcar los fundamentos que llegaron a esta conclusión:

- a. En primer orden distingue a los daños punitivos de la reparación civil.

¹⁰¹ Fallo [página principal en Internet] Argentina: Poder Judicial; c2013 [citado 2018 Ene 15] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en:
(<http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B158&td=2&qn=1>).

- b. En segundo lugar, reconoce a los daños punitivos como una figura de aplicación excepcional que se utiliza ante hechos que revisten gravedad en la actuación del proveedor.
 - c. En tercer lugar, se establece como criterio que el cumplimiento tardío de una obligación no resulta suficiente para la aplicación de la figura punitiva.
- c) Considero acertado el fallo, dado que, resulta importante comprender que la conducta del proveedor debe revestir dolo o negligencia grave, es decir una conducta reprochable, en el caso analizado el proveedor reconoció su error, claro está fue tarde, pero demuestra una conducta destinada a mejorar sus relaciones de consumo.

7.3. CASO ROLDAN SILVIA CONTRA EDESUR S.A.

7.3.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO:

La materia discutida es una indemnización de daños y perjuicios y accesoriamente el pago de daños punitivos, las pretensiones son formuladas por Roldan Silvia Beatriz Teresa en contra de la empresa EDESUR S.A. demanda que se resolvió en segunda instancia ante la Sala Civil y Comercial Federal II del Poder Judicial de la Nación de Argentina, el proceso se signó con la causa 5719/2012 y el fallo analizado data del 09 de septiembre del 2015.

7.3.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO:

- a) La actora tiene su domicilio en el inmueble ubicado en calle La Rioja 286/88/90, séptimo piso y es consumidora del servicio de energía eléctrica que presta Edesur S.A.
- b) Entre el 21 de diciembre de 2010 y el 3 de enero de 2011 sufrió diversos cortes del servicio eléctrico, a raíz de los cuales percibió de parte Edesur S.A. un resarcimiento de \$ 180 pesos argentinos.
- c) Para comprender mejor la frecuencia se detallan los cortes eléctricos, 7 horas el día 22 de diciembre; 6 horas el día 23; 18 horas entre los días 23

y 24; 6 horas el día 25; 6 horas el día 27; 16 horas el día 28; 15 entre los días 29 y 30; 13 horas entre los días 31 y 1; 39 horas desde el 1 hasta el 3 de enero; y finalmente poco menos de 2 horas el día 3.

- d) La sentencia de primera instancia declaró fundada en parte la demanda interpuesta por Silvia Beatriz Teresa Roldán y ordenó a Edesur S.A. pagar \$ 2.450 pesos argentinos por concepto de daño moral más sus intereses y costas, pero rechaza la pretensión de daños punitivos.
- e) En este contexto, la demandante objeta la sentencia en referencia al ínfimo monto concedido por concepto de daño moral y el rechazo del daño punitivo.
- f) En segunda instancia se revoca el fallo y reformándose se incrementa el pago de daño moral a \$ 5000 pesos argentinos y ampara el pedido de daño punitivo en la cantidad de \$ 15000 pesos.

7.3.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO:

- a) En este caso los daños punitivos fueron amparados y los principales argumentos expuestos para ello son transcritos de la Sentencia para su posterior comentario.

Los argumentos en referencia a la **conducta reprochable** de la demanda son:

“...entre el 22/12/10 y el 3/01/11- se registraron cortes de luz todos los días durante lapsos prolongados...habiendo llegado a 39 horas, es decir, prácticamente dos días enteros, entre el 1° y el 3 de enero (ver fs. 90).”

“...A ello debe agregarse el hecho de que, según lo informa el propio Ente Nacional Regulador de la Electricidad en el informe glosado a fs. 89/91, los cortes de luz en el domicilio de la actora datan, como mínimo, del año 2009 y se prolongaron incluso con posterioridad al período reclamado en la presente demanda. Estos datos evidencian que la conducta de la demandada que dio origen

a las presentes actuaciones no constituye un caso aislado, sino que se presenta como un curso de acción sistemático, fuente constante de daños a los particulares.”

“...La empresa prestadora del servicio público no ha invocado -ni mucho menos demostrado- la existencia de circunstancias que le impidieran adoptar medidas razonables y a su alcance para paliar la situación perjudicial a la que se vio expuesta la usuaria...”

“...tampoco alude a ningún plan de inversiones tendiente a mejorar la calidad de servicio en las zonas afectadas por los cortes de energía eléctrica, ni a cuáles fueron las medidas que adoptó para minimizar el impacto de la crisis.”

“...En definitiva, una conducta como la descrita se traduce claramente en una actitud de grave despreocupación del prestador del servicio ante el eventual resultado perjudicial para con el usuario, aunque dicho resultado no haya sido deliberadamente buscado. Ello conduce directamente a la aplicación de la multa civil reclamada en autos.”¹⁰².

Los argumentos referidos a la **cuantificación** del daño son:

“...la gravedad de la falta cometida por el demandado, cuya conducta -según ya se ha dejado expuesto- evidencia una grave indiferencia hacia el público usuario...De lo que se trata, en definitiva, es de que el ordenamiento legal reaccione frente a una actuación antijurídica que sólo aporta ganancias a su autor -traducidas en muchos casos en el ahorro de aquellas sumas tendientes a la prevención del daño-, a costa de la vulneración de los derechos ajenos.”

“...la posición de mercado del infractor. En efecto, las situaciones dañosas o potencialmente dañosas a las que día a día se ven expuestas las personas aumentan con el correr del tiempo y ello se

¹⁰² Fallo [página principal en Internet] Argentina: Poder Judicial; c2015 [citado 2018 Ene 16] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B158&td=10&qn=1>.

vislumbra en las más diversas áreas. Esta incesante violación de los derechos ajenos resulta posible gracias a un ejercicio abusivo de la posición de superioridad en la que las grandes empresas se encuentran respecto del individuo particular.”

“...los efectos que la sanción a aplicar en las presentes actuaciones tendrá en la resolución de casos posteriores similares...En efecto, por un lado, cierto es que la situación económica del demandado constituye una pauta de gran importancia para la cuantificación de los daños punitivos. Es decir que la pena debe ser adecuada para eliminar las perspectivas del dañador de obtener algún beneficio económico a causa del hecho lesivo; y dicha pena dependerá -al menos en parte- de la situación económica del responsable... Pero, por el otro lado, este parámetro de cuantificación consistente en la situación económica del demandado debe necesariamente amalgamarse con la circunstancia de que la conducta del agente dañador puede resultar en una fuente de perjuicios para una cantidad importante de damnificados. Y ello es así, pues la condena por daños punitivos a un mismo demandado tantas veces como causas judiciales se inicien a raíz de un mismo hecho lesivo, llevaría a la empresa directamente a la quiebra...”¹⁰³

- b) Respecto a la conducta reprochable los criterios principales que se presentan son:
- a. Que la conducta dañosa sea repetitiva.
 - b. Que el proveedor no realice acciones tendientes a evitar o minimizar el daño de forma razonable, en el momento en que el hecho dañoso se produce
 - c. Que el proveedor no busque mejorar sus procesos luego de producida la conducta dañosa.
 - d. La despreocupación del proveedor en los daños ocasionados y inexistente intención de solucionarlos.

¹⁰³ Idem.

Estas ideas nos llevan a aceptar la procedencia de los daños punitivos cuando se compruebe la existencia de una conducta dolosa o de culpa inexcusable como lo dice nuestra legislación, inclusive no es necesario que medie un factor de atribución ya que basta una conducta que desde un punto de vista objetivo sea descalificable socialmente, como sucede en la indiferencia hacia el consumidor, el abuso de una posición de dominio.

- c) En cuanto a la cuantificación a otorgarse se aplicaron los siguientes criterios:
- La gravedad del hecho dañoso
 - La situación económica proveedor
 - La conducta posterior proveedor
 - Beneficios obtenidos de la actuación ilícita
 - Posición en el mercado del proveedor
 - Posibilidad de casos similares
 - Efectos de la sanción en casos posteriores similares

Estos criterios en la medida que sean aplicables como se aprecia deben revisarse de forma conjunta, para establecer un monto que busque desincentivar la conducta dolosa pero que no aparte del mercado al proveedor ante una eventual quiebra.

7.4. CASO BENEJAM ONOFRE CONTRA TELECOM ARGENTINA S.A.

7.4.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO:

La materia discutida es una de resolución de contrato, indemnización de daños y perjuicios y accesoriamente el pago de daños punitivos, las pretensiones son formuladas por Alejandro Benezam Onofre en contra de Telecom Argentina S.A demanda que se resolvió en segunda instancia ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, el proceso se signó con la causa 2196285/36 y el fallo analizado data del 08 de abril del 2014.

7.4.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO:

- a) El señor Benejam en noviembre del 2010 requiere a la empresa Telecom el cumplimiento de contrato de servicio telefónico, en mérito a que este con aprobación de la empresa con fecha 15 de noviembre del 2011 abonó los gastos para la conexión de una línea telefónica domiciliaria o fija, la misma que no se instaló en la práctica. El costo de la línea era de \$ 16.00 pesos argentinos.
- b) El demandante requirió en varias oportunidades a la Telecom la instalación de la línea sin haber logrado la conexión, ello con fechas 27 de diciembre del 2010, mediante una nota, el 27 de abril del 2011, formuló un reclamo ante el ente regulador de telecomunicaciones procedimiento en el que Comisión Nacional de Comunicaciones de Córdoba ordenó la instalación en el plazo de 10 días hábiles administrativos, plazo computable desde el 22 de marzo del 2011.
- c) La empresa a lo largo del proceso reconoce no haber instalado la línea telefónica, pero en su defensa alega que el incumplimiento responde a circunstancias ajenas a su voluntad, específicamente por la ausencia de líneas telefónicas en la zona.
- d) Con fecha 20 de noviembre del 2011 el apoderado de Telecom Argentina S.A. impugna el proceso sancionatorio bajo los siguientes argumentos:
 - a. El principal es que no existe plazo obligatorio de espera en la instalación del servicio básico telefónico.
 - b. Era necesario para la instalación de la línea de teléfono una importante obra de infraestructura, respecto de la cual la Municipalidad, no lo había otorgado el permiso.
- e) Mediante dictamen de fecha 15 de noviembre del 2012 se resuelve rechazar el descargo formulado por TELECOM y se decide llevar adelante el proceso sancionatorio.

- f) Ante estos hechos se inicia una demanda de cumplimiento de obligación contractual, junto con una indemnización de daño moral y la aplicación de daños punitivos, demanda que fue amparada ordenándose el pago de una multa de \$ 20000.00 pesos argentinos.

7.4.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO:

- a) Los daños punitivos fueron amparados y los principales argumentos expuestos para ello son transcritos de la sentencia para su posterior comentario.

En cuanto a la configuración de la conducta sancionable:

“...La conducta desplegada por la prestadora no se compadece con la esperable de quien tiene a su cargo la explotación exclusiva de un servicio público domiciliario de carácter esencial, incumpliendo además con la obligación impuesta por resolución de la Comisión Nacional de Comunicaciones, lo cual no se condice con la buena fe con la que debe obrar y cumplir sus obligaciones.”

“Vale destacar que la apelante insiste ante la Alzada que los argumentos vertidos ante el Ente de Control -en el sentido que no existe un plazo de espera obligatorio para la conexión del servicio-. Tal impugnación no sólo fue desestimada por la CNC, sino que, además, evidencia la indiferencia de la demandada por los intereses de los usuarios y desprecio hacia los derechos del consumidor que se contraponen con la buena fe y conducta esperable por parte de quien presta un servicio público de carácter esencial. La demandada además de poner en una indefinida espera al reclamante, omitió darle explicación alguna sobre las razones de la demora y mucho menos respecto el tiempo estimado en que solucionaría el problema.”

“A ello debe sumarse que de la testimonial rendida (fs. 77 y 82) surge que el caso del actor no fue el único incumplimiento en el que

incurrió Telecom, sino que, a los testigos, vecinos del edificio, también les demoraron la instalación del servicio.”¹⁰⁴.

En cuanto a la cuantía de la pena impuesta:

“Tal como lo explica el Sr. Fiscal de Cámara Civiles “se busca que las empresas no calculen sus beneficios económicos con incumplimientos contractuales, sino que respeten los derechos del consumidor y usuario, y cumplan sus obligaciones contractuales y legales...” “...la doctrina menciona los “deep pockets” o “bolsillos profundos” de los proveedores como uno de los elementos a tener en cuenta al momento de la cuantificación de la multa civil, lo que denota la insuficiencia del monto mandado a pagar por el inferior. En ese sentido, la jurisprudencia ha resuelto en casos similares - demora en trasladar la línea telefónica por cambio de domicilio del usuario- mandar a pagar por tal concepto la suma de \$ 25.000 (vgr. STJ de Jujuy in re “Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en expte. N° A- 53.893/12 (Sala IV – Cámara Civil y Comercial) Amparo: Montaldi, Juan José c. Telecom Argentina S.A. por violación a la ley 24.240”, sentencia del 30/10/2013), lo cual da cuenta que el monto fijado por el A-quo, lejos de resultar excesivo, resulta exiguo...”¹⁰⁵

- b) Reforzando las ideas compartidas en fallos anteriores se precisa que es determinante para la imposición de la multa civil, tomar en cuenta la conducta del proveedor identificándose en este caso algunos aspectos resaltantes:

¹⁰⁴ Fallo [página principal en Internet] Argentina: Aldia; c2014 [citado 2018 Ene 19] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: (<https://aldiaargentina.microjuris.com/2014/05/27/aplicacion-de-danos-punitivos-a-telecom-por-la-demora-en-la-conexion-de-la-linea-despues-de-varios-reclamos-a-la-empresa-y-al-ente-regulador/>).

¹⁰⁵ Idem.

- a. Se aprecia que existe una mayor reprochabilidad de la conducta cuando el proveedor es el único prestador del servicio, como sucede en el caso de los monopolios o posiciones de dominio.
 - b. De la misma forma se toma en cuenta el producto o servicio prestado, por lo que la conducta tendrá mayor reprochabilidad cuando estamos ante servicios básicos como es en el caso de las telecomunicaciones que se han vuelto indispensables para nuestra sociedad.
 - c. Se recalca también del deber de información del proveedor quien está obligado a comunicar a sus consumidores de forma clara las condiciones de contratación evitando con ello conductas asimétricas, como la esgrimida por Telecom al señalar que la legislación no le señala un plazo obligatorio para la instalación del servicio.
 - d. En este caso también es un agravante utilizado para la determinación de la pena la frecuencia con la que el proveedor ha incurrido en este tipo de conductas dañinas, habiéndose determinado en este caso que solamente en el edificio donde debió efectuarse la instalación hubo más de un retraso en el cumplimiento del proveedor.
- c) Finalmente debe resaltarse los aspectos utilizados para la cuantificación de la pena, en el fallo se utiliza un término del *comon law*, como es “*deep pockets*”, en efecto, existe una relación de proporcionalidad dado que, a mayor sea la envergadura de la empresa mayor será su capacidad para afrontar una multa, por ello se requiere una solución inversamente proporcional, pues al imponerse una multa que afecta severamente el beneficio esperado, se debe generar un cambio de conducta en el proveedor.
- d) En el caso del proveedor Telecom estamos ante una empresa multinacional, lo que fácilmente nos lleva a prever su capacidad de respuesta ante pequeñas sanciones.

7.5 CASO MARÍA CASTAÑO CONTRA BANCO CREDICOOP

7.5.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO:

La materia discutida es una indemnización de daños y perjuicios y accesoriamente el pago de daños punitivos, las pretensiones son formuladas por María Alejandra Castaño en contra del Banco Credicoop Cooperativo Limitado, la demanda que se resolvió en segunda instancia ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Buenos Aires, el proceso se signó con la causa 146984 y el fallo analizado data del 06 de octubre del 2016.

7.5.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO:

- a) María Alejandra Castaño con fecha 18 de marzo de 2014 se dirigió al Banco Credicoop Cooperativo Limitado con el objeto de realizar un depósito por la suma de \$ 4743.00 pesos argentinos, ello en la cuenta de ahorros 027-024765-1 de su acreedor Gustavo Daniel Grisolía, en ejecución de un contrato de préstamo, con esta modalidad de pago.
- b) El día en que se ejecutó el depósito fue recomendada por funcionarios del Banco para que haga uso de los cajeros automáticos que se encontraban en dicha entidad.
- c) Para pagos a través de cajeros existía un límite de \$ 4000.00 pesos argentinos por lo que tuvo que realizar dos operaciones, una por \$ 743.00 y otra por \$ 4000.00 las que se ejecutaron en primer momento sin inconveniente contando la actora inclusive con las constancias de depósito emitidas por el cajero.
- d) El acreedor Sr. Grisolía se comunica con la demandante para informarle que sólo se le había depositado \$ 743.00 pesos argentinos y no habría depósito alguno por restante de \$ 4000.00 acreditando ello con un resumen de su cuenta.
- e) Ante estos hechos la demandante efectúa el reclamo al Banco manifestándole, la cual con total liviandad le refirió que no tenían ninguna

respuesta para darle y otras evasivas. Al no obtener respuesta efectuó otro reclamo ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor (O.M.I.C.), formándose el Expediente 767/2014, en dicho procedimiento se celebraron dos audiencias sin arribar a un acuerdo

- f) Bajo este contexto la actora promovió demanda contra el Banco Credicoop Cooperativo Limitado con la finalidad de que se le indemnice con \$ 4.000 pesos argentinos por daño emergente, \$10000.00 pesos por daño moral y una multa no menor de \$50000.00 por daño punitivo
- g) En primera instancia se dictó sentencia amparando la demanda, pero sólo en lo atinente al daño emergente por \$ 4000.00 y los daños punitivos se fijaron en \$ 72000.00, y rechazó el reclamo por daño moral e impuso las costas del proceso a la demandada vencida.
- h) Finalmente, en segunda instancia se ampara el concepto de daño moral en \$ 20.000 y en referencia a daños punitivos se incrementa este monto en la suma de \$ 270000.00 pesos argentinos.

7.5.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO:

- a) Los daños punitivos en este caso también fueron amparados y los principales argumentos expuestos para ello son transcritos de la sentencia para su posterior comentario.

En cuanto a la configuración de la conducta sancionable:

“...En el sub examine, está fuera de discusión la relación de consumo habida entre las partes. En ese contexto, como dice Lorenzetti, "el banco es un profesional que se relaciona con profanos y a los cuales debe informar, y este deber es genético y funcional" (Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 445), por lo que resulta inadmisibile que haya actuado de la manera que lo hizo con relación

a la actora: no atendió en momento e instancia mediadora alguna el reclamo y, por ende, la obligó a transitar esta etapa judicial. Y además, aún en este estadio siguió desconociendo el derecho que le asistía a la Sra. Castaño.”

“No puedo soslayar que la conducta de la demandada constituye un objetivo incumplimiento de las exigencias de la ley 24.240, a lo que se suma la gran negligencia del Banco, cercana al dolo, en la operatoria que devino en la no acreditación de la suma depositada por la actora y sus consecuencias. Sin obviar la violación de la confianza que pone...”¹⁰⁶.

La parte más importante de este fallo está relacionada con la determinación del monto de la multa al indicar:

“...La fórmula a aplicar, ponderando que la cuenta indemnizatoria se integra con daños estrictamente reparables en el sentido que he dado a esta expresión, es la siguiente:

$$D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$$

En ella:

“D” = daño punitivo a determinar;

“C” = cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados;

“Pc” = probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados;

“Pd” = probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por resarcimiento compensatorio.”¹⁰⁷

- b) En el presente caso la conducta del Banco respecto del cliente como señalan los tribunales argentinos linda con el dolo, dado que, existen pruebas irrefutables de la realización de las transacciones y el Banco lejos

¹⁰⁶ Fallo [página principal en Internet] Argentina: Pensamiento Civil; c2016 [citado 2018 Ene 19] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: (<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/12/Fallos2558.pdf>).

¹⁰⁷ Idem.

de solucionar el problema lo agrava obligando al demandante incluso a llegar a la vía civil para reclamar su derecho. Este tipo de conductas son las sancionables por los daños punitivos.

- c) El aspecto más interesante de este fallo se encuentra en la determinación del monto de la multa civil, para ello utiliza un formula que se obtiene del libro norteamericano del año 1989 del doctor Robert D. Cooter, denominado "Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?"¹⁰⁸, obra en la que se toma en cuenta como factor determinante la probabilidad de que el proveedor sea sancionado por su conducta.
- d) La fórmula citada toma en cuenta varios factores importantes:
- a. En primer lugar, vincula el monto de la indemnización fijado con el daño punitivo a fijarse, este aspecto es determinante ya que el monto de indemnización obtenido será multiplicado por probabilidad de sanción.
 - b. En segundo lugar, toma en cuenta la probabilidad de que el consumidor afectado busque ser indemnizado, señalando según la experiencia del juzgador argentino que solo el 10% de los consumidores buscará una solución a su conflicto a través de una indemnización.
 - c. Como hemos analizado en esta investigación en el Perú sólo el 4 % de los consumidores buscará una solución a su conflicto.
 - d. En tercer lugar, se toma en cuenta la probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, esto debe ser analizado a la luz de la certeza y claridad de los hechos demandados, en efecto, el juez debe valorar si el derecho discutido era irrefutable o podía ser

¹⁰⁸ Punitive Damages for Deterrence: When and How Much? [página principal en Internet] EEUU: Cooter; c2006 [citado 2018 Ene 25] [aprox. 6 pantallas]. Disponible en: (https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://pe.search.yahoo.com/&https_redir=1&article=1950&context=facpubs).

objeto de alguna justificación válida. Bajo este contexto el juez fijó la probabilidad en un porcentaje mayor al 80% conforme se aprecia este aspecto debe ser revisado en cada caso concreto.

- e. Ante ello la fórmula aplicada en la sentencia se resolvió de la siguiente forma, que nos muestra una forma matemática de poder calcular objetivamente la multa a imponerse.

$$D = C \times [(1 - P_c) / (P_c \times P_d)]$$

$$D = 24.000 \times [(1 - 0,1) / (0,1 \times 0,80)]$$

$$D = 24.000 \times [0,90 / 0,08]$$

$$D = 24.000 \times 11,25$$

$$D = 270.000$$

7.6 CASO LUCAS MARISI CONTRA ZURICH ARGENTINA CÍA, DE SEGUROS S.A.

7.6.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO:

La materia discutida es una indemnización de daños y perjuicios y accesoriamente se solicita el pago de daños punitivos, las pretensiones son formuladas contra Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A., la demanda que se resolvió en segunda instancia ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, el proceso se signó con la causa 145 y el fallo analizado data del 05 de octubre del 2017.

7.6.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO:

- a) El actor contrato a la compañía de seguros a efecto le brinde cobertura en caso de accidente, para el pago de la prima se acordó que esta se realizaría por medio de un débito automático de la tarjeta de crédito Cabal.

- b) La compañía aseguradora sin mediar información previa o requerimiento dejó de descontar las primas de seguro de la tarjeta de crédito y con ello se produjo la pérdida del seguro del actor.
- c) Estos hechos fueron reclamados inicialmente en vía directa con la aseguradora y posteriormente llevaron al inicio de la acción judicial, este proceso origino que en sentencia se ordene el pago de \$ 20000.00 pesos argentinos como daños punitivos en primera instancia, confirmándose este pronunciamiento en segunda instancia.

7.6.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO:

- a) Los daños punitivos en este caso también fueron amparados y los principales argumentos expuestos para ello son transcritos de la Sentencia para su posterior comentario.

“...Es que la conducta asumida por la demandada en el sentido de alterar los términos convenidos en el mentado acuerdo conciliatorio llevado a cabo ante el COPREC, implicó una desaprensión en el cumplimiento de los deberes impuestos, transgrediendo el deber de buena fe contractual (art. 37 LCD).”

“En efecto, la actitud evidenciada al dejar de debitar en tarjeta de crédito “Cabal” el monto de la prima sin previo aviso, rescindiendo unilateralmente el seguro, poniéndolo en situación de mora no se corresponde con los términos del convenio.”

“Sobre el particular resulta útil referir en línea coincidente con lo sostenido por la juez, “por cuanto el relato de la demandada – destinado a endilgarle la responsabilidad por su incumplimiento a la falta de pago de las primas que la aseguradora misma omitió del modo en que lo venía haciendo- revela un ardid pergeñado para eludir el cumplimiento de aquello a lo que se comprometió.” (v fs. 92).” “Es más el proceder que asumió en tal sentido denotó una clara conducta abusiva de la aseguradora en su posición

dominante, habida cuenta que no acreditó haberle comunicado al actor que debía ratificar el medio de pago (CCYC: 10)...”¹⁰⁹.

- b) Como se aprecia los tribunales argentinos inician siempre el análisis de este instituto verificando la conducta del proveedor, en este caso la conducta antijurídica nace de transgredir el deber de buena fe contractual, ya que, al existir condiciones de contrataciones debidamente pactadas, esto es, condiciones claras con prestaciones definidas, el proveedor no se puede apartar de estas para generar situaciones indebidas a su favor.
- c) En el proceso se logró acreditar que la conducta desplegada por el proveedor fue con el único fin de desligarse de sus obligaciones pactadas con el consumidor, resolución que logra de forma unilateral sorprendiendo al consumidor, ello claramente se enmarca en una conducta abusiva, que no se puede permitir en empresas que resguardan derechos tan importantes como la vida, la salud, el patrimonio entre otros.
- d) En este caso a diferencia del resto estamos ante una conducta dolosa del proveedor, lo que marca un mayor desvalor en su proceder. Lamentablemente la sentencia no aborda otros aspectos que eran importantes para determinar el aumento o no de la multa civil, como es el monto de la prima pagada, la cobertura que no prestó la aseguradora, la existencia de casos similares, entre otros.

7.7. CASO MARÍA FRISCALE CONTRA TELECOM PERSONAL S.A.

7.7.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO:

Las pretensiones objeto de proceso son indemnización de daños y perjuicios y accesoriamente se solicita el pago de daños punitivos, la demanda es formulada por María Laura Friscale contra Telecom Personal S.A. la demanda se resolvió

¹⁰⁹ Fallo [página principal en Internet] Argentina: Poder Judicial; c2017 [citado 2018 Ene 29] [aprox. 5 pantallas]. Disponible en: (<http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/12/JURISPRUDENCIA-CONSUMIDOR-19-12.docx.pdf>).

en segunda instancia ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, el proceso se signó con la causa 106042 y el fallo analizado data del 15 de agosto del 2017.

7.7.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO:

- a) En el año 2007 la demandante junto a su grupo familiar contrató con la Telecom Personal S.A. un plan de telefonía denominado “Grupo Business Nacional 115”, consistente en cuatro líneas de telefonía móvil a efecto de comunicarse gratuitamente a nivel nacional.
- b) El año 2013 se modificó parcialmente el servicio, cambiando las líneas a un total de 5 desde febrero de 2015 la demandada factura una suscripción no solicitada, correspondiente a mensajes de texto con contenido Premium, que son recibidos diariamente desde enero de ese año lo que origina un cobro adicional de \$ 70.00 pesos argentinos mensuales, suma a la que deben aplicarse adicionalmente impuestos.
- c) Al agotar las vías autocompositivas directas y no encontrar solución formuló su reclamo directamente ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor - OMIC, con expediente 714/2015, fijándose dos audiencias a las que no concurrió la demandada quien posteriormente se ofreció por correo electrónico compensar los pagos indebidos a la actora generándole una nota de crédito por el importe de \$ 500 pesos argentinos a pesar de ello la demandada con posterioridad continuó efectuando los cargos por los mensajes con contenido “Premium”.
- d) En base a los abusos sufridos la actora decidió iniciar la correspondiente demanda de indemnización y daño punitivo, respecto de la acción formulada Telecom Personal S.A. contestó la demanda negando las afirmaciones de la actora, solicitando se cite a las empresas “Be Good S.A.”, “Total Tim Argentina S.A.” e “Intertron Mobile S.A.” que son las encargadas del servicio de mensajería entre otros, explicando que la Telecom Personal S.A. sólo se ocupa de la facturación y cobranza. Que

la contratación requiere de una serie de actos positivos para acceder a los referidos mensajes, por lo que no pueden ser generados inopinadamente.

- e) Posteriormente se obtuvo sentencia de primera instancia en la que se fijó por daño emergente en la suma de \$ 1334.09 pesos argentinos, por lucro cesante la cantidad de \$ 190.29 pesos argentinos, daño moral en la cantidad de \$ 5000.00 pesos argentinos y finalmente aplicó una multa por daños punitivos de \$ 717681.80 pesos argentinos.
- f) La segunda instancia reformó el fallo desestimando la procedencia de la reparación por lucro cesante, incrementó el monto del resarcimiento del daño emergente a \$ 6682.24 pesos argentinos y el de la multa por daños punitivos a \$ 735046,40 pesos argentinos.

7.7.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO:

- a) Los daños punitivos como se aprecia fueron amparados y los principales argumentos expuestos para ello son transcritos de la sentencia para su posterior comentario.

En cuanto a la conducta del proveedor señala:

“...la demandada pretende salvar su responsabilidad asociando los daños alegados por su contraria exclusivamente con la prestación del servicio de mensajería que dice efectuada por terceras empresas, sin advertir que el reclamo también versa sobre su facturación, lo que se halla a su cargo-extremo no discutido en autos-. De esto se sigue que, aun admitiendo que el servicio es brindado por terceras empresas, la accionada, dejando de facturarlos, podría solucionar gran parte del problema de la actora. Además, la encartada admitió que terceras empresas la contrataban para canalizar sus servicios a través de las líneas de sus clientes. Fácil es advertir, entonces, que le bastaría con rescindir esos acuerdos para dejar de perjudicar a la actora. Por lo demás, no se concibe cómo puede serle imposible a la demandada filtrar contenidos canalizados a través de la línea que ella otorga,

habilita y controla. Y si así fuera, se trataría de una enorme “peculiaridad” cuya acreditación le incumbiría (art. 375 del Código Procesal)”

“Por otra parte, en cuanto a la finalidad sancionatoria de la multa, no sólo resulta pasible de reproche y, por ende, de punición, la conducta impregnada de dolo -directo o eventual-, sino también la calificable como groseramente negligente...En el sub examine, la continuación de la prestación y/o facturación del servicio con posterioridad al acuerdo celebrado en la sede de OMIC -v. fs. 30/32- donde, con independencia de su tenor y de la discusión no esclarecida sobre cómo se activó el servicio de mensajes, quedó suficientemente claro que la usuaria no quería continuar recibéndolo ni pagando por él, viéndose obligada a judicializar la cuestión para lograrlo, configura un comportamiento groseramente negligente y desinteresado de los derechos de ésta (arts.42 de la Constitución Nacional), lo que justifica la aplicación del instituto en cuestión.”¹¹⁰.

En cuanto a la determinación de la cuantía punitiva.

Es cierto que la determinación de probabilidades es una cuestión discutible ante la falta de elementos objetivos y concretos, pero es tarea de la quejosa demostrar a este Tribunal el desacierto del juez y la razonabilidad de su propuesta y en modo alguno lo hizo (art. 260 del Código Procesal).Ello así, corresponde -como adelanté- mantener los porcentajes de probabilidad estimados por el a quo a fs.452vta./453(1% de probabilidad de iniciar el pleito y resultar victorioso, y 90% la de -en tal contexto- obtener una condena por daños punitivos).No estar a las variables propuestas en la demanda no implica violar el principio de congruencia, porque se trata de

¹¹⁰ Fallo [página principal en Internet] Argentina: Aldia; c2017 [citado 2018 Ene 19] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: (<https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/10/23/la-empresa-de-telefonía-es-responsable-por-la-facturación-a-la-actora-de-un-servicio-de-mensajería-no-solicitado-por-esta/>).

razonamientos jurídicos y no de cuestiones fácticas vinculadas a los hechos de la causa (arg. art. 163, inc. 6, del Código Procesal)¹¹¹.

- b) Como se apreciará del tercer capítulo de esta investigación las principales empresas infractoras de los derechos del consumidor son encabezadas por las del sistema financiero y de seguros, seguidas por las empresas de telecomunicaciones que son las que llevan ampliamente la ventaja en supuestos de infracción respecto de otras empresas.
- c) En el caso de las empresas de telecomunicaciones, como es evidente han encontrado un gran espacio de impunidad, dado que, en la práctica pocas personas decidirán llegar a un proceso judicial para reclamar por ejemplo facturaciones indebidas de S/ 5.00 Soles en los recibos mensuales, situación que en esta jurisprudencia se advierte también en argentina, ya que las empresas dolosamente continúan con el cobro de servicios adicionales a pesar de que el consumidor dejó establecido con toda claridad su decisión de no contar con los cargos denunciados.
- d) Como se reitera estamos ante conductas dolosas, que responden a la búsqueda de un lucro por parte del proveedor, dado que, recordemos el servicio de comunicaciones es un servicio masivo, por ejemplo, en el Perú existen más líneas telefónicas que personas¹¹², y las empresas saben muy bien que de los miles de consumidores afectados muy pocos reclamaran por el perjuicio sufrido, al ser ínfimo en comparación con el desgaste que involucra llegar a una acción judicial.
- e) Una vez más estamos ante la necesidad de buscar mejores mecanismos para combatir estas conductas dolosas que causan daños, con los daños punitivos estamos ante una respuesta, dado que, se toma en cuenta la probabilidad de sanción judicial por indemnización y la probabilidad de sanción punitiva. Para el caso en estudio se determinó un porcentaje

¹¹¹ Idem.

¹¹² Telecomunicaciones: Mercados y Tecnologías [página principal en Internet] Perú: MTC; c2016 [citado 2018 Ene 10] [aprox. 8 pantallas]. Disponible en: (<http://telecomunicaciones-peru.blogspot.pe/2016/03/peru-datos-de-telecomunicaciones.html>).

mayor de ausencia de reclamo judicial en comparación con el caso María Castaño contra Banco Credicoop, en este último se determinó un 10% de probabilidad, en cambio en el actual caso, por la masividad del servicio y costo, se estableció el porcentaje en un 1%.

- f) De la misma forma la probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, está plenamente acreditado, dado que, inclusive nace de un procedimiento administrativo firme, que dejó en claro al proveedor el rechazo del consumidor a los cobros ejecutados, a pesar de ello los cobros continuaron dolosamente. Por ello se estima un porcentaje alto de un 90%. Al aplicarse los porcentajes a la fórmula aprendida que propuso Irigoyen Testa¹¹³, el quantum de la multa se obtiene de la siguiente forma:

$$D = C \times [(1 - P_c) / (P_c \times P_d)]$$

$$D = 6682.24 \times [(1-0,01) / (0,01 \times 0,9)]$$

$$D = 6682.24 \times [0,99/ 0,009]$$

$$D = 6682.24 \times 110$$

$$D = 735046.40$$

Debe recordarse que el monto indemnizatorio total otorgado fue de \$ 6682.24 pesos argentinos, que corresponde al daño emergente, suma que sirve de base para el cálculo realizado. Así como “P_c” es la probabilidad de ser condenado por la indemnización por los daños provocados y “P_d” es la probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por resarcimiento.

7.8 CASO CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACIÓN CIVIL CONTRA BOSTON COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A.

7.8.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO:

Las pretensiones objeto de proceso son devolución de intereses no deducidos y accesoriamente se solicita el pago de daños punitivos, la demanda es formulada

¹¹³ Irigoyen TM. Cuantificación de los Daños Punitivos: Una Propuesta Aplicada al Caso Argentino. En: Relaciones Contemporáneas entre Derecho y Economía. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Pontificia Javeriana; 2012. p. 27.

por Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa quien interviene en representación de los derechos colectivos de todos los asegurados de la empresa que estén dentro del marco fáctico de la demanda, las pretensiones se dirigen en contra de Boston Compañía Argentina de Seguros S.A.

La demanda se resolvió en primera instancia ante el Juzgado Especializado en lo Civil y Comercial de Buenos Aires, el proceso se signó con la causa 5831-2011 y el fallo analizado data del 01 de septiembre del 2015.

7.8.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO:

- a) Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. a lo largo de más de 10 años contrató con cientos de clientes seguros de tipo patrimonial, por ejemplo, vehículos respecto de los cuales los asegurados pagaban mensualmente una prima bruta.
- b) Es importante precisar lo que debemos entender por “prima neta”, aquella refiere a proporcionalidad del precio del seguro en relación con el riesgo, prescindiendo de todo tipo de recargos, gastos, comisiones. En cambio, una “prima bruta”, comprende además del valor del riesgo cubierto, otros factores, como intereses compensatorios por el tiempo en que se va a pagar la prima, comisiones, entre otros.
- c) El hecho rector se ubica en la conducta de aprovechamiento sin causa de la aseguradora, dado que, desde hace varios años, más de diez conforme a la demanda, la empresa Boston en los casos que se verificaba un siniestro con cobertura atendible, procedía a entregar el capital asegurado al beneficiario, pero al momento de efectuarse la liquidación, las primas que se encontraran pendientes de pago debían ser descontadas en la liquidación del siniestro, indebidamente se procedía a descontar primas brutas en vez de descontar primas netas.
- d) En palabras simples, si se contrataba un seguro vehicular a 48 meses y dentro de este plazo, por ejemplo, en el mes 20 se producía un siniestro,

al momento de pagarse el capital asegurado, debía descontarse de la liquidación las 28 cuotas pendientes. Como se reitera el problema está en que las cuotas descontadas se efectuaban incluyendo los intereses compensatorios calculados por un pago a 48 meses, cuando estos intereses no debían ser incluidos al ser un pago adelantado de las cuotas acordadas en el contrato de seguro.

- e) Esta conducta indebida fue acreditada conforme a una pericia contable efectuada con información de coberturas de siniestros de la empresa, el citado dictamen pericial no fue objeto de cuestionamiento.
- f) En sentencia se condenó a la aseguradora a restituir a los consumidores las sumas de dinero indebidamente cobradas, se le ordena abstenerse en lo sucesivo de realizar las percepciones indebidas, abonar a los consumidores damnificados por daño punitivo el doble del reintegro que les corresponda percibir, así como se mandó publicar edictos para comunicar a los clientes de Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. que se encuentran comprendidos en la solución del litigio para que reclamen su derecho.

7.8.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO:

- a) Al respecto la sentencia al abordar el tema refiere que le crea convicción la pretensión punitiva por los siguientes considerandos de la sentencia:

“...Nótese que ha quedado comprobada la existencia de un fuerte reproche de tipo subjetivo en la conducta de la aseguradora, en tanto su actuar implicó un grave desinterés por los derechos e intereses de los consumidores de seguros.”

“Es importante destacar que se trató de una maniobra realizada en forma constante, habitual y generalizada, que le generó un enriquecimiento a la compañía aseguradora.”

“Por otro lado, cabe agregar que la demandada omitió informar a los usuarios las características de la operatoria que realizaba.”

“Este incumplimiento al deber de información se presentó, en el caso, con características que permiten asignarle suficiente gravedad por cuanto implicó un obrar contrario a la buena fe por parte de la demandada.”

“El accionar desinteresado de la compañía aseguradora sumado al conocimiento que cabe presumir que posee respecto a las normas que rigen su actividad, en razón de la profesionalidad que tiene el proveedor de un servicio masivo, imponen la aplicación al caso de una multa civil a la demandada.”

“Consecuentemente, Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. deberá abonarle a los usuarios damnificados y comprometidos en la presente acción, el doble del reintegro que les corresponda percibir, de acuerdo con las pautas establecidas en el considerando VI, con la limitación establecida en el art. 47, inc. b, de la Ley 24.240.”¹¹⁴.

- b) En este caso, reviste importancia la forma en que se ha manejado los daños punitivos a través de la protección de intereses colectivos, en efecto no hablamos de un solo asegurado sino estamos ante cientos de asegurados que presentaban el mismo problema y es justo en este nicho en el que las grandes empresas a través de conductas antijurídicas con poca relevancia monetaria individual pero gran importancia a nivel colectivo abusa de los consumidores.
- c) En la litis estudiada las ideas rectoras que determinaron la aplicación de la multa civil fueron la habitualidad y generalización de la conducta, como reiteramos no estamos ante un caso aislado sino se trataba de cientos inclusive miles de afectaciones sistemáticas, convenientemente dejadas de alto.

¹¹⁴ Fallo [página principal en Internet] Argentina: Poder Judicial; c2015 [citado 2018 Ene 22] [aprox. 5 pantallas]. Disponible en: (https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2015/09/2015-09-01-jnaccom-nc2b0-6_cf-c-boston-dac3b1o-punitivo-individual-homogc3a9neo-publicacic3b3n-edictos.pdf).

- d) La conducta atribuida es dolosa, dado que la aseguradora no podrá escudarse en un actuar culposo cuando por su profesionalidad en el servicio prestado perfectamente podía preverla de los cobros indebidos que efectuó a lo largo de más de una década.
- e) Resulta interesante la forma en que se estableció el monto de los daños punitivos, al señalar que estos serán el doble de la cantidad cobrada indebidamente. En este caso la suma no fue mayor debido al criterio de proporcionalidad referido a la posibilidad de cobro de la multa, que en el presente caso se ha abierto a todos los posibles asegurados perjudicados quienes pueden tomar conocimiento con las publicaciones efectuadas de la sentencia.

7.9. CASO SEBASTIAN RASPANTI CONTRA AMX ARGENTINA S.A. (CLARO)

7.9.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO:

Las pretensiones objeto de proceso son indemnización de daños y perjuicios y accesoriamente se solicita el pago de daños punitivos, la demanda es formulada por Sebastián Raspanti en contra AMX Argentina S.A. (CLARO) la demanda se resolvió en segunda instancia ante la Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, el proceso se signó con la causa 24 y el fallo analizado data del 26 de marzo del 2015.

7.9.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO:

- a) El demandante con fecha 16 de noviembre del 2000 contrata una línea de telefonía móvil con la empresa AMX Argentina S.A. en adelante Claro, obteniendo el número 3515129378. El día 23 junio del 2009 se contrató el plan GMC 13 que permitía acceder al cliente a la promoción denominada “friends and family”.
- b) Los hechos relatan que, a pesar de contar con un servicio de llamadas gratuito a ciertos números frecuentes debidamente registrados por el

- usuario, la operadora de telefonía llegó a cobrar \$ 507.23 pesos argentinos por concepto de llamadas realizadas a estos números.
- c) Adicionalmente a ello la empresa demandada comenzó a cobrar un concepto denominado “cargo de gestión por cobranza” ello apareció de las facturas de los meses julio del 2008, agosto del 2008, octubre del 2008, abril del 2009, mayo del 2009, junio del 2009, julio del 2009 y agosto del 2009 el total de sumas cobradas por este concepto llegó a los \$ 58.08 pesos argentinos por los siete meses.
- d) La empresa Claro sustentó la legalidad del cobro del rubro “cargo de gestión por cobranza”, dado que, en los recibos de facturación, en una parte de estos se indicó lo siguiente: *“...le informamos que a partir del 26.08.07, el cargo por gestión de cobranza se aplicará en forma automática a partir del séptimo día de mora en el pago de su factura.”*, Situación que no puede considerarse una modificación válida, debido a que las condiciones de contratación previstas con la empresa deben ser variadas de manera formal, y no a través del uso de letras pequeñas en una factura de cobranza.
- e) El demandante requirió la devolución de los cobros indebidos hasta en tres oportunidades ante la empresa Claro, así como a nivel administrativo ante el organismo de protección al consumidor sin obtener una respuesta idónea de la empresa, es más se continuó con el cobro de los conceptos reclamados a pesar de las acciones realizadas.
- f) En el desarrollo del proceso, al efectuarse una pericia contable respecto a los cobros realizados por Claro respecto del concepto de “cargo de gestión de cobranza”, el perito informa que increíblemente la suma de \$ 279.799.368,21 pesos argentinos fueron cobrados por la empresa en este rubro, prueba que es determinante para establecer el quantum de los daños punitivos al sentenciar.

- g) En la sentencia emitida en segunda instancia se acepta el reclamo por el rubro de cargo por gestión de cobranza en la suma de \$ 58.08 pesos argentinos y por daño punitivo la suma de \$ 280.000.00 pesos argentinos.

7.9.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO:

- a) Al respecto los fundamentos para la determinación de la conducta punible expuestos en la sentencia comentada fueron los siguientes:

“...Su procedencia requiere un elemento subjetivo que se identifica con una negligencia grosera, temeraria, con una conducta cercana a la malicia...”

“VII2) b) Cabe efectuar las presentes consideraciones, en primer lugar sobre lo que recae en parte el reclamo se denomina “cargo por gestión de cobranza”, no “cobro por Gestión de Mora” (ver fs. 32/41); en segundo lugar, el reclamo del daño punitivo no se asienta “exclusivamente” en dicho rubro, sino que se lo ha determinado como “el de mayor importancia”. Ello surge del tenor literal de la demanda a fs. 05 donde se manifiesta: “...que entre los rubros que se reclaman en esta demanda el de mayor importancia a los fines de fundar el daño punitivo reclamado es el correspondiente al ilícito que significa el cobro en concepto de gestión de cobro no realizada...”. (el subrayado me pertenece).”

“...llama la atención la leyenda consignada en las impresiones de pantalla del sistema informático de los reclamos realizados por el actor, que fueron proporcionados para efectuar la pericia contable a fs. 126 donde se consigna: “...estos reclamos explícitos se dejan registrado en la cuenta del cliente no iniciando ningún circuito interno para brindar respuesta a los mismos, ya que son a los fines estadísticos.”. Lo que pone de relieve un total desinterés de la empresa frente a los reclamos de los clientes, y la falta de intención de solucionarlos.”¹¹⁵.

¹¹⁵ Fallo [página principal en Internet] Argentina: Póde Judicial; c2015 [citado 2018 Ene 19] [aprox. 3 pantallas]. (Disponible en: <http://www.sebastianraspanti.com/fallo-completo-raspanti-sebastian-c-amx-argentina-s-a-claro/>).

b) En cuanto a la cuantificación del daño los argumentos fueron:

“La idea es, básicamente, que frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costa de vulnerar derechos ajenos. Se busca que las empresas no calculen sus beneficios económicos con incumplimientos contractuales, sino que respeten los derechos del consumidor y usuario, y cumplan sus obligaciones contractuales y legales. También hemos de tener presente a estos efectos el principio de congruencia y el principio de defensa en juicio de la contraria. La accionante al alegar, peticiona la suma de pesos doscientos ochenta mil por este concepto Cabe agregar a las consideraciones precedentes que resulta claro que la accionada obtuvo beneficios con el cobro injustificado de este ítem, sin acreditar razón justificada alguna, en detrimento del propio accionante, perjuicio que se extendió al resto de los usuarios que se encontraban en la misma situación. De la ampliación de la pericia contable oficial (215/221) sobre el punto 1) del cuestionario propuesto por la actora sobre el importe de la recaudación total desde el mes de julio de 2008 a la fecha de la pericia (28/10/11) en concepto de cargo de gestión de cobranza”, la perito contesta que totaliza la suma de pesos doscientos setenta y nueve millones setecientos noventa y nueve mil trescientos sesenta y ocho, con veintiún centavos (\$ 279.799.368,21), y agrega que dicha información ha sido proporcionada por la demandada a través de manifestaciones verbales y escritas...”¹¹⁶.

c) En este caso se aprecia una conducta “grosera” de la empresa Claro que dolosamente realiza el cobro de conceptos no autorizados, continuando con ello a pesar de estar advertido de los errores incurridos, el factor atribuible no queda sólo en este extremo, sino que se logra verificar que el sistema de reclamos de la empresa servía sólo como referencia

¹¹⁶ Idem.

estadística y no generaba un adecuado conducto de reclamo de derechos.

- d) A diferencia de los casos anteriores este nos muestra la importancia de los documentos periciales para la determinación de la cuantía del daño punitivo, en efecto, en este caso se contó con un dictamen formal que estableció el real aprovechamiento indebido de la empresa demandante cuantificado en cientos de millones de pesos.
- e) Partiendo de la suma acreditada en el peritaje a través de una simple operación matemática de división de dicha cantidad con el cargo mensual aproximado de \$ 8.29 pesos, se puede inferir que la empresa efectuó indebidamente esta actuación antijurídica más de 33 millones de veces.
- f) Inclusive a mi criterio el monto impuesto por multa civil no cumple realmente su fin disuasivo porque debió ser más alto, pero el fallo se enmarca dentro de los parámetros solicitados en la demanda, respetando el principio de iniciativa de parte.

7.10 CASO UMANZOR GONZÁLEZ CONTRA PEUGEOT CITROEN ARGENTINA S.A.

7.10.1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO:

Las pretensiones objeto de proceso son indemnización de daños y perjuicios y accesoriamente se solicita el pago de daños punitivos, la demanda es formulada por Maritza Jesús Umanzor González contra Peugeot Citroen Argentina S.A. y otra, la demanda que se resolvió en segunda instancia ante la Tercera Sala de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Buenos Aires, el proceso se signó con la causa 163197 y el fallo analizado data del 15 de junio del 2017.

7.10.2. HECHOS Y DERECHO DISCUTIDO:

- a) EL 26 de abril de 2010 los señores Maritza Jesús Umanzor González y Héctor Javier Aguirre, adquieren en un vehículo marca Peugeot cero

kilómetros, modelo 206, del concesionario Peugeot Belchamp S.A. el vehículo fue entregado tres días después de la compra para el uso de los adquirentes.

- b) El 03 de agosto del 2010 el vehículo es ingresado a reparación debido a que presentaba ruidos en la correa del motor, ante ello la concesionaria solicita la autoparte pudiendo recién el 26 de agosto del 2010 realizar el servicio de cambio, tiempo en el que no se pudo usar el vehículo. Adicionalmente se tuvo que reparar el medidor de nafta, es decir, el medidor de gasolina.
- c) El 20 de septiembre del 2010 el vehículo nuevamente es ingresado a taller debido a que presentaba nuevos problemas con el sistema de distribución, reconociendo la empresa que este es un problema de fábrica. Al no contar con los repuestos necesarios la unidad recién fue reparada el 17 de diciembre del 2010.
- d) El mismo día que el automóvil es retirado del servicio presenta nuevos inconvenientes al emitir humos en todas direcciones a las pocas horas de manejarlo, la empresa adujo que el incendio se produjo por una falla eléctrica del vehículo. El servicio de reparación que incluyó un cambio de cableado de todo el automotor originó que el vehículo sea entregado hasta el 31 de diciembre del 2010. Posteriormente a este hecho se originaron nuevos inconvenientes con el vehículo los que en un total originaron una privación de uso del automotor de 31 días.
- e) Ante los citados hechos se inicia el correspondiente reclamo en la vía administrativa, así como posteriormente se promueve la demanda de daños y perjuicios contra las firmas Peugeot Citroën Argentina S.A. y Belchamp S.A., por la suma de \$ 108000.00 pesos argentinos, adicionándose las pretensiones de pago de intereses, sustitución del vehículo entregado por uno 0 kilómetro y el pago de daños punitivos.
- f) El fallo de primera instancia ampara parcialmente la demanda condenando a las empresas demandadas al pago de \$ 37550.00 pesos

argentinos distribuidos a razón de \$ 23775.00 a favor de la Sra. Umanzor y \$ 13775 .00 a favor del Sr. Aguirre, ampara el pedido de intereses y rechaza el daño punitivo reclamado.

- g) En segunda instancia el fallo determina lo siguiente:
- a. En referencia al daño emergente provocado por no usar el vehículo, se calculó que la privación de 31 días multiplicada por \$ 200.00 pesos argentinos diarios de gasto hacen un total por este concepto de 6200.00 pesos.
 - b. En cuanto al daño psicológico confirma las actuaciones de primera instancia al señalar que este monto se encuentra sustentado en la pericia psicológica elaborada que determinó la necesidad de los actores de recurrir a una sesión semanal de terapia por el plazo mínimo de un año. Se estimó el valor de cada sesión en la suma de \$ 200.00 pesos, que multiplicados por las 50 semanas de un año dan como resultado una suma de \$ 10000.00 pesos.
 - c. En referencia al daño moral, se ampara esta pretensión principalmente por el incendio que se produjo en el vehículo y que es un hecho que afecta los sentimientos de los actores por lo que se les concede el monto de \$ 47100.00 pesos.
 - d. En referencia al daño punitivo revoca el fallo de primera instancia y se conceden estos por el monto de \$ 300000.00 pesos.

7.10.3. DISCUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO:

- a) Los principales argumentos para otorgar la multa civil en el fallo comentado son los siguientes:

“...Cabe tan sólo observar a tales fines lo expuesto por el experticio dictaminante en autos, quien a fs. 324/324vta. enuncia los diversos ingresos al taller y las tareas oportunamente realizadas en el

rodado, detallando las siguientes "fs. 27: verificar ruido en frío marcha atrás y más con A/C, 5127 km (09/02/2011), fs. 30: verificar ruido en frío, chillido, ver correa, 1062 km (03/08/2010); fs. 31: primer servicio 2.500 km, control de niveles de motor, verificar correa ruido (en frío) verificar medidor de combustible (no marca), 1.527 km (26/08/2010); fs. 32: verificar ruido en frío o en motor, verificar puerta conductor entrada de agua, 1.878 km (20/09/2010); fs. 33: verificar chillido en motor en frío, 3.500 km (10/12/2010); fs. 34: verificar ruido en motor en frío, 3759 km (17/12/2010); fs. 36; verificar burlete trasero derecho, verificar ruido en tren delantero, verificar cerradura de puerta delantera derecha suelta, verificar burlete trasero derecho despegado, 10.465 km (23/07/2011)" (v. fs. 324 y vta., Rta. a, arts. 472/4 del CPCC.)."

"...En otras palabras, el actuar desaprensivo de las accionadas no se agotó en obligar a los accionantes a concurrir en innumerables oportunidades a los talleres de la concesionaria requiriendo la reparación de desperfectos en su automóvil "O KM", sino que se extendió aún más en el tiempo despreocupándose de encontrar soluciones alternativas que de algún modo pudiesen al menos atenuar los perjuicios sufridos por los accionantes..."

"...En tal sentido, considero que las reiteradas conductas descriptas encuadran en la culpa grave requerida para el resarcimiento del daño punitivo, ya que hay violación de normas legales y contractuales teniendo en cuenta los principios de buena fe..."¹¹⁷.

- b) A lo largo de las sentencias comentadas, existe uniformidad en considerar que la conducta sancionable con daños punitivos es una conducta que se repite en el tiempo y que a pesar de verificarse su repetición el proveedor no corrige su proceder, actuando por tanto con desprecio de los derechos del consumidor.

¹¹⁷ Fallo [página principal en Internet] Argentina: Poder Judicial; c2017 [citado 2018 Feb 02] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/ActualidadPBA.asp?date1=&date2=&expre=consumidor&id=1>.

- c) En el caso comentado a pesar de que estamos ante un vehículo nuevo, los propietarios tuvieron que reingresar la unidad a reparación siete veces en menos de un año de adquirido, a pesar de contar con un kilometraje promedio de uso no mayor a los once mil kilómetros.
- d) De la misma forma considero que el fallo debió señalar como sustento, que la misma empresa reconoció en autos que los desperfectos presentados, son resultado de defectos de fábrica del modelo, es decir, a pesar de que el proveedor conocía las averías de sus unidades no buscaron solucionar el problema de los demandantes en un ámbito extrajudicial, lo que denota una conducta contraria a los deberes con que las partes deben conducirse en una relación de consumo. Adicionalmente los proveedores no informaron si han realizado alguna actividad verificable que permita solucionar el problema del resto de consumidores que adquirieron el mismo modelo de vehículo.
- e) El fallo no se pronuncia en cuanto al cambio del vehículo, lo que consideramos una omisión grave por incongruencia, estamos ante un fallo *infra petita*, que puede ser integrado en este extremo.
- f) Preciso que en este caso pudo utilizarse la fórmula de probabilidad de Irigoyen Testa, estableciendo:
- “Pc” = Probabilidad de condenado por indemnización en un 10% dado que, pocos consumidores llegaron a instancia judicial.
 - “Pd” = Probabilidad sentenciado por daños punitivos, se establece en un 80% dado que el proveedor en todo momento se negó a indemnizar los daños causados, así como ha reconocido que los desperfectos se deben a problemas de fábrica del modelo de vehículo.
 - El daño reparable sentenciado asciende a S/ 63300.00 pesos argentinos.
- g) Contando con los elementos necesarios para la aplicación de la fórmula, se procede a resolver la misma.

$$D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$$

$$D = 63300.00 \times [(1 - 0,10) / (0,10 \times 0,80)]$$

$$D = 63300.00 \times 11.25$$

$$D = 712125.00 \text{ pesos argentinos}$$

8.- FIGURAS JURÍDICAS RELACIONADAS A LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL PERÚ

8.1. COBRO DE MULTAS POR ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

Como se mencionó a lo largo de la investigación la figura de daños punitivos no es totalmente agenda a nuestra realidad nacional, dado que, existen normas similares que regulan la posibilidad de favorecer a los particulares con el monto de las multas impuestas y cobradas a los proveedores.

Un caso se encuentra en las asociaciones de consumidores, que son personas jurídicas de derecho privado regidas estructural y funcionalmente por el Código Civil, cuyo objetivo es proteger, defender, informar y eventualmente representar a los consumidores y usuarios, pudiendo defender intereses particulares o colectivos que nazcan de intereses difusos.

Las referidas personas jurídicas deben estar constituidas y registradas ante la SUNARP y obligatoriamente ante el INDECOPI¹¹⁸ para poder representar a los consumidores en algún procedimiento administrativo, así como actualmente forman parte del Consejo Nacional de Asociaciones de Consumidores y Usuarios del Perú – CONACUP, ello bajo el principio pro asociativo.

Al revisar el Código de Protección y Defensa del Consumidor se advierte en el Artículo 156.1 lo siguiente: *“El Indecopi y los organismos reguladores de los servicios públicos pueden celebrar convenios de cooperación institucional con asociaciones de consumidores reconocidas y debidamente inscritas en el registro especial. La firma del convenio de cooperación institucional otorga la*

¹¹⁸ Asociación de Consumidores [página principal en Internet] Perú: Indecopi; c2013 [citado 2018 Mar 19] [aprox. 2 pantallas]. Disponible en: (<https://www.indecopi.gob.pe/web/proteccion-al-consumidor/asociaciones-de-consumidores>).

posibilidad de que el Indecopi y los organismos reguladores de los servicios públicos puedan disponer que un porcentaje de las multas administrativas impuestas en los procesos promovidos por estas asociaciones de consumidores les sea entregado. En cada caso, dicho porcentaje no puede exceder el cincuenta por ciento (50%) de la multa impuesta y constituye fondos públicos.”

Como se aprecia se permite la posibilidad que la multa impuesta al proveedor sea dirigida en parte a la asociación de consumidores para ello por tanto será necesario.

- a) La inscripción de la asociación de consumidores ante el INDECOPI
- b) La asociación de consumidores debe suscribir con el INDECOPI un convenio de cooperación institucional.
- c) El proceso en que se imponga la multa debe ser iniciado a instancia de la asociación de consumidores.
- d) El porcentaje máximo por entregarse es el 50% de la multa impuesta. Si la intervención de la asociación es alta recibirá entre el 35 y 50%, si es media entre el 18 y 34% y si es baja entre 1 y 17%.
- e) La gradualidad del porcentaje se determina en función de, la labor de investigación realizada, el nivel de participación de la asociación en el procedimiento, la importancia en el mercado del derecho reclamado.
- f) El porcentaje entregado sólo puede ser destinado para promoción y defensa de intereses de los consumidores, es decir, no puede ser dirigido a fines privados. Para ello debe adjuntarse un plan de aplicación de los fondos.

El detalle del registro, determinación de porcentaje asignable a la asociación de consumidores, el procedimiento para solicitar la entrega, entre otros han sido debidamente regulados en la Directiva 09-2013/DIR-COD-INDECOPI¹¹⁹ Normas sobre Registro, Reconocimiento y Participación de las Asociaciones de

¹¹⁹ Normas sobre Registro, Reconocimiento y Participación de las Asociaciones de Consumidores en los Procedimientos sobre Defensa de Derechos del Consumidor [página principal en Internet] Perú: Indecopi; c2013 [citado 2018 Mar 19] [aprox. 2 pantallas]. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/36537/200871/Directiva+N%C2%B0009-2013-DIR-COD-INDECOPI.pdf>.

Consumidores en los Procedimientos sobre Defensa de los Derechos de los Consumidores.

Esta medida adoptada por la norma en la práctica no ha mostrado los resultados esperados, dado que, en palabras del Uben Atoche King, presidente Asociación Internacional de Consumidores y Usuarios de Seguros (AINCUS), *"De las 52 asociaciones de consumidores registradas sólo 12 están en esa condición, de ellas no más de cinco han recibido en años anteriores un porcentaje de las multas de las denuncias que promovieron"*¹²⁰. Cuando refiere en esta condición hace alusión a las asociaciones de consumidores que cuentan con un convenio de cooperación con el INDECOPI.

Por lo tanto, queda claro que cinco asociaciones de consumidores no representan ni pueden defender los problemas de millones de consumidores que se producen anualmente, una vez más nuestro derecho no presenta medidas efectivas de incentivo para protección del consumidor.

Comparando la participación en el porcentaje de las multas a favor de las asociaciones de consumo, con la institución de los daños punitivos, advertimos que la principal diferencia radica en que el dinero de la multa no tiene un fin privado sino público, ya que este sólo puede ser destinado a fines de protección y defensa del consumidor a tenor de lo señalado en el artículo 156.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

8.2. CLAUSULA PENAL

Respecto de la figura analizada la normatividad vigente del Código Civil nos dice que se trata de una sanción establecida de forma convencional, entiéndase una obligación de dar, hacer o no hacer que será de cargo de la parte que incumplió alguna obligación pactada en una relación contractual sometida a esta consecuencia.

¹²⁰ Posición de las Asociación de Consumidores sobre Reparto de Multas del Indecopi [página principal en Internet] Perú: Gestion; c2017 [citado 20178 dic 12] [aprox. 2 pantallas]. Disponible en: (<https://gestion.pe/economia/posicion-asociacion-consumidores-reparto-multas-indecopi-138360>).

Como puede apreciarse la pena o sanción en este caso va a nacer del acuerdo de voluntades respaldado en el mandato legal contenido en el artículo 1341 del Código Civil, se deja sentada la posibilidad del origen de penas establecidas de forma unilateral, para ello basta con citar a Felipe Osterling Parodi que refiere:

“...Por nuestra parte, no encontramos inconvenientes teóricos ni prácticos para entender que las penalidades también pueden ser impuestas por actos de voluntad unilateral generadores de obligaciones. Para ello, bastaría con citar un ejemplo.”

“Una persona otorga testamento. En él establece un legado en favor de un eventual legatario determinado. Muerto el testador y conocido el contenido de su declaración de última voluntad, el legatario decide convertirse en tal, aceptando el legado. Dicho legado consiste en la propiedad de un inmueble muy valioso. Pero él se halla con la imposición de un cargo, el mismo que consiste en que el legatario acepte colocar todos los días un ramo de rosas rojas sobre la tumba de la madre del causante-testador.”

“En el testamento también se incluyó una disposición a través de la cual el causante establecía que por cada día que el legatario no cumpliera con poner las citadas flores, debería cumplir con pagar a una institución de caridad la suma de cien dólares de los Estados Unidos de América.”¹²¹.

Lo interesante es que nuestra legislación acepta la posibilidad de establecer sanciones, para el presente caso penas en contra de la parte contractual que incumplió con su obligación. En efecto nos encontramos ante una sanción cuando en un primer momento se presenta un supuesto de tipo coercitivo, que amenaza con la posibilidad de privar a alguien de algo, siendo una autoridad judicial la que eventualmente podrá materializar coactivamente la coerción ante la verificación de una conducta establecida de forma expresa y previa.

En este punto habiendo comprendiendo el concepto y objeto de la cláusula penal, es necesario para comparar esta figura con la investigación establecer las

¹²¹ CASTILLO FM. Óp. Cit. p. 2507.

funciones de las cláusulas penales, al respecto en la doctrina se reconocen hasta tres funciones una compulsiva, otra compensatoria y finalmente una punitiva.

8.2.1. FUNCIONES:

8.2.1.1. FUNCIÓN COMPULSIVA:

De las tres funciones esta es la principal, dado que, lo que se busca es lograr la efectividad de las prestaciones contenidas en un contrato, en otras palabras, que se cumpla lo acordado y es justamente la idea central prevenir el incumplimiento de los acuerdos, por ello es importante conocer a las partes y sus intereses en relación con el acto obligacional para establecer una cláusula penal que sin ser abusiva se presente como compulsiva a las partes.

En efecto la parte obligada reflexionará sobre su conducta y ante la posibilidad de la aplicación de la pena buscará ejecutar su prestación. No debe confundirse con una garantía que reviste un contexto distinto.

8.2.1.2. FUNCIÓN INDEMNIZATORIA:

A tenor del artículo 1341 y 1342 del Código Civil la penalidad tiene por objeto limitar el resarcimiento de daños y perjuicios a la pena acordada, en otras palabras, no se discutirá la existencia o no de daño emergente, lucro cesante, daño moral entre otros, simplemente se verificará el incumplimiento previsto y aplicará la sanción establecida en el contrato.

Ante ello es importante tomar en cuenta que existe responsabilidad en determinar el monto de la penalidad, puesto que de resultar esa diminuta en comparación con los daños causados, no se podrá solicitar judicialmente el incremento de la pena, dado que esta nació de un pacto previo de las partes.

De forma contraria la pena si puede ser objeto de reducción, sólo en los casos previstos en el artículo 1346 del Código Civil:

- a) El juez advierta un manifiesto exceso de la penalidad, entendemos que linde con un abuso de derecho el monto estipulado.
- b) Cuando la obligación ha sido cumplida en parte

- c) Cuando la obligación se cumplió de forma total, pero de manera irregular.

8.2.1.3. FUNCIÓN PUNITIVA:

Los doctores Castillo Freyre y Osterlign Parodi, con toda precisión y simplicidad con relación a esta función señalan: *“Afirmamos que la finalidad punitiva de la cláusula penal siempre estará presente, sea en un caso o en el otro, pero se apreciará con mayor nitidez su carácter sancionatorio cuando ella guarde desproporción, por exceso, con la prestación incumplida.”*¹²².

En este orden de ideas la penalidad tendrá función punitiva cuando el monto pactado por estas supere el valor de los daños y perjuicios causados, pero a la vez no debe resultar un exceso manifiesto.

8.2.2. RELACIÓN CON LOS DAÑOS PUNITIVOS:

En este punto luego de recordar las funciones de la cláusula penal observamos que su función no sólo es indemnizatoria, sino también punitiva y es justamente en este punto donde encontramos el punto de enlace, dado que, ya hemos definido que los punitive damage no es una indemnización sino una sanción en sí misma, que es justamente lo que sucede con las penalidades en los casos que los montos atribuidos excedan al perjuicio.

Por ejemplo, en los contratos de arrendamiento celebrados por una mensualidad de S/ 3000.00 Soles, se puede pactar una penalidad por cada día en la demora de la entrega del inmueble, sea al vencimiento del contrato o ante la resolución del contrato y consecuente solicitud de entrega, ello por el monto de S/ 150.00 Soles diarios.

Bajo este contexto se determina que el perjuicio, que por todo contexto se puede causar al arrendador es de S/ 120.00 Soles diarios, en este supuesto fáctico los S/ 30.00 Soles de diferencia no tiene una finalidad indemnizatoria sino punitiva y

¹²² Osterling PF. La funcionalidad de la Cláusula Penal. Revista Ius et Praxis de la Facultad de Derecho PUCP. 2016;(47):36.

es justamente en este extremo donde podemos apreciar que nuestro sistema legal ya permite y aplica la imposición de sanciones o penas de tipo privada, dado que, el cobro reclamado será destinado a favor del arrendatario y no al Estado.

En consecuencia, las similitudes se encuentran en la funcionalidad punitiva o sancionatoria y en el destino de la sanción a los particulares, nótese que la pena nace incluso como reiteramos de la voluntad de las partes.

8.3. MULTAS CIVILES POR DESPIDO ARBITRARIO

No puede pasar desapercibido a este estudio lo señalado en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, específicamente con lo relacionado al tercer extremo sobre indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulento y despido incausado, jurisprudencia vinculante a través de la cual se produce la primera introducción formal de los daños punitivos a nuestro país.

Al respecto el pleno señala: *“...Asimismo, resulta pertinente que el Juez analice además de los criterios clásicos de los daños, es decir, lucro cesante, daño emergente y daño moral; el tema relativo a los daños punitivos. Como se conoce el propósito general de las acciones indemnizatorias es reparar el perjuicio causado al demandante, pero a diferencia de ello, los daños punitivos tienen como propósito castigar a quien produce un daño y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina”*.

123.

Inclusive se precisa que los daños punitivos no se aplicarán a todos los tipos de despidos que se produzcan como en el caso del despido arbitrario, sino solamente al despido fraudulento y al despido incausado, fundamentando esta decisión en la conducta vejatoria o dolosa con la que el trabajador actúa.

¹²³ Fallo [página principal en Internet] Perú: Poder Judicial; c2017 [citado 2018 Feb 02] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/img_bol08/Jurisprudencia_Nro_1050_04-08-2017.pdf.

Recalca la resolución un criterio compartido al referir que los daños punitivos son siempre accesorios, esto es, requiriendo la presencia de un daño esencial es decir de una sentencia que establezca los daños y perjuicios como pretensión principal en la demanda.

Hasta este punto compartimos los argumentos vertidos en el pleno, el punto de diferencia que consideramos delicado inicia cuando cita: *“...Es importante tener presente que nuestro ordenamiento no regula en forma expresa los daños punitivos, sin embargo, la aplicación de esta institución jurídica se puede realizar por una aplicación extensiva de los daños morales y tal como hemos señalado en forma accesoria al daño principal causado y reclamado.”*

Increíblemente la Corte Suprema olvidando ideas básicas de interpretación normativa y principios generales del derecho refiere que efectuando una aplicación extensiva de los daños morales se puede ingresar esta institución en nuestro ordenamiento jurídico, lo afirmado es errado por los siguientes motivos:

- a) En primer lugar, el argumento es contradictorio en sí mismo, dado que, los magistrados inician el correlato afirmando que los daños punitivos son distintos al daño moral, porque este último busca resarcir, en cambio el punitivo busca sancionar, para luego en contra sentido afirmar que los daños punitivos no son diferentes ya que se les puede aplicar extensivamente al daño moral.
- b) En segundo lugar, toda pena debe cumplir con el principio de legalidad, es decir que debe estar establecida con toda precisión en el ordenamiento legal, en efecto, nadie puede ser penado por una conducta que no esté establecida con toda precisión al momento de producirse el hecho antijurídico.
- c) En tercer lugar, las normas que restringen derechos no pueden ser aplicadas de por analogía o de forma extensiva.

Finalmente se refiere que los daños punitivos por su carácter sancionador no requieren ser demandados, afirmación que considero va en contra de la garantía constitucional del debido proceso, afectado específicamente el derecho de defensa del demandado.

En este orden, en contra de lo afirmado por la Corte Suprema estimo que es necesario cumplir con el principio de iniciativa de parte y esta sanción debe ser solicitada expresamente en la demanda o como mínimo ser fijada como punto de controversia en la litis, en efecto, el mismo carácter sancionatorio exige cumplir con un procedimiento previo, no olvidemos como referencia al derecho administrativo, en el que toda sanción requiere ineludiblemente del inicio de un procedimiento sancionador, en el que se informa oportunamente al administrado, cual es la conducta infractora que se le atribuye, la posible pena a aplicársele, así como se le otorga la posibilidad de defenderse e inclusive alegar supuestos eximentes o atenuantes en relación con la posible pena.

Estimamos que debe aplicarse el principio de reserva previsto en el artículo 2 inciso 24, literal d, de la Constitución, al referir que: *“nadie puede ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.”* En efecto la aplicación de los daños punitivos requiere necesariamente de una regulación normativa positiva previa para lograr su aplicación.

9.- SUPUESTOS NORMATIVOS MÍNIMOS DE REGULACIÓN Y CONSTITUCIONALIDAD.

9.1. SUPUESTOS NORMATIVOS

9.1.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Conforme a lo propuesto en la investigación y estando a lo novedoso de esta figura en la legislación peruana, se propone que los daños punitivos o multa civil sean aplicados inicialmente en el ámbito del derecho comercial, específicamente

en las relaciones de consumo, que son objeto de regulación en el Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley 29571.

Por tanto, como supuesto de hecho obligatorio, es necesario que el suceso dañoso susceptible de condena a daños punitivos sea uno generado en una relación jurídica generada entre un proveedor y un consumidor o usuario. Entendido esto podemos afirmar que los daños punitivos no se pueden producir en el caso de relaciones extracontractuales, dado que, como reitero el contrato de consumo es requisito previo ineludible.

9.1.2. ÓRGANO COMPETENTE

Se ha referido en más de una oportunidad que la multa civil es accesoria a la imposición de daños y perjuicios, en efecto debe existir como requisito previo demanda de responsabilidad civil contractual, que haya amparado esta pretensión la cual sirve de base para la imposición de la multa.

Al quedar claro que se requiere un fallo judicial previo que se pronuncie sobre la existencia de daños, resulta lógico que la multa civil sólo puede ser impuesta en la vía judicial, es decir, se requiere la intervención de un Juez, que en este caso será el mismo que sea competente por materia, grado, cuantía y turno, para conocer la pretensión principal de indemnización.

En cuanto a la aplicación de la multa a nivel arbitral, en caso el contrato de consumo pacte la posibilidad de un arbitraje para solucionar cualquier conflicto, consideramos que, al ser una figura novedosa, la misma debe entrar en un primer momento a debate judicial, para que la práctica judicial se puedan entender los alcances, implicancias, consecuencias de su utilización, así como la práctica definirá los criterios adecuados de proporcionalidad para la aplicación del monto de la pena en Perú. Una vez que el instituto propuesto logre una consolidación en nuestro país se podrá ampliar el uso de esta figura a la vía arbitral.

Al respecto el doctor Chamatropulos refiere: *“...Desde nuestro punto de vista, si bien ni el artículo 52 bis ni los preceptos proyectados anteriormente hablan de la*

posibilidad de que árbitros impongan estas sanciones, esta posibilidad no puede excluirse bajo ninguna razón. Es que la existencia de esta eventualidad tiene como fundamentos el principio general de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1197 del Código Civil.”¹²⁴.

Con lo señalado no deseo se entienda, que en los casos en que se pacte un arbitraje no podrá demandarse judicialmente los daños punitivos, al respecto considero que no existiría impedimento alguno para que una vez obtenido un laudo arbitral firme que ordena al proveedor el pago de una reparación a favor del consumidor, este laudo pueda ser utilizado como base, para que judicialmente se establezca la multa civil conforme a los hechos acreditados.

Finalmente, al ser indispensable un fallo de condena de responsabilidad civil contractual, queda claro que los daños punitivos no podrán ser impuestos en sede administrativa, dado que, los estudios de la legislación del consumidor han verificado que en la instancia administrativa no se puede determinar la existencia de indemnizaciones a favor del consumidor, por tanto, con mayor razón no podrá aplicarse los daños punitivos.

9.1.3. TIPO DE SANCIÓN:

La doctrina en esencia establece que los daños punitivos pueden establecerse no sólo en la entrega de sumas de dinero, sino también se habla de la posibilidad de aplicar esta figura a través de obligaciones de hacer o no hacer o eventualmente en la entrega de un bien cierto o incierto, como el caso de obligar a un proveedor como daño punitivo a cambiar totalmente un vehículo nuevo, que presenta varios desperfectos de fábrica a pesar de haber reparado los daños.

En el presente caso se propone la aplicación de la pena a través del pago de sumas de dinero, multas que inicialmente proponemos tenga como límite máximo la cantidad de 450 U.I.T. que es la pena máxima imponible a un proveedor, conforme al artículo 110 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

¹²⁴ Chamatropulos DA. Óp. Cit, p. 193.

Eventualmente en un desarrollo doctrinario y posterior desarrollo legal de esta figura en nuestro país, se podrán aplicar otro tipo de sanciones como no hacer o hacer.

Para poder determinar el monto de la multa es necesario al igual que en el procedimiento administrativo sancionador tomar en cuenta criterios de gradualidad que han sido resaltados en esta investigación al analizar varias sentencias de daños punitivos, ante ello podemos referir que los principales criterios serían:

- a) La gravedad de los daños causados.
- b) Ganancias que obtuvo o pudo obtener el proveedor.
- c) La búsqueda o no de una solución por el proveedor.
- d) La probabilidad de sancionar por los daños ocasionados al proveedor.
- e) La conducta mostrada por el proveedor al conocer el hecho dañoso.
- f) Capacidad económica del proveedor.
- g) Posición del proveedor en el mercado.
- h) El impacto social de la conducta dañosa del proveedor.
- i) La cantidad de personas afectadas con la conducta dañosa.
- j) La reincidencia de la conducta dañosa.

En referencia a la gradualidad Leonaro Urriti al redactar un artículo denominado Daños Punitivos: La Validez del Instituto en el Derecho Privado Argentino, expone otras posibles criterios para determinar el monto de la pena al referir: *“...Desde el enfoque del Análisis Económico del Derecho, puede observarse un estudio de gran interés, realizado por Matías Irigoyen Testa, quién luego de plantear la procedencia de los daños punitivos como una herramienta frente a la producción de daños ineficientes —vale decir aquellos en donde la valuación monetaria del daño esperado (cuantía del daño por probabilidad de su desarrollo) es mayor que el importe necesario para prevenirlo— adopta como pautas de cuantificación, entre otras, la probabilidad de reclamo efectivo por las víctimas, la probabilidad de condena por daños compensatorios y la probabilidad de condena por daños punitivos, lo que arrojaría la “responsabilidad esperada”*

*respecto del dañador en cada caso concreto, arrojando la medida del incentivo hacia niveles óptimos de precaución del daño y evitación de daños ineficientes. Estas pautas permiten evaluar la especulación del autor con la baja probabilidad de ser condenado por el valor total del daño y tienden a generar la internalización de los costos por la actividad...*¹²⁵.

9.1.4. SUJETO PASIVO DE LA MULTA

En este caso estamos ante un proveedor cuya conducta es contraria a los deberes que conducen a las partes en una relación contractual, específicamente porque su conducta causa perjuicio por el dolo o con culpa grave con el que procede.

En ese mismo sentido Javier Carrascosa González catedrático de la Universidad de Murcia en España, al analizar la figura en comentario en su artículo denominado Daños Punitivos. Aspectos de Derecho Internacional Privado Europeo y Español, señala: “...*En los Derechos de los países anglosajones que admiten los daños punitivos, éstos tienen la función primordial de castigar conductas, hechos, actos y comportamientos particularmente graves: dolo de los particulares, intención de hacer sufrir al perjudicado, negligencia inexcusable del infractor, conducta malvada del responsable del daño, indiferencia del infractor hacia el sufrimiento del perjudicado provocado por el mismo infractor, y otras conductas similares que merecen el más riguroso reproche jurídico y moral...*”¹²⁶.

En otras palabras, estamos ante un proveedor indiferente de los derechos de sus consumidores, a quien le importa por ejemplo más obtener un beneficio económico que invertir en establecer estándares de calidad que permitan brindar un servicio ideal, de la misma forma estamos proveedores que a pesar de conocer su conducta infractora y tener conocimiento que el consumidor reclama

¹²⁵ Daños Punitivos [página principal en Internet] Argentina: Urruti; c2014 [citado 2018 Feb 02] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en:

(https://www.derechoycambiosocial.com/revista035/DANOS_PUNITIVOS.pdf).

¹²⁶ Daños Punitivos. Aspectos de Derecho Internacional Privado Europeo y Español [página principal en Internet] España: Carrascosa; c2013 [citado 2018 Feb 07] [aprox. 5 pantallas]. Disponible en: (http://www.accursio.com/private/uploads/111_UMU_Punitive_Damages_by_J_Carrascosa.pdf).

una solución no efectúan ninguna actividad para aliviar el malestar causado, buscando en el derrotero del tiempo el desistimiento del consumidor o estamos ante proveedores que luego de realizar un análisis de costo beneficio, entiende que económicamente recibirán más ingresos causando daños y reparándolos, que evitándolos.

9.1.5. DESTINO PRIVADO DE LA MULTA

Al respecto el citado autor Javier Carrascosa González refiere: *“...No obstante, parece claro que, desde el punto de vista del Derecho español, los daños punitivos presentan un carácter civil y no penal 12. Varios argumentos permiten mantener esta tesis: (a) Presentan un carácter rogado: los daños punitivos hay que solicitarlos, pues el tribunal no los concede nunca de oficio; (b) Se trata de indemnizaciones que no percibe el Estado, sino los particulares que han sufrido el perjuicio...”*¹²⁷.

Conforme a lo señalado por el jurista español, postura que compartimos, los daños punitivos presentan una de sus principales atractivos e incentivos, en el destino de la multa, el que es dirigido a favor de los particulares y no del Estado. En el caso concreto de la legislación norteamericana y argentina la multa es dirigida a favor del demandante, que entendemos es agraviado.

Consideramos este un punto fuerte del instituto, dado que, está probado estadísticamente la falta de actuación de oficio del INDECOPI para resolver los agravios producidos en los consumidores, como también hemos probado del análisis legal efectuado en el primer capítulo que nuestra legislación no aporta incentivos reales al consumidor para embarcarse en la costosa defensa de sus derechos a nivel administrativo y judicial.

9.2. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PROPUESTA

La correlación entre los daños punitivos y los preceptos contenidos en la Constitución Política del Perú de 1993 será positiva en la medida que al

¹²⁷ Idem.

efectuarse la propuesta normativa para su regulación se establezca una adecuada descripción del hecho generador del daño.

El jurista argentino Sebastián Picasso, uno de los principales detractores de esta institución, utiliza como principal argumento en contra de los daños punitivos, que estos violan el principio de reserva, dado que, según su postura para poder aplicar la sanción es necesario que la conducta punible este detallada con toda precisión y no basta para este autor una referencia genérica o abierta.

La citada crítica no es la única en plasmarse, dado que, Picasso en su artículo denominado “Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación” refiere que existen otras falencias las que se pasan a detallar: “...*En anteriores trabajos, hemos señalado que esta norma es inconstitucional, por cuanto: 1) se contenta con el mero incumplimiento del proveedor para la procedencia de los "daños punitivos", lo que lesiona el principio de culpabilidad que rige la imposición de sanciones de naturaleza penal; 2) no tipifica adecuadamente la conducta reprimida, ni los criterios que deben tenerse en cuenta para graduar la pena; 3) consagra la responsabilidad solidaria de todos los proveedores incumplidores, con lo que se viola una vez más el principio de culpabilidad; 4) dispone que la pena es percibida por la víctima, lo que lesiona el principio de igualdad ante la ley (porque, una vez indemnizado, el dañado no tiene ningún título particular que justifique que sea él, y no cualquier otra persona, el beneficiario del monto de una multa que viene a sancionar una conducta socialmente reprobable...*”¹²⁸.

9.2.1. CULPABILIDAD:

En referencia a los argumentos expuestos estamos de acuerdo que el mero incumplimiento de un contrato originado en una relación de consumo no originará los daños punitivos, en ese caso estamos estrictamente en el campo del derecho de reparaciones tradicional, al respecto la misma jurisprudencia argentina citada

¹²⁸ Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación [página principal en Internet] Argentina: Picasso; c2015 [citado 2018 Feb 09] [aprox. 5 pantallas]. Disponible en: (<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/Las-funciones-del-derecho-de-da%C3%B1os-por-Picasso.pdf>).

a lo largo de esta investigación es unánime en afirmar que no cualquier incumplimiento generará una multa punitiva sino se requiere que la actuación del proveedor sea dolosa o responda a una conducta culposa grave que linde inclusive con el dolo, en otras palabras reviste gran importancia el factor de atribución.

En efecto basta con revisar una parte del fallo emitido por la Sexta Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Argentina, al pronunciarse del caso Sebastian Raspandi contra AMX Argentina, indicó: *“..Los daños punitivos sólo proceden de manera excepcional, y deben ser empleados con prudencia frente a una plataforma fáctica que evidencie claramente, no sólo una prestación defectuosa del servicio, sino también una intencionalidad de obtener provecho económico del accionar antijurídico, aun teniendo que pagar indemnizaciones, por lo que resulta necesario que alguien haya experimentado un daño injusto y que exista una grave inconducta, o que se haya causado un daño obrando con malicia, mala fe, grosera negligencia. Su procedencia requiere un elemento subjetivo que se identifica con una negligencia grosera, temeraria, con una conducta cercana a la malicia.”*¹²⁹.

9.2.2. TIPIFICACIÓN:

Al ser una conducta antijurídica que se produce y sanciona en el campo civil consideramos que la conducta no requiere estar plasmada con toda precisión como si sucede en el derecho penal, en efecto la normatividad, debe precisar sólo parámetros claros dentro de los cuales el juez aplicará su discrecionalidad, en base a criterios de proporcionalidad de la pena.

En esta misma línea de interpretación Chamatropulos refiere: *“...El fundamento es que resultaría una tarea faraónica tipificar cada uno de los ilícitos civiles que podrías existir. Por lo demás, prácticamente todas las normas que autorizan la*

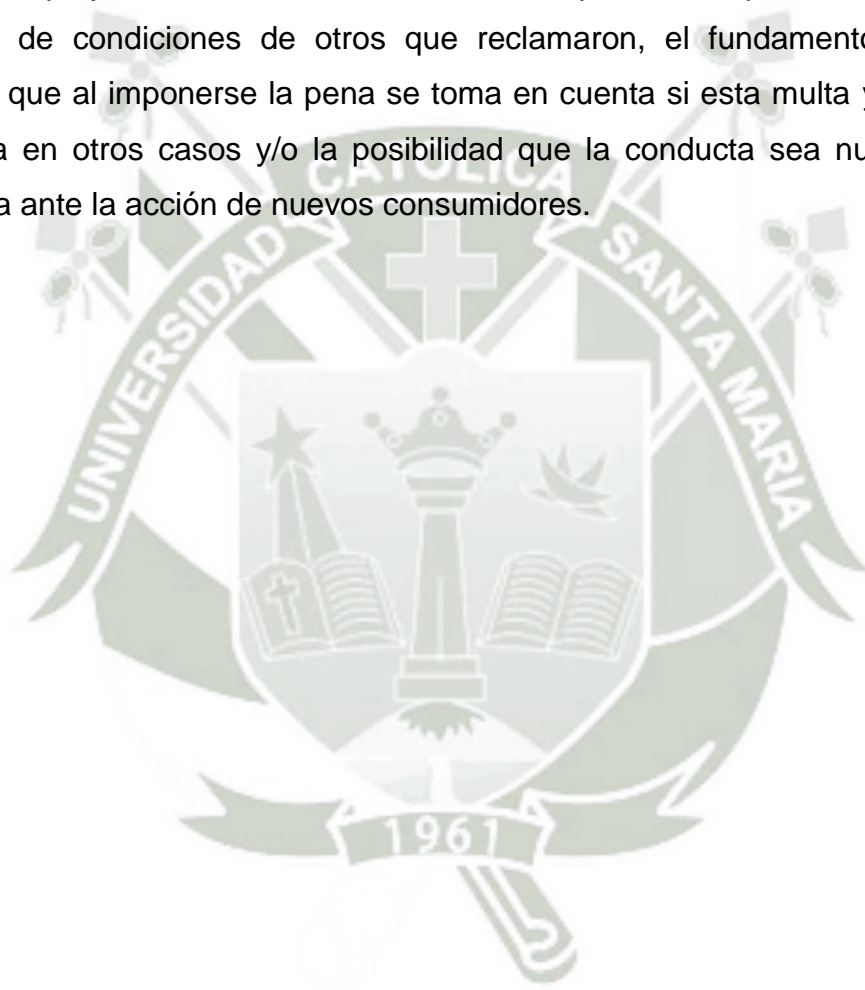
¹²⁹ Daños Punitivos, Defensa del Consumidor [página principal en Internet] Argentina: Poder Judicial; c2015 [citado 2018 Feb 19] [aprox. 3 pantallas]. Disponible en: (<http://www.saij.gob.ar/danos-punitivos-defensa-consumidor-sur0022157/123456789-0abc-defg7512-200rsoiramus>).

aplicación de penas privadas le dan al juez ese margen de libertad del que hablamos...”¹³⁰.

9.2.3. CARÁCTER PRIVADO:

Finalmente considero que no se afecta el principio de igualdad ante la ley al beneficiar a los demandantes con la multa impuesta, dado que, la legitimidad de la acción a interponerse nace de la regulación normativa a efectuarse.

Recuérdese que el inicio y amparo de esta pretensión no evita que otros sujetos igualmente perjudicados accionen en contra del proveedor quienes estarán en igualdad de condiciones de otros que reclamaron, el fundamento está en recordar que al imponerse la pena se toma en cuenta si esta multa ya ha sido impuesta en otros casos y/o la posibilidad que la conducta sea nuevamente reprimida ante la acción de nuevos consumidores.



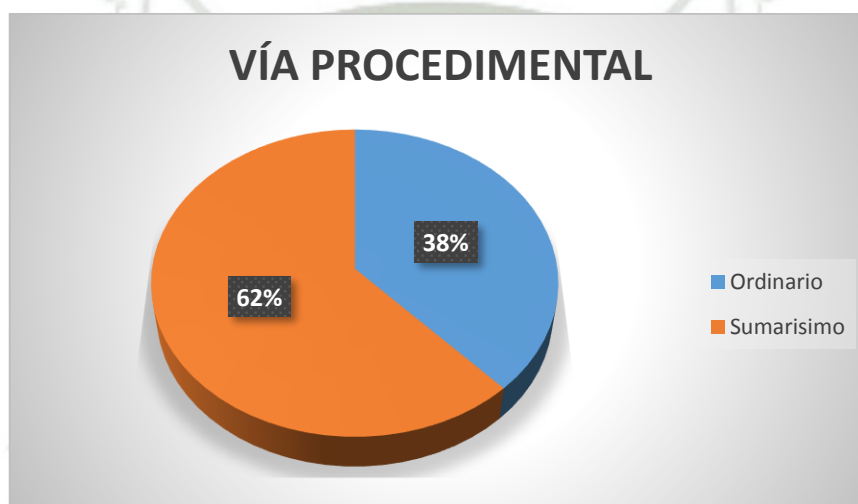
¹³⁰ Chamatropulos DA. Óp. Cit, p. 171.



CUADRO No. 01

**CANTIDAD DE DENUNCIAS TRAMITADAS EN LA VÍA DEL
PROCEDIMIENTO ORDINARIO Y SUMARÍSIMO**

OPCIÓN	CANTIDAD	PORCENTAJE
ORDINARIO	51	38%
SUMARÍSIMO	83	62%
TOTAL	134	100 %



Interpretación:

Se puede apreciar que el 38% de las denuncias formuladas por los consumidores ingresan para su trámite como procedimiento ordinario y la mayoría, es decir, un 62% se ingresan para el trámite del procedimiento sumarísimo.

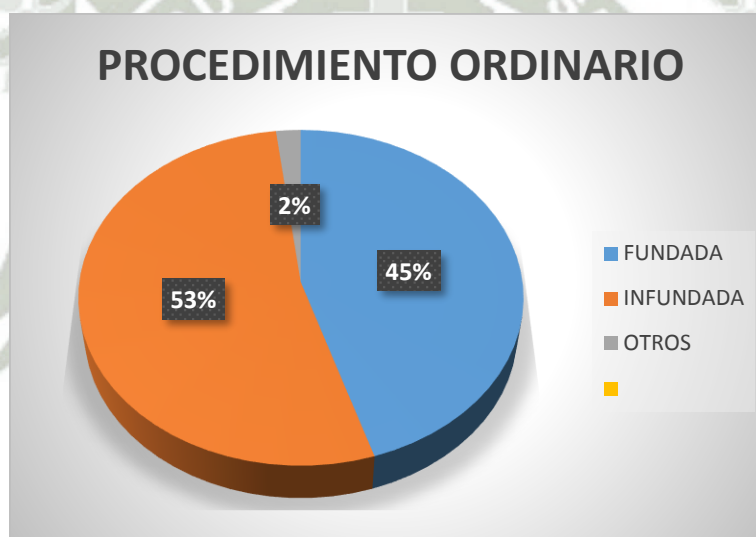
Los resultados obtenidos demuestran que la mayor parte de consumidores recurren a la vía sumarísima y ello se debe a que sólo pueden tramitarse en esta vía infracciones en los casos que el producto, servicio u oferta cuestionado no supere las 3 U.I.T. o por infracciones a requerimiento de información, entre otros.

CUADRO No. 02

**RESULTADO FINAL EN DENUNCIAS TRAMITADAS COMO
PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS**

OPCIÓN	CANTIDAD	PORCENTAJE
FUNDADA	23	45%
INFUNDADA	27	53%
OTROS*	1	2%
TOTAL	51	100 %

- Otros: Incluye procedimientos terminados por desistimiento o acuerdo extra proceso de las partes.



Interpretación:

La muestra analizada de procesos ordinarios fue de un total de 51 expedientes de los cuales el 45% obtuvieron una resolución a favor, sea en todas las infracciones denunciadas o sólo en una parte, la mayoría de los casos es decir el 53% obtuvieron una resolución contraria, dado que las denuncias fueron declaradas improcedentes de plano, por ejemplo, al carecer de interés para obrar, o fueron declaradas infundadas al momento de emitirse la resolución final,

en parte ello es reflejo de la falta de intervención de un abogado en la elaboración de la denuncia.

Sólo el 2% de los casos son procedimientos concluidos por desistimiento del denunciante, por acuerdo conciliatorio, o podría ser también a través de transacción fuera del procedimiento.

Lo preocupante es que sólo el 45% de los consumidores que se sienten afectados en sus derechos obtienen una resolución a su favor.



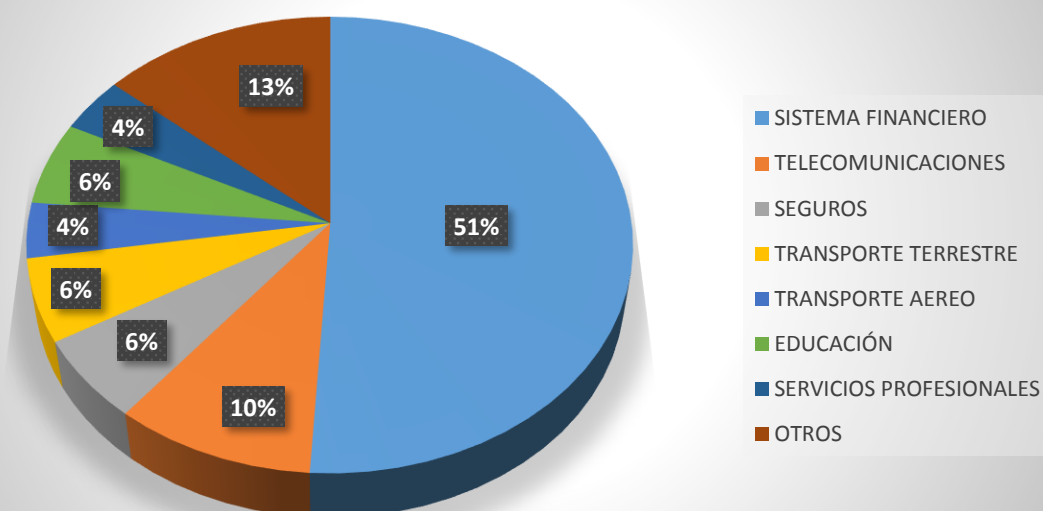
CUADRO No. 03

MATERIAS OBJETO DE RECLAMO EN PROCEDIMIENTO ORDINARIO

MATERIA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SISTEMA FINANCIERO	26	51%
TELECOMUNICACIONES	5	10%
SEGUROS	3	6%
TRANSPORTE TERRESTRE	3	6%
TRANSPORTE AÉREO	2	4%
EDUCACIÓN	3	6%
SERVICIOS PROFESIONALES	2	4%
OTROS*	7	13%
TOTAL	51	100 %

- Otros: Incluye tiendas por departamentos, construcción, supermercados, servicios de salud, reparación de vehículos, agencias de viaje.

ORDINARIO - MATERIAS DENUNCIADAS



Interpretación:

Se puede apreciar que de los 51 expedientes revisados que se tramitan en la vía del procedimiento ordinario, la mayor parte de las denuncias, es decir, el 51% están relacionadas con servicios prestados por entidades del sistema financiero, en este caso estamos ante problemas como cobros indebidos en tarjetas de crédito, aplicación de intereses no pactados, falta de remisión de estados de cuenta, entre otros, por tanto, el sector financiero es el que principalmente marca el objeto de infracciones, existiendo una amplia diferencia con otros tipos de servicio o productos.

En un segundo lugar se encuentra el mercado de las telecomunicaciones, abarcando el 10% de las denuncias, en este caso estamos ante empresas infractoras como Claro, Movistar, Entel, centrándose los reclamos principalmente en cobros indebidos en la facturación.

En tercer lugar, están las denuncias en contra de aseguradoras, que representa el 6% de las denuncias, en estos casos los reclamos se centran principalmente en que aseguradoras como Rimac no cumple con el pago de las pólizas, ante la verificación de un siniestro.

En cuarto y quinto lugar están las infracciones por servicios de transporte terrestre y educación, cada uno con un 6% de los resultados, los problemas advertidos en transporte son por pérdida de mercancía, salida del transporte fuera de la hora programada y en el sector educación, es por cobros indebidos de APAFA y porque las instituciones ofrecen servicios que no brindan en la práctica.

En sexto y séptimo lugar están los servicios de transporte aéreo y servicios profesionales, principalmente en aspectos de salud, cada uno de estos casos se encuentra con el 4% de la muestra.

En otros que representan el 13% se encuentran una serie de sectores que sólo presentaban una denuncia cada sector, como en la venta de departamentos, construcción de viviendas, supermercados, servicios de salud, reparación de vehículos, agencias de viaje.

CUADRO No. 04

PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS TIEMPO DE TRÁMITE

OPCIÓN	CANTIDAD	PORCENTAJE
6 MESES	9	18%
6 MESES A 1 AÑO	36	70%
MAYOR 1 AÑO	6	12%
TOTAL	51	100 %



Interpretación:

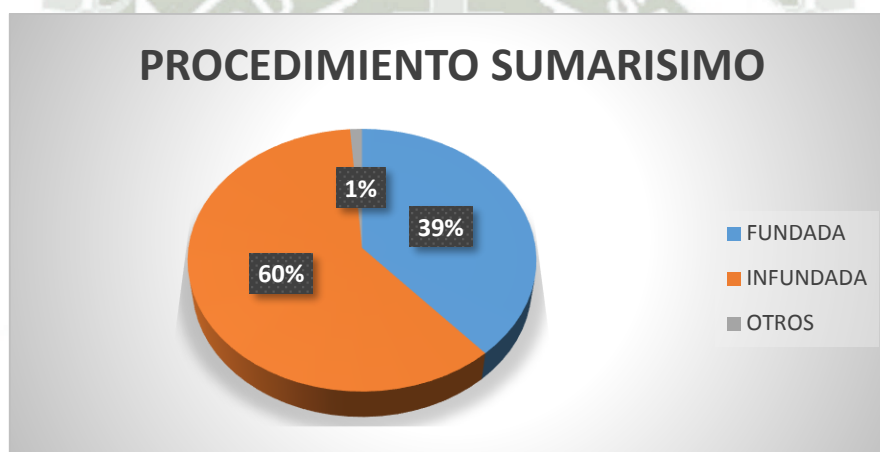
Conforme a ley el procedimiento ordinario no debe durar más de 120 días hábiles, que en días naturales representa aproximadamente 6 meses, de las 51 denuncias revisadas, se aprecia que sólo el 18% de las denuncias cumplen con el plazo previsto en ley, en cambio el 70% exceden este plazo llegando inclusive hasta un año de tramitación, en muy pocos casos es decir el 12% los procedimientos superar el año de tramitación.

CUADRO No. 05

**RESULTADO FINAL EN DENUNCIAS TRAMITADAS COMO
PROCEDIMIENTOS SUMARÍSIMOS**

OPCIÓN	CANTIDAD	PORCENTAJE
FUNDADA	32	39%
INFUNDADA	50	60%
OTROS*	1	1%
TOTAL	83	100 %

- Otros: Incluye procedimientos terminados por desistimiento o acuerdo extra proceso de las partes.



Interpretación:

La muestra analizada de procesos ordinarios fue de un total de 83 expedientes de los cuales sólo el 39% obtuvieron una resolución a favor, sea en todas las infracciones denunciadas o sólo en una parte, la mayoría de los casos es decir el 60% obtuvieron una resolución contraria, dado que las denuncias fueron declaradas improcedentes de plano o fueron declaradas infundadas al momento de emitirse la resolución final. Sólo el 1% de los casos son procedimientos concluidos por transacción fuera del procedimiento.

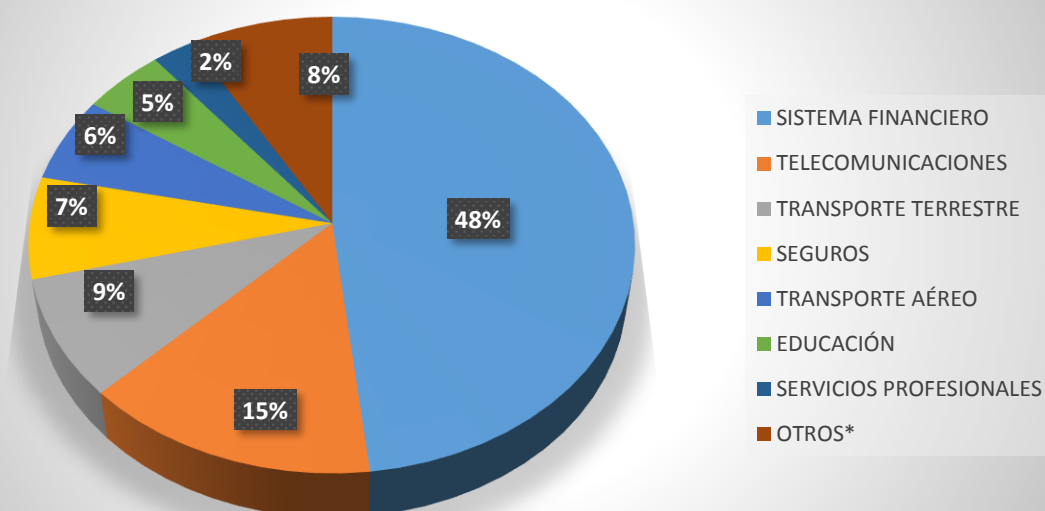
CUADRO No. 06

MATERIAS OBJETO DE RECLAMO EN PROCEDIMIENTO SUMARÍSIMO

MATERIA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SISTEMA FINANCIERO	40	48%
TELECOMUNICACIONES	12	15%
TRANSPORTE TERRESTRE	7	9%
SEGUROS	6	7%
TRANSPORTE AÉREO	5	6%
EDUCACIÓN	4	5%
SERVICIOS PROFESIONALES	2	2%
OTROS*	7	8%
TOTAL	83	100 %

- Otros: Incluye tiendas por departamentos, construcción, supermercados, servicios de salud, reparación de vehículos, agencias de viaje.

SUMARISIMO - MATERIAS DENUNCIADAS



Interpretación:

De los 83 expedientes revisados que se tramitan en la vía del procedimiento sumarísimo, la mayor parte de las denuncias, es decir, el 48% están relacionadas con servicios prestados por entidades del sistema financiero, en este caso estamos ante problemas como cobros indebidos en tarjetas de crédito, aplicación de intereses no pactados, falta de remisión de estados de cuenta, entre otros

En un segundo lugar se encuentra el mercado de las telecomunicaciones, abarcando el 15% de las denuncias, en este caso estamos ante empresas infractoras como Claro, Movistar, Entel, centrándose los reclamos principalmente en cobros indebidos en la facturación.

En tercer lugar, están las denuncias en contra de servicios de transporte terrestre con un 9%.

En cuarto lugar, las aseguradoras, que representa el 7% de las denuncias, en estos casos los reclamos se centran en que aseguradoras como Rimac que no cumplen con remitir el contrato de seguro e informar debidamente las condiciones de contratación.

En quinto lugar, están los servicios de transporte aéreo que se encuentran con el 6% de la muestra.

En sexto lugar las infracciones por educación, cada uno con un 5% de los resultados.

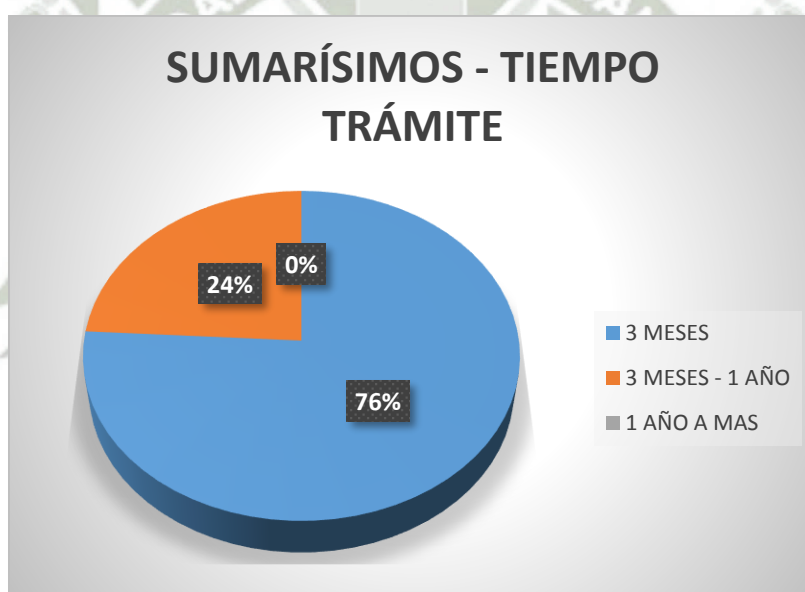
En séptimo lugar están las infracciones por servicios profesionales con un 2%.

En otros que representan el 7% se encuentran una serie de sectores que sólo presentaban una denuncia cada sector, como en supermercados, servicios de salud, vehículos, agencias de viaje.

CUADRO No. 07

PROCEDIMIENTO SUMARÍSIMO TIEMPO DE TRÁMITE

OPCIÓN	CANTIDAD	PORCENTAJE
4 MESES	63	76%
4 MESES A 1 AÑO	20	24%
MAYOR 1 AÑO	0	0%
TOTAL	83	100 %



Interpretación:

Conforme a ley el procedimiento ordinario no debe durar más de 30 días hábiles, que en días naturales representa aproximadamente 42 días calendarios, de las 83 denuncias revisadas, se aprecia que el 76% de las denuncias se tramitan dentro de los 4 primeros meses, en cambio el 24% exceden este plazo, en ningún caso de los revisados los procedimientos superar el año de tramitación.

CUADRO No. 08

**PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS Y SUMARÍSIMOS QUE ORIGINARON
LIQUIDACIÓN DE COSTAS Y COSTOS**

OPCIÓN	CANTIDAD	PORCENTAJE
LIQUIDARON	6	11%
NO LIQUIDARON	49	89%
TOTAL	55*	100

* Se toman en cuenta sólo denuncias con resolución final fundada.



Interpretación:

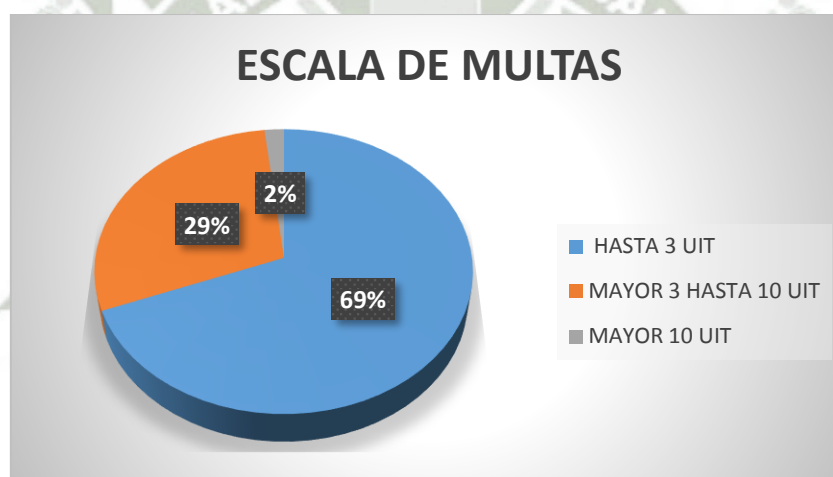
En este caso sólo se han tomado en cuenta las denuncias que fueron declaradas fundadas en el procedimiento ordinario, que son un total 23 y sumarísimo que son 32, por tanto, de las 55 denuncias que obtuvieron un resultado favorable, sólo el 11% buscaron iniciar el procedimiento respectivo de liquidación de costas y costos, en cambio un 89% decidió no cobrar los mismos.

CUADRO No. 09

PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS Y SUMARÍSIMOS MULTAS GENERADAS

OPCIÓN	CANTIDAD	PORCENTAJE
HASTA 3 U.I.T.	38	69%
MAYOR A 3 U.I.T.		
HASTA 10 UIT	16	29%
MAYOR A 10 U.I.T.	1	2%
TOTAL	55*	100 %

* Se toman en cuenta sólo denuncias con resolución final fundada.



Interpretación:

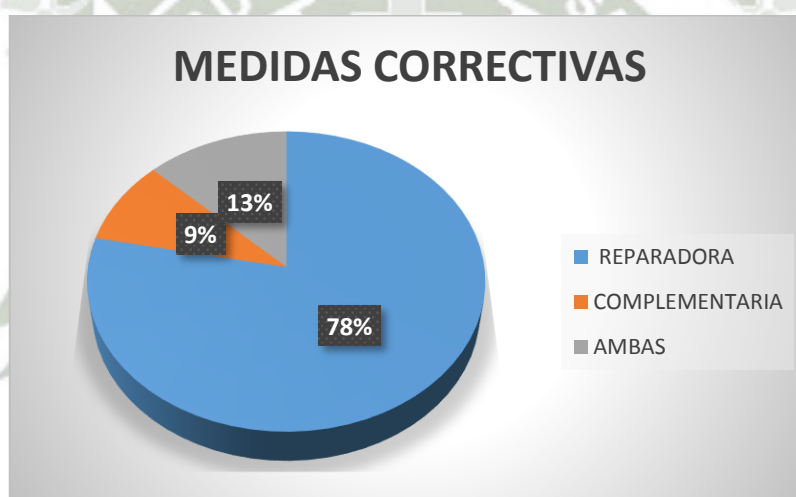
Los procedimientos iniciados en la vía sumarísima y ordinaria que obtuvieron una resolución favorable, esto es, una denuncia fundada, son en total 55 de esta muestra se aprecia que el 69% obtuvieron multas hasta de 3 U.I.T., aspecto que representa por tanto la mayoría de los casos, multas hasta 10 U.I.T. representan el 29% y sólo un caso de los revisados que representa el 2% obtuvo una multa superior a 10 U.I.T. siendo este caso uno tramitado en la vía ordinaria, específicamente por servicios de construcción.

CUADRO No. 10

**PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS Y SUMARÍSIMOS MEDIDAS
CORRECTIVAS DICTADAS**

OPCIÓN	CANTIDAD	PORCENTAJE
REPARADORAS	43	78%
COMPLEMENTARIAS	5	9%
AMBAS MEDIDAS	7	13%
TOTAL	55	100 %

* Se toman en cuenta sólo denuncias con resolución final fundada.



Interpretación:

Los procedimientos iniciados en la vía sumarísima y ordinaria que obtuvieron una resolución favorable, esto es, una denuncia fundada, son en total 55 de esta muestra se aprecia que el 78% de los casos han obtenido medidas correctivas, de tipo reparadora, es decir cambio, reparación o entrega de productos, devolución de pagos en exceso, el 9% dispuso medidas complementarias, como la exigencia al proveedor de atender las solicitudes de requerimiento de información, o la inexigibilidad de cláusulas abusivas, en el 13% de las denuncias se ordenaron ambos tipos de medidas.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Uno de los tres objetivos planeados en esta investigación es establecer de forma clara cómo se desarrollan los derechos del consumidor tanto legislativamente cómo en denuncias ante INDECOPI.

Por tanto, la investigación no sólo busca conocer como se ha desarrollado el derecho del consumidor en el Perú, en el ámbito objetivo, es decir, es nuestra normatividad, sino la idea es también entender como en el plano forense se han desarrollado estos derechos.

Para ello se revisaron un total de 134 denuncias tramitadas ante el INDECOPI, determinado en un primer momento que la mayor parte de denuncias son de conocimiento del O.P.S. es decir un 62% y la diferencia es de conocimiento de la CPC, se entiende que esta diferencia se debe a que la mayor cantidad de infracciones cometidas por los proveedores se manejan en una economía que no supera transacciones por 3 U.I.T.

Un dato que salta con claridad de la investigación está en la frecuencia de incidencias infractoras, de las empresas del sistema financiero, dado que, ampliamente son las más denunciadas, contando con 51% de las denuncias en la vía ordinaria y con 48% denuncias en la vía sumarísima.

Lo interesante de este resultado es que las empresas que manejan la economía del país y que en teoría deberían ser las que, de un ejemplo de conducta de trato al consumidor, son la que más denuncias presentan. Este resultado nos permite de forma indiciaria que estas empresas hacen uso de la culpa lucrativa, para obtener beneficios indebidos que deben ser sancionados a través de daños punitivos.

La idea se confirma cuando empresas también grandes como las del sector de comunicaciones son las segundas en el orden de denuncias, contando con el 10% en la vía ordinaria y 15 % de denuncias en la vía sumarísima, situación que evidentemente se enmarca también dentro de la culpa lucrativa.

Otro resultado interesante se encuentra en la cantidad de denuncias que son rechazadas por improcedentes, infundadas, llegando en el procedimiento ordinario al 53 % y en el procedimiento sumarísimo al 60%, son cifras importantes y esto se debe en gran medida a la falta de asesoría especializada en derecho del consumidor, tanto con mayor razón si tomamos en cuenta que la legislación no exige la participación obligatoria de un abogado, este problema, ya se advirtió en el aspecto teórico, dado que, las denuncias son sometidas a una calificación rigurosa, al revisarse aspectos como el interés para obrar, legitimidad para obrar, precisión de la infracción cometida, medidas correctivas a solicitar, entre otros, que dificultan a consumidor acceder a la tutela de sus derechos, indirectamente se ven obligados a la contratación de un abogado para su asesoría en el desarrollo del procedimiento.

El tiempo de tramitación de los procedimientos se ha constituido en otro obstáculo para que el consumidor reclame adecuadamente sus derechos, en efecto, en el procedimiento sumarísimo que en teoría es el más rápido ya que debería durar 30 días hábiles, esto es, aproximadamente un mes y medio, en la práctica el procedimiento demora alrededor de 4 meses, como ha sucedido en el 76% de los casos.

Si fuera el caso que la denuncia se inició con un procedimiento ordinario el trámite de la denuncia en promedio durará más de 6 meses, en su primera instancia, lo que significa que los consumidores están obligados a seguir meses de procedimiento para reclamar sus derechos vulnerados, entiéndase que este plazo sólo es para que la administración emita un pronunciamiento respecto de la infracción denunciada.

Ante la fatiga que experimenta el consumidor al reclamar sus derechos, ello producto de la dificultad formalista en la presentación de las denuncias, plazo de duración del trámite, se suma a ello que sólo el 11% de los consumidores reclaman en un nuevo procedimiento el pago de los gastos arribados, entiéndase gastos por la tasa administrativa de interposición de denuncia, gastos por el acopio de pruebas y gastos por los honorarios profesionales pagados a un abogado, así como deberá afrontar nuevos gastos administrativos por el trámite

de la liquidación, pudiendo realizarse ello en el mismo procedimiento como se hace a nivel judicial.

Queda claro que el 89% de los consumidores que no reclamaron la liquidación de costas y costos asumieron a su costo los mismos, hecho que evidentemente genera desincentivos ante una futura conducta dañosa de un proveedor, ya que ese consumidor optará por no denunciar para ahorrarse las costas y costos de la denuncia.

También es interesante para análisis otro resultado obtenido en referencia a las multas, ya que en su mayoría las sanciones a imponerse son en términos cuantificables bajas, ello se aprecia de los resultados ya que el 69% de los casos no superan las 3 U.I.T. de multa.

Estas cifras que no solo reafirman lo atractivo de la culpa lucrativa, sino que la presentan como una opción perfectamente viable ante las pequeñas sanciones impuestas, para empresa grandes como son las del sector financiero y de comunicaciones que ya señalamos son las más denunciadas por los servicios o productos que prestan.

Finalmente, el problema no solo queda en las multas, sino que las medidas correctivas a dictarse en su gran mayoría es decir un 89% sólo son reparadoras, en otras palabras, sólo solucionan el problema directamente causado.

Por ejemplo, en el caso de que la afectación se encuentre en los 5 soles cobrados indebidamente por un envío de estado de cuenta, la empresa sólo estará obligada a devolver este monto.

Los resultados obtenidos nos permiten conocer en parte cómo funciona el sistema de protección al consumidor en el plano real, lo que nos permite reforzar la idea que la legislación actual no crea incentivos para que los consumidores hagan respetar sus derechos.

Todo ello genera en primer lugar una brecha amplia de injusticia entre proveedor y consumidor y en segundo lugar la necesidad de optar por medidas legislativas diferentes que busque aminorar dicha diferencia.

La propuesta planteada en esta investigación es implementar en nuestra legislación la institución de los daños punitivos, la misma que va más allá de la reparación de los daños causados, sino que busca ser una herramienta de la que deben valerse consumidores y el Estado para sancionar conductas infractoras de los proveedores, claro está, ello no será en cualquier caso, sino en aquello en que el proveedor actúe de forma dolosa o con una negligencia grave, sancionado inicialmente aspectos de culpa lucrativa.



CONCLUSIONES

Luego de la investigación realizada, en el período materia de estudio, se llega a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: Desarrollo de los derechos del consumidor a nivel legislativo

En el Perú el derecho del consumidor cuenta con un respaldo de nivel Constitucional, que nace del principio pro-consumidor previsto en el artículo 65 de la Carta Magna, este principio encuentra su desarrollado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley 29571, al regular toda relación o posible relación de consumo con prestaciones recíprocas que se originen entre un consumidor y/o usuario con un proveedor.

El principal objetivo de la legislación es corregir las desigualdades entre proveedor y consumidor, como sucede con la asimetría de información, así como establece normas y procedimientos para que el consumidor afectado pueda reclamar y/o denunciar las infracciones del proveedor, estableciendo procedimientos y actores a nivel administrativo, así como regula la posibilidad de pretender el recupero de los daños y perjuicios a nivel judicial.

SEGUNDA: Desarrollo de los derechos del consumidor a nivel casuístico

En la casuística se demostró la existencia de severas deficiencias del sistema de protección al consumidor al no generan incentivos que le permitan reclamar sus derechos, por el contrario otorga al proveedor herramientas que los colocan en una posición privilegiada, al establecerse normas que elevan el nivel técnico jurídico que deben cumplir las denuncias para poder ser admitidas, normas que permiten al proveedor incumplir con su prestación y luego allanarse a la denuncia para no ser sancionado, así como se limitan drásticamente y sin criterio objetivo el pago de costas y costos de los procedimientos sancionadores. Este escenario ha generado que sólo un 4% de los consumidores afectados busque reclamar por sus derechos, de ese porcentaje sólo la mitad son objeto de sanción por

parte del INDECOPI. Así como se ha identificado a los principales infractores en el sector financiero y telecomunicaciones.

TERCERA: Institución de los daños punitivos en el Derecho del Consumidor

Los daños punitivos conocidos también como daños ejemplares son una sanción, específicamente una multa civil que deben desembolsar los proveedores a favor de un consumidor o grupo de consumidores accionantes, con la finalidad de castigar al proveedor por su proceder dirigido con dolo o culpa inexcusable, en efecto estamos ante un proveedor que muestra desinterés por los derechos e intereses de los consumidores, así como busca disuadir a los proveedores a efecto eviten o corrijan de forma efectiva sus conductas infractoras, incentivan a los consumidores a reclamar y denunciar los derechos que les han sido afectados, dado que son beneficiarios de la multa, así como busca impedir que los proveedores lucren con sus actos antijurídicos, a través de conductas conocidas como culpa lucrativa.

CUARTA: Daños punitivos y derecho de daños

El sistema de responsabilidad civil regulado en nuestro país tiene por objetivo reaccionar contra el acto dañoso e ilícito, a fin de resarcir a los sujetos afectados, regresar a la víctima a la situación de hecho y derecho anterior a la producción del hecho dañoso, así como la asignación de costos por los daños causados. Estando a la finalidad de nuestro sistema de responsabilidad, los daños punitivos no pertenecen a este, dado que, estos no buscan resarcir o reparar, sino castigar y disuadir. Por tanto, si bien la naturaleza jurídica de los daños punitivos no es la de una indemnización, dependen de esta para la asignación de la multa, en otras palabras, sólo existirá multa si el juzgador previamente ordena el pago de una reparación, estamos por tanto ante una relación accesoria o de dependencia. Si bien es cierto contamos con normas de derecho privado que tiene una finalidad punitiva, como es el caso de las cláusulas penales, podemos afirmar que los daños punitivos como tal, no han sido regulados en nuestro país.

QUINTA: Incorporación de los Daños Punitivos a la legislación nacional.

La legislación del consumo presenta varias fallas en su estructuración, dado que, no genera incentivos en el consumidor para que busque el respeto de sus derechos y si a ello se suma la ineficiencia de las entidades del Estado en la protección de los derechos del consumidor, así como de la poca representatividad de las asociaciones de consumidores, surge la necesidad de introducir en nuestra legislación la figura de los daños punitivos, que justamente cubre nuestras principales deficiencias, ya que, buscan incentivar al consumidor a reclamar por sus derechos ante la posibilidad de un beneficio económico adicional a la reparación y disuade al proveedor a mejorar su conducta ante la posibilidad de una sanción con cuantía considerable.

SEXTA: Legalidad de los Daños Punitivos en la legislación nacional.

La introducción de los daños punitivos a nuestro país no puede producirse a nivel jurisprudencial, debe producirse a través de una regulación positiva para ello será necesario detallar de forma la conducta que es susceptible de sanción, dado que, la multa civil no puede aplicarse a cualquier incumplimiento del proveedor, sino a casos en los que se actúe con dolo o culpa inexcusable.



SUGERENCIAS

PRIMERA: Como medida a implementarse se propone modificar la legislación del consumidor, específicamente el Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley 29571, buscando principalmente con la modificatoria generar mecanismos que incentiven al consumidor a reclamar sus derechos ante los tribunales administrativos o judiciales, inclusive si se trata de daños ínfimos pero que en un conjunto de consumidores afectados se generen importantes ganancias para el proveedor.

SEGUNDA: Si bien existen distintas formas de poder mejorar la legislación de consumo, se propone la implementación de los daños punitivos, como una multa civil que impondrán los tribunales judiciales a favor de los consumidores demandantes, ello en adición a la reparación que se fije en un proceso de indemnización de daños y perjuicios.

TERCERA: Se propone que la regulación de daños punitivos, este circunscrita sólo a las relaciones de consumo en los que el incumplimiento obligacional del proveedor se origine en una conducta dolosa o con culpa inexcusable, es decir, se limite esta sanción a casos en los que el proveedor actúa con manifiesto desinterés de los derechos del usuario y/o consumidor.

CUARTA: Se propone que los daños punitivos al ser una figura nueva en nuestra legislación y sistema de derecho inicien su regulación con un límite en el monto de la sanción que debe ser igual al máximo de las multas establecidas para infracciones muy graves del proveedor.

QUINTA: Es necesario que se otorguen al magistrado en la formula legislativa de introducción de los daños punitivos, criterios de gradualidad que le permitan utilizar herramientas objetivas para determinar el menor o mayor monto de la multa a imponerse, tomándose como referencia la gravedad del hecho dañoso,

la solvencia económica del proveedor, la cuantía del posible beneficio obtenido con la conducta infractora, la reincidencia en la conducta dañosa sea esta igual o similar a la cuestionada, la posición del proveedor en el mercado, es decir si ostenta por ejemplo una posición de dominio, la conducta del proveedor luego de ser emplazado formalmente con la infracción en que ha incurrido, la posibilidad de ser sancionado por los daños causados ante un tribunal judicial, entre otros.

SEXTA: Finalmente se propone que los daños punitivos no puedan asegurarse, en efecto la función principal de los daños punitivos es una función disuasoria y una función accesoria sancionatoria, si se permite la asegurabilidad se aniquilan estas funciones, en efecto no se puede permitir que la pena impuesta contra un individuo que actuó con dolo o culpa grave se transfieran a su asegurador.



PROPUESTA

PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 100-A AL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY N° 29571, QUE REGULA LA APLICACIÓN DE DAÑOS PUNITIVOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. ANTECEDENTES:

El Código de Protección y Defensa del Consumidor fue aprobado mediante Ley 29571, la que fue promulgada el 01 de septiembre del 2010 y publicada el 02 de septiembre del 2010, la citada norma entró en vigor a los 30 días de su publicación tal como lo señala la cuarta disposición complementaria final de la misma.

El Título V del citado cuerpo legislativo regula del artículo 97 al 127 los distintos tipos de responsabilidad y sanciones en que incurren los proveedores en una relación de consumo, ello al infringir los derechos y principios de protección al consumidor. Dentro de las formas de responsabilidad reguladas detalla que la conducta infractora del proveedor, que origine daños y perjuicios al consumidor puede generar simultáneamente responsabilidades de tipo penal, civil y administrativa.

Por tanto, la responsabilidad del proveedor sólo abarcará las figuras tradicionales de reparación por daños patrimoniales como son el daño emergente, lucro cesante y también los daños extrapatrimoniales como el daño a la persona y el daño moral. En este orden de ideas se aprecia que la norma directamente relacionada con la aplicación de sanciones a los proveedores no regula los supuestos de multas civiles o daños punitivos ante la producción de conductas dolosas o de culpa grave que originan beneficios al proveedor más allá de los daños directamente causados al consumidor o grupo de consumidores

afectados. En efecto nos encontramos ante una zona gris de regulación, que algunos proveedores conocen y utilizan para deslindarse de sus obligaciones con los consumidores.

2. JUSTIFICACIÓN:

La presente propuesta legislativa se sustenta en la investigación denominada Incorporación de los Daños Punitivos para Defensa del Consumidor en la Ley 29571 - Arequipa 2016 – 2017, en la que se concluyó que conforme a la legislación vigente los consumidores se encuentran ante un escenario complicado, dado que, la norma no prevé incentivos necesarios para que el consumidor se vea motivado a reclamar sus derechos sea en el furo administrativo o judicial, por el contrario, existen figuras jurídicas que incentivan las conductas dañosas del proveedor

En efecto conforme a información estadística cruzada del INDECOPI y del INEI en un primer momento sólo el cuatro por ciento de los consumidores dañados buscaran un reclamo formal de su derecho, en un segundo momento, de los pocos consumidores que denunciaron la infracción, se enfrentaran contra varias complicaciones en el camino, dado que, requieren contratar necesariamente en la práctica un abogado, que elabore adecuadamente una denuncia, puesto que esta será sometida a una calificación de admisibilidad y procedibilidad, como es lógico el incumplimiento de los requisitos legales originará el rechazo de la acción.

En un tercer momento los proveedores buscaran evadir la solución autocompositiva de sus casos esperando inclusive hasta el momento de allanarse ante una denuncia, respecto de la cual están autorizados por ley a no pagara costas ni costos, sobrepasado lo anterior, esto es, en los pocos casos en los que se logre un pronunciamiento de fondo, que declaré fundada la denuncia, el cobro de costas y costos se ve lleno de trabas, ya que el consumidor verá trabas en recuperar el dinero invertido en la defensa, ya que sin una explicación adecuada a los fines del INDECOPI, se rechazan en muchos casos estos por

supuestos abusos de derecho, en efecto el consumidor corre el riesgo de no recobrar el dinero pagado por la asesoría.

Es bajo este escenario de injusticias que surge la necesidad de buscar una herramienta que permita disminuir la desigualdad entre proveedor y consumidor y que a la vez genere incentivos suficientes a los consumidores para poder reclamar sus derechos, la respuesta encontrada ante esta divergencia está en regular las multas civiles o daños punitivos.

En efecto su incorporación a nuestro sistema legislativo puede determinar cambios sustanciales en cómo se desarrollan las actividades comerciales entre consumidor y proveedor.

Adicionalmente al panorama mostrado de desincentivos legislativos en el consumidor, no pasa inadvertido que los proveedores, en especial las principales empresas que mueven nuestra economía optan por causar o seguir causando daños a los consumidores porque que es mucho más rentable pagar las reparaciones de pocos que denuncien, que cubrir los gastos para reparar el problema que es fuente de los daños.

Estas son las mismas conductas excesivamente desaprensivas, antisociales y basadas en el total desprecio de valores superiores como la vida humana y la integridad física, en búsqueda de privilegiar el lucro y la obtención de ganancias indebidas, que deben ser reprimidas y que la doctrina tradicional de la responsabilidad civil no cubre. Por ello la necesidad de implementa las multas civiles o daños punitivos.

Entiéndase como daños punitivos o multas civiles a las sanciones de carácter civil, que implican una obligación de dar de carácter disuasivo, accesorio a la reparación civil y que se imponen al proveedor que actuó con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias derivadas de su accionar ilícito, que conserva a pesar de haber pagado las indemnizaciones reclamadas por los consumidores.

Los daños punitivos no son considerados una forma de reparación, por tanto, no están directamente relacionados con el objeto de una indemnización, su aplicación es complementaria a los daños, por lo tanto, tienen el carácter de multa, que busca sancionar y disuadir las conductas infractoras de los proveedores.

3.- ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La norma que incorporarse a nuestro sistema de protección al consumidor no generara gastos al erario nacional, dado que, esta incorporación es un derecho adicional otorgado al consumidor para que haga uso de los órganos de administración de justicia que ya existen, para que accesoriamente a la demanda de daños y perjuicios que formulen soliciten el pago de daños y perjuicios.

El pago de las multas no será a cargo del Estado sino de los proveedores que infrinjan sus deberes en las relaciones de consumo.

4.- EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

La presente norma no se opone a ninguna del sistema nacional actual, como se advirtió busca complementar el sistema de reparación civil, así mismo la presente propuesta de reforma se adecua a los sistemas de reforma legal, previstos en la Constitución.

FORMULA

PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 100-A AL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY N° 29571, QUE REGULA LA APLICACIÓN DE DAÑOS PUNITIVOS

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la siguiente Ley:

ARTÍCULO 1.- Objeto de la Ley

El objeto de la presente Ley es incorporar el artículo 100-A al Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley N° 29571, los supuestos legales mínimos para la aplicación de daños punitivos en nuestro país.

ARTICULO 2.- De la Incorporación Legal

Incorpórese el artículo 100-A al Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley N° 29571, en los términos siguientes:

“Artículo 100-A: Daño punitivo:

El proveedor que causa daño actuando con dolo o culpa inexcusable que muestre desinterés por los derechos e intereses de los consumidores, será sancionado con una multa civil de carácter excepcional, impuesta por el Juez a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho, solvencia del proveedor, cuantía del posible beneficio obtenido con la conducta infractora, la reincidencia de la conducta, la posición del proveedor en el mercado, la conducta del proveedor luego de ser emplazado con la infracción.

La multa es accesoria a la indemnización de daños y perjuicios que corresponda. Cuando más de un proveedor sea responsable del daño responderán todos solidariamente, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan.

La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 110 inc. c) de esta ley.

Los daños punitivos no son asegurable, por tanto, todo contrato de seguro celebrado por el proveedor acarrea su nulidad de pleno derecho.”

ARTICULO 3.- Derogatoria

Deróguese todas las normas que se opongan a la presente.

Arequipa, febrero del 2018



BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, Guido, Derecho del Consumidor, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, 2004.
- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo Argentino”, Editorial JA, Argentina, 2008.
- ALVAREZ LARRONDO, Federico, “Los Daño Punitivos”, Editorial LL, Buenos Aires, 2000.
- ANDRADA, Alejandro, Responsabilidad Civil de los Medios de Comunicación, Editorial Juris, Rosario, 1998.
- AVENDAÑO ARANA, Francisco, Código Civil Comentado, Tomo V, Derechos Reales, Editorial Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Lima-Perú, 2012.
- BARRE, Raymond, Economía Política, Tomo I, Editorial Ariel, 8ava Edición, Barcelona 1975.
- BORGES, JORGE LUIS, El Libro de Arena, Alianza Editorial S.A., España 1998.
- BULLARD Gonzales, Alfredo, Derecho y Economía, Edit. Palestra, Lima, 2004.
- CASTILLO Freyre, Mario, Tratado de las Obligaciones, Volumen XVI, Cuarta Parte, Tomo XV, Editorial PUCP, Lima, Perú, 2003.
- CARBONELL O'BRIEN, Esteban, Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor, Editorial Juristas Editores, Primera edición, Lima Octubre, 2010.
- CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro; Los Daños Punitivos en la Argentina, Editorial Errepar, Buenos Aires, 2009.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Editorial Rodhas, Perú.
- FLORES POLO, Pedro, Diccionario de Términos Jurídicos, Tomo I, Primera Edición, Editorial Cultural Cuzco S.A. Lima, 1980.

- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, La Constitución Comentada Análisis Artículo por Artículo, Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica, Perú, 2005.
- GUZMÁN NAPURI, Christian, Manual del Procedimiento Administrativo General, Editores Pacífico, Lima, 2013.
- HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto, Manual de Consulta Rápida del Proceso Civil, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima 2001.
- INDECOPI, Discriminación en el Consumo y Trato Diferenciado Ilícito, Perú ,2015.
- IRIGOYEN TESTA, Matías, en Relaciones Contemporáneas entre Derecho y Economía, Coedición Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá, 2012.
- LEÓN, Leysser L., La Responsabilidad Civil – Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas, Editorial Juristas y Editores, Lima, 2011.
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- NALLAR, Florencia, Prevención del Daño: La Multa Civil o Daños Punitivos del Proyecto del Código Civil de 1998”, Editorial ALDA 2007, Argentina.
- PALACIO, Lino, Manual de Derecho Procesal Civil. 14ª edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- PERALTA ANDÍA, Javier Rolando, Fuentes de la Obligaciones en el Código Civil, Editorial IDEMSA, Lima, 2005
- ROPPO, Vincenzo, El Contrato, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, 2009.
- SOTO COAHUILA, Carlos Alberto y VARGAS-MACHUCA, Roxana Jiménez, "La Contratación en Masa" en la Contratación Privada, Editorial Jurista Editores, Lima 2002
- TABOADA CÓRDOBA, Lizardo, Elementos de la Responsabilidad Civil, Edit. Grijley, Año 2013, Lima.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato, Editorial Grijley, 2da. Edición, Lima, 2013.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, Introducción al Derecho, Editorial IDEMSA, Tercera Edición, Lima, 2006.

- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, Definición de Acto Jurídico y Elementos de Validez, en Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas, Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2003,
- WAJNTRAUB, Javier Hernán, Protección Jurídica Del Consumidor, Editorial LexisNexis – Depalma, Primera Edición 2004, Buenos Aires.



HEMEROGRAFÍA

- ARANA, María Del Carmen, Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual Número 10, Lima, 2010.
- BULLARD GONZALES, Alfredo, Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, Número 10, Lima, 2010.
- Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador- 2da Edición – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, junio 2017.
- GÓMEZ APAC, Hugo; Revista Derecho & Sociedad, Volumen 34, Lima 2010.
- HERRERA OSORIO, FREDY Andrei, El Contrato de Consumo: Notas Características, en Revista Principia Iuris del Centro de Investigación Socios Jurídicos de la Universidad Santo Tomas, Edición 17, Seccional Tunja, Colombia, 2012,
- INDECOPI, DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO Y TRATO DIFERENCIADO ILÍCITO, Perú 2015.
- MALPARIDA CASTILLO, Víctor, Tesis denominada: “El Derecho del Consumidor en el Perú y en el Derecho Comparado”, Universidad de San Marcos, Lima Perú, 2003.
- OSTERLIGN PARODI, Felipe, “La funcionalidad de la Cláusula Penal” en la Revista Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho PUCP, N.o 47, 2016.

Legislación Nacional

- Constitución Política del Perú
- Código Civil
- Código Procesal Civil
- Código de Protección y Defensa del Consumidor
- Decreto Supremo N° 011-2011-PCM
- Directiva N° 075-2017/DIR-COD-INDECOPI
- Decreto Legislativo N° 807
- Decreto Supremo 026-2002-RE.
- Ley de Represión de la Competencia Desleal – D.L. 1044
- Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico – Ley 26876.

Legislación Internacional

- Ley de Protección al Consumidor – Ley 24240 (Argentina)
- Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)
- Ley Federal de Protección al Consumidor (México)

Jurisprudencia Nacional

- Resolución Final N° 1361-2015/INDECOPI-LAL
- Resolución Final N.º 001-2017/CC3
- Expediente 072-2016-IMC/PS0-INDECOPI-LAM
- Expediente 0012-2014/CCD-INDECOPI-CAJ
- Resolución Final N° 0340-2016/PS0-INDECOPI-LAM
- Resolución Final N° 0456-2016/INDECOPI-LAM
- Expediente 097-2015/CC3
- Expediente N° 24-2016-LCC/PSO-INDECOPI-AREQUIPA
- Expediente N.º 3315-2004-AA/TC
- V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Provisional,

Jurisprudencia Internacional

- Amparo Directo 30/2013, relacionado con el amparo directo 31/2013, resolución dictada en México, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Causa 143790/2009 de la Cámara de Apelación en Civil y Comercial Departamento Judicial de Mar del Plata
- Causa 11412/2009 de la Sala Civil y Comercial Federal II del Poder Judicial de la Nación de Argentina.
- Causa 5719/2012 de la Sala Civil y Comercial Federal II del Poder Judicial de la Nación de Argentina.
- Causa 2196285/2014 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba.
- Causa 146984/2016 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Buenos Aires.
- Causa 145/2017 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial,
- Causa 106042/2017 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca.
- Causa 5831/2011 del Juzgado Especializado en lo Civil y Comercial de Buenos Aires.
- Causa 24/2015 de la Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba.
- Causa 163197/2017 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Buenos Aires

WEBGRAFÍA

- <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51787/201134/RES+N%C2%BA+1361-2015/d7c632cf-2d58-4968-9e78-99b67f8a8f9c>
- <https://www.indecopi.gob.pe/libro-de-reclamaciones>
- http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1442/cap12.pdf
- <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/1651242/Anuario+Estad%C3%ADstico+2016.pdf/75bdd036-7a57-04a9-b989-054d8eb3e487>
- www.jussanjuan.gov.ar/escuelajudicial/index.php/.../53-i...-/405-el-dano-punitivo
- <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5384f000421cdcda96dfd6b3be91b58f/Informe+V+Pleno+Jurisdiccional+Supremo+en+Materia+Laboral+y+Previsional.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5384f000421cdcda96dfd6b3be91b58f>
- <https://coem.mx/finalidad-danos-punitivos/>
- <http://www.fsdalegal.com.ar/index.php/la-multa-civil-danos-punitivos-en-el-derecho-argentino/>
- <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/09/04/procedencia-del-dano-punitivo-reclamado-por-la-actora-a-raiz-de-la-existencia-de-una-pila-dentro-de-un-envase-de-gaseosa-cerrado/>
- <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/09/04/procedencia-del-dano-punitivo-reclamado-por-la-actora-a-raiz-de-la-existencia-de-una-pila-dentro-de-un-envase-de-gaseosa-cerrado/>
- <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/09/04/procedencia-del-dano-punitivo-reclamado-por-la-actora-a-raiz-de-la-existencia-de-una-pila-dentro-de-un-envase-de-gaseosa-cerrado/>
- <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/844/3.pdf>
- <https://es.scribd.com/document/225416783/Machinandiarena-Telefonica-pdf>

- <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B158&td=2&qn=1>
- <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B158&td=10&qn=1>
- <https://aldiaargentina.microjuris.com/2014/05/27/aplicacion-de-danos-punitivos-a-telecom-por-la-demora-en-la-conexion-de-la-linea-despues-de-varios-reclamos-a-la-empresa-y-al-ente-regulador/>
- <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/12/Fallos2558.pdf>
- <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://pe.s.earch.yahoo.com/&httpsredir=1&article=1950&context=facpubs>
- <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/12/JURISPRUDENCIA-CONSUMIDOR-19-12.docx.pdf>
- <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/10/23/la-empresa-de-telefonias-responsable-por-la-facturacion-a-la-actora-de-un-servicio-de-mensajeria-no-solicitado-por-esta/>
- <http://telecomunicaciones-peru.blogspot.pe/2016/03/peru-datos-de-telecomunicaciones.html>
- https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2015/09/2015-09-01-jnaccom-nc2b0-6_cf-c-boston-dac3b1o-punitivo-individual-homogc3a9neo-publicacic3b3n-edictos.pdf
- <http://www.sebastianraspanti.com/fallo-completo-raspanti-sebastian-c-amx-argentina-s-a-claro/>
- <https://www.indecopi.gob.pe/web/proteccion-al-consumidor/asociaciones-de-consumidores>
- <https://www.indecopi.gob.pe/documents/36537/200871/Directiva+N%C2%B0009-2013-DIR-COD-INDECOPI.pdf>
- <https://gestion.pe/economia/posicion-asociacion-consumidores-reparto-multas-indecopi-138360>
- http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/img_bol08/Jurisprudencia_Nro_1050_04-08-2017.pdf

- https://www.derechoycambiosocial.com/revista035/DANOS_PUNITIVOS.pdf
- http://www.accursio.com/private/uploads/111_UMU___Punitive_Damages_by_J_Carrascosa.pdf
- http://www.accursio.com/private/uploads/111_UMU___Punitive_Damages_by_J_Carrascosa.pdf
- <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/Las-funciones-del-derecho-de-da%C3%B1os-por-Picasso.pdf>
- <http://www.saij.gob.ar/danos-punitivos-defensa-consumidor-sur0022157/123456789-0abc-defg7512-200rsoiramus>
- https://www.indecopi.gob.pe/documents/51775/0/Trabajo_Lineamientos.pdf/ef12a5f8-0d58-4576-b68d-63509cec14fc





Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho de la Empresa



INCORPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS PARA DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN LA LEY 29571 - AREQUIPA 2016 - 2017

Proyecto de Tesis presentado por el bachiller:

Cusirramos Rodrigo, Fredy Ricardo

Para optar el grado Académico de Maestro en
Derecho de la Empresa

Asesor:

Dr. Rodríguez Velarde, Javier Germán

Arequipa – Perú

2017

I.- PREÁMBULO

Para abarcar una investigación en derecho que busque solucionar un problema jurídico real, es necesario primero contar con una aguda sensibilidad para lograr su identificación, en otras palabras, encontrar el problema en un primer momento nace de la sensación de afectación de los sentimientos todo investigador, es decir su indignación moral, inquietud, jurídica, social, a la que siempre debe adicionarse su experiencia en el tema.

Entonces se parte de la premisa real que a lo largo la vida en algún momento todo consumidor ha sido afectados por algunas empresas, por ejemplo, las entidades bancarias o empresas de telecomunicaciones en muchas ocasiones cobran por servicios que no brindan, ofrecen productos sin dar al consumidor una información idónea y completa del servicio. Otro tipo de empresas venden bienes bajo el conocimiento que el producto presenta defectos ocultos, empresas que tienen pésima calidad de atención a los consumidores, empresas que pesar de aceptar sus errores no muestran ninguna conducta correctiva, entre otro tipo de conductas.

En otras palabras, en nuestro país al consumidor no se le otorga el real lugar que le corresponde en las relaciones comerciales, que es el **primero**, como así se entendió en Inglaterra desde el año 1909 cuando Harry Gordon Selfridge incorpora la filosofía "*el cliente siempre tiene la razón*".

Bajo dicha sensación de una sociedad de consumo imperfecta es que nace la necesidad de buscar entre otros, mecanismos legales que puedan ayudar a mejorar esta situación, realidad que se grafica claramente con un estudio realizado en el mes de Julio del 2014 por INDECOPI – Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

En efecto la citada institución del Estado publicó en su página web los resultados de una encuesta para determinar su *línea base para la protección de los*

derechos del consumidor, trabajo que gráfica de forma clara cuál es la realidad actual de los consumidores peruanos y cuáles son los problemas que estos enfrentan para reclamar sus derechos ante los proveedores del servicio o bienes que adquieren.

Dentro de los datos resaltantes para esta investigación se aprecia que el 35% población siente que cualquier reclamo que pueda realizar por afectación de sus derechos como consumidor **no tendrá ningún resultado**. Otro dato que considero es una de las principales barreras que evita que los consumidores reclamen sus derechos es que, en promedio, de los estratos sociales “A” al “E” sólo estaría dispuestos a gastar S/.49.20 Nuevos Soles para defenderse, suma que evidentemente no permite contratar una asesoría legal adecuada, es por ello que sólo 9% efectúa una denuncia ante INDECOPI y solo el 2% ante el Poder Judicial.

Otro dato importante es que 48% de los consumidores encuetados no reclamarían sus derechos puesto que no tienen tiempo, es decir, no tiene el incentivo necesario para reclamar sus derechos, un último dato relevante ese que **sólo el 4%** de los proveedores resuelve el problema de forma debida, el **96%** no tienen una adecuada conducta con el consumidor.

Es ante este contexto de la realidad del consumidor peruano nace la necesidad de encontrar soluciones, si bien pueden existir varias formas de mejorar la situación actual, en la presente investigación hemos optado por buscar una solución legislativa a través de la incorporación de los **daños punitivos**, figura que en la experiencia de países como Estados Unidos o Argentina (desde el 2008) han dado los siguientes beneficios.

Desde el punto de vista del **consumidor** primero previene la producción de futuras conductas dañosas e incentiva al consumidor a reclamará sus derechos porque sabe que adicionalmente a la corrección del mal servicio o cambio del producto dañado entregado, pueden obtener un beneficio económico por la pérdida de tiempo y pedida económica que significarían reclamar sus derechos ante una denuncia en INDECOPI o el Poder Judicial.

Desde el punto de vista de los **proveedores** estos se ven incentivados a prestar un adecuado servicio o producto de calidad al consumidor, porque el incumplimiento grave de sus deberes origina la imposición de sanciones específicamente multas realmente onerosas.

Es bajo dicho contexto que la presente investigación pretende la incorporación de la referida figura de daños punitivos a nuestra legislación puesto más aún si a la fecha no existe en nuestro país ninguna figura jurídica igual a la señalada.



II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1.- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:

“INCORPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS PARA DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN LA LEY 29571 - AREQUIPA 2016 - 2017”

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA:

1.2.1. Área del Conocimiento:

El problema por investigarse se encuentra ubicado en:

- Campo : Ciencias Jurídicas
- Área : Derecho Empresarial
- Línea : Derechos del Consumidor

1.2.2. Análisis y Operacionalización de Variables:

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Defensa del Consumidor

Indicadores: Relaciones de Consumo

- **Sub-indicadores:** Integrantes de la relación de consumo
- **Sub-indicadores:** Empresas de Bienes y Servicios

Indicadores: Marco legal de Protección al Consumidor

- **Sub-indicadores:** Código de Defensa del Consumidor
- **Sub-indicadores:** Legislación del Consumidor, Lagunas y Deficiencias

Indicadores: Instituciones de Protección al Consumidor

- **Sub-indicadores:** INDECOPI Atribuciones en Relaciones de Consumo
- **Sub-indicadores:** INDECOPI Procedimiento de Reclamo y Denuncia
- **Sub-indicadores:** Poder Judicial Competencia y Proceso

Indicadores: Denuncias ante INDECOPI

- **Sub-indicadores:** Resultado de los Procesos
- **Sub-indicadores:** Costas y Costos
- **Sub-indicadores:** Multas
- **Sub-indicadores:** Medidas Correctivas

- **VARIABLE DEPENDIENTE:** Daños Punitivos

Indicadores: Naturaleza Jurídica

- **Sub-indicadores:** Indemnización
- **Sub-indicadores:** Sanción

- **Indicadores:** Constitucionalidad

- **Sub-indicadores:** Desarrollo Constitucional

- **Indicadores:** Legalidad y Finalidad

- **Sub-indicadores:** Origen Legal
- **Sub-indicadores:** Castigo
- **Sub-indicadores:** Disuasión

- **Indicadores:** Ámbito Especifico de Aplicación

- **Sub-indicadores:** Conducta del Infractor
- **Sub-indicadores:** Accesoriedad de Daños y Perjuicios
- **Sub-indicadores:** Aplicación Empresarial

- **Indicadores:** Cuantificación

- **Sub-indicadores:** Criterios de Determinación
- **Sub-indicadores:** Costo-Beneficio

- **Indicadores: Adecuación**
 - **Sub-indicadores:** Implementación en la Legislación Peruana

CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

TIPO	VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES
VARIABLE INDEPENDIENTE	DEFENSA DEL CONSUMIDOR	Relaciones de Consumo	Empresas de Bienes y Servicios
			Integrantes de la relación de consumo
		Marco legal de Protección al Consumidor	Código de Defensa del Consumidor
			Legislación del consumidor, Lagunas, Deficiencias.
		Instituciones de Protección al Consumidor	INDECOPI
			Atribuciones en Relaciones de Consumo
			INDECOPI Procedimiento de Reclamo y Denuncia
		Denuncias ante INDECOPI	Poder Judicial Competencia y Proceso.
			Resultado de los Procesos
			Costas y Costos
Multas			
VARIABLE DEPENDIENTE	DAÑOS PUNITIVOS	Naturaleza Jurídica	Indemnización
			Sanción
		Legalidad y Finalidad	Origen Legal
			Castigo
			Disuasión

		Ámbito de Aplicación Específico	Conducta del Infractor
			Accesoriedad a los Daños y Perjuicios
			Aplicación Empresarial
		Cuantificación	Criterios de Determinación
			Costo-Beneficio
		Constitucionalidad	Desarrollo Constitucional

1.2.3. Interrogantes Básicas.

- A) ¿Cómo se desarrollan los derechos del consumidor a nivel legislativo y en las denuncias seguidas ante INDECOPI?
- B) ¿En qué consiste los daños punitivos?
- C) ¿Determinar si la institución de los daños punitivos debe incorporarse en la defensa de los derechos del consumidor en el Perú?

1.2.4. Tipo y Nivel de Investigación.

TIPO

- Por su Finalidad : Aplicada.
- Por su tiempo : Sincrónica
- Por el nivel de profundidad : Explicativa
- Por el ámbito : Documental y de Campo.

1.3.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA:

La presente investigación, conforme se plantea reviste **importancia** puesto que parte de la necesidad de brindar a la población una protección integral ante las

conductas dañosas de los entes, entiéndase personas naturales o jurídicas, que se desenvuelven en el ámbito comercial peruano; entes que pueden representar grupos económicos, conglomerados financieros, empresas mineras e incluso ser medianas empresas vinculadas con la actividad comercial del país, en efecto la **relevancia social** de la investigación se orienta a evitar que los entes comerciales luego de un análisis de costo-beneficio empresarial opten por conductas que bajo ciertas circunstancias provocarían daños al individuo y la sociedad, en efecto algunas empresas parten de la premisa que es más rentable dañar que prevenir el daño.

El Código Civil Peruano en su artículo 1969°, sostiene: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”, bajo esta premisa el sistema de responsabilidad civil extracontractual pretende que se coloque a la víctima en la situación anterior a la que se encontraba antes de producirse el hecho dañoso. Por tanto, la legislación nacional nos instruye que la indemnización en ningún caso debe ser mayor a la magnitud del daño causado, ya que un supuesto contrario implicaría un enriquecimiento sin causa por parte del afectado, puesto que conforme a la normatividad actual el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar este límite.

Partiendo de la idea clásica de responsabilidad civil algunos países han explorado nuevos alcances de esta figura que no solo busquen resarcir el daño causado, sino que desincentiven conductas dañosas por parte de los entes comerciales, contemplando en su legislación una multa civil extraordinaria, ya que como reitero en la práctica comercial se han visto la necesidad de disuadir a posibles transgresores, de este punto es de donde nace la **originalidad** de esta investigación, puesto que los daños punitivos al no estar regulados en nuestra legislación, mediante su incorporación podrían ser una herramienta para prevenir la comisión de conductas dañosas que actualmente no se pueden evitar.

Esta multa civil extraordinaria es conocida como la institución jurídica anglosajona de “Los Daños Punitivos” (punitive damages, punitory damage, o vindictive damages), figura que proviene del sistema del Common Law, y

presenta como mayor usuario a los Estados Unidos de Norteamérica, por tanto, al existir una regulación ya investigada y normada en otros países presenta una clara **relevancia científica**. A pesar de pertenecer a este sistema normativo ha comenzado a plantar raíces dentro del derecho greco-romano, específicamente a partir del 2008 en Argentina, a través de la Ley de Defensa del Consumidor, siendo este el primer país del sistema Europeo Continental y Latinoamericano que admite a los Daños Punitivos en su ordenamiento jurídico por tanto la **factibilidad** de su implementación ya ha sido estudiada en otros países de igual sistema normativo que el peruano, adicionalmente a ello debe tenerse en cuenta que dicha figura si pasa el control de constitucionalidad, para su normativa en el país.

El daño punitivo es también conocido como daño ejemplarizante, daño retributivo o dinero picante. Figura que reviste de una gran **utilidad** pues que, al ser entendida como una forma de pena privada, donde el beneficiario de la multa impuesta es la víctima del daño causado, convierte esta institución en un sistema particular y con muchas críticas.

Adicionalmente a lo indicado en la práctica comercial, es evidente que las empresas al encontrarse en una economía de corte capitalista realizan un análisis de costo-beneficio de cada una de las actividades que desempeñan, presentándose como resultado muchas veces conductas dañosas a la sociedad puesto que económicamente les es más rentable dañar que cumplir con la ley. En efecto la empresa luego de efectuado dicho análisis decide no tomar medidas de protección a ciertos aspectos de su actividad comercial, como por ejemplo invertir en protección al medio ambiente, ya que la aplicación de dichas medidas resultaría más costoso (onerosas) que indemnizar los daños que se pudieran causar a cualquier sujeto que demande judicialmente su reparación.

En consecuencia la implementación de los daños punitivos en el país, reviste gran **relevancia jurídica** puesto que con dicha figura se condenaría a los entes económicos dañosos e irresponsables, al pago una multa, la cual constituye un concepto adicional a la reparación que recibiría el agraviado, la idea es que dicha multa constituirá una barrera para quienes intenten repetir esa conducta dañosa

e incentivar a los consumidores a reclamar sus derechos ante la compensación económica que se recibe.

2.- ESQUEMA DE CONCEPTOS BÁSICOS

2.1. CONSUMIDOR: “Se consideran consumidores a las personas naturales o jurídicas que utilicen o disfruten como destinatarios finales productos o servicios en beneficio propio, actuando en una esfera ajena a su actividad profesional o empresarial. Así, en este primer nivel de análisis, no será considerado consumidor a quienes adquieran un producto o servicio que se encuentre destinado al desarrollo de actividades que incidan directamente en el desarrollo o dirección de las actividades empresariales del adquirente.”¹³¹.

2.2. PROVEEDORES: “Las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores.”¹³².

2.3. RELACIÓN DE CONSUMO: “Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica.”¹³³.

2.4. PRODUCTO: “Cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor.”¹³⁴.

2.5. SERVICIOS: “Cualquier actividad de prestación de servicios que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguridad y los servicios profesionales. Se exceptúan los servicios que se brindan bajo relación de dependencia”¹³⁵.

¹³¹ Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley 29571, (02-09-2010).

¹³² Idem.

¹³³ Idem.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ Idem.

2.6. INDECOPI: “Es un Organismo Público Descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, que goza de autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa; tiene como funciones principales el promover una cultura de leal y honesta competencia en la economía del Perú, y el proteger todas las formas de propiedad intelectual, así como vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que afectan a los ciudadanos y empresas, así como proteger los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo.”¹³⁶.

2.7. COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: “La Comisión de Protección al Consumidor (CPC) es el órgano administrativo competente y especializado para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en la Ley de Protección al Consumidor, así como para imponer las sanciones administrativas y medidas correctivas establecidas en ella, salvo que su competencia sea negada por norma expresa con rango de ley.”¹³⁷.

2.8. DAÑO: “Es la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión.”¹³⁸.

2.9. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL: “Técnica de tutela de los derechos que tiene por finalidad imponer a la empresa la obligación de reparar los daños que haya ocasionado sea en cumplimiento de su pacto social o por el accionar ilegal de sus representantes y dependientes, sea a nivel contractual o extracontractual.”¹³⁹.

¹³⁶ ESPINOZA EJ. La Responsabilidad Objetiva de los Proveedores. Lima: Rodhas; 2015. p. 5.

¹³⁷ ESPINOZA EJ. La Responsabilidad Contractual. Lima: Rodhas; 2012. p. 16.

¹³⁸ ESPINOZA EJ. Derecho de la Responsabilidad Civil Lima: Rodhas; 2012. p. 123.

¹³⁹ BULLARD GA. Derecho y Economía. Lima: Palestra; 2008. p. 23.

2.10. DAÑOS PUNITIVOS: “Son multas civiles de carácter civil y de origen legal, que pueden implicar no sólo una obligación de dar (generalmente hablamos de una suma de dinero) sino también de otra índole (de hacer,; por ejemplo), disuasiva, accesoria, de aplicación excepcional, que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en otros supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad”¹⁴⁰.

2.11. CULPA LUCRATIVA: “Supuesto de daños producidos por un sujeto luego de hacer un cálculo costo-beneficio por el que decide actuar ilícitamente, en la inteligencia de que dicho procedimiento lo beneficia, pues las consecuencias legales que prevé en su contra el ordenamiento jurídico son insuficientes para desincentivarlo de la conducta dañosa”¹⁴¹.

2.12. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: “Se presenta cuando el patrimonio de una persona aumenta en sus activos o por una disminución del pasivo a consecuencia del empobrecimiento es una pérdida económica apreciable del patrimonio de otra persona, variaciones patrimoniales entre las que debe existir un lazo causal que a veces puede darse de manera directa el desplazamiento de valores del patrimonio del actor, o de forma indirecta con otro patrimonio de por medio, todo ello con ausencia de causa justificante”¹⁴².

3.- ANÁLISIS DE ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Conforme se ha planteado el problema no se han ubicado trabajos de investigación al respecto, en la provincia de Arequipa y tampoco se encuentran trabajos relacionados con el tema ni enfocados desde ópticas diferentes que de

¹⁴⁰ Chamatropulos DA. Óp. Cit, p. 23.

¹⁴¹ López HE. Óp. Cit. p. 76.

¹⁴² De La Puente LM. El Contrato en General. 1 vols. Lima: Palestra; 2011. p. 25

una u otra manera hubieran podido servir para la sustentación del presentes estudio, tanto con mayor razón si se trata de una institución jurídica nueva para nuestro país.

4.- OBJETIVOS

- A) Establecer cómo se desarrollan los derechos del consumidor tanto legislativamente cómo en denuncias ante INDECOPI.
- B) Determinar en qué consiste los daños punitivos
- C) Determinar si la institución de los daños punitivos debe incorporarse en la defensa de los derechos del consumidor en el Perú.

5.- HIPÓTESIS:

DADO QUE: En nuestro país no se ha regulado la institución jurídica de los daños punitivos figura que permite imponer multas civiles a los proveedores independientemente de la indemnización civil que se establezca favor de los consumidores afectados.

ES PROBABLE: Que la legislación a través del establecimiento de incentivos obtenga una respuesta del consumidor frente a las afectaciones a sus derechos evitando que las conductas dañosas se incrementen.

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y MATERIALES DE VERIFICACIÓN. -

Para la investigación objeto del proyecto se emplearán las siguientes técnicas e instrumentos.



CUADRO DE SISTEMATIZACIÓN DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

TIPO	VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS	
VARIABLE INDEPENDIENTE	DEFENSA DEL CONSUMIDOR	Relaciones de Consumo	Empresas de Bienes y Servicios	Observación Documental	Fichas Bibliográficas	
			Integrantes de la relación de consumo			
		Marco legal de Protección al Consumidor	Código de Defensa del Consumidor	Observación Documental		
			Legislación del consumidor, lagunas y deficiencias.			
		Instituciones de Protección al Consumidor	INDECOPI Atribuciones en Relaciones de Consumo	Observación Documental		
			INDECOPI Procedimiento de Reclamo y Denuncia			
			Poder Judicial Competencia y Proceso.			
		Denuncias ante INDECOPI	Resultado de los Procesos	Observación Documental		Fichas Documentales
			Costas y Costos			
			Multas			
Medidas Coercitivas						

VARIABLE DEPENDIENTE	DAÑOS PUNITIVOS	Naturaleza Jurídica	Indemnización	Observación Documental	Fichas Bibliográficas
			Sanción		
		Constitucionalidad	Desarrollo Constitucional	Observación Documental	
		Legalidad y Finalidad	Origen Legal	Observación Documental	
			Castigo		
			Disuasión		
		Ámbito de Aplicación Específico	Conducta del Infractor	Observación Documental	
			Accesoriedad a los Daños y Perjuicios		
			Aplicación Empresarial		
		Cuantificación	Criterios de Determinación	Observación Documental	
			Costo-Beneficio		
		Adecuación	Implementación en la Legislación Peruana	Observación Documental	

Como se puede apreciar en el cuadro anterior se va a verificar tanto la variable independiente como la variable dependiente tal como se describe a continuación:

- a) **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Defensa del Consumidor para sus indicadores y sub indicadores se utilizará la técnica de Observación documental esto con el fin de obtener información referente de las teorías, doctrinas, conceptos, normas legales y expedientes administrativos a revisarse.

TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
Observación Documental	Fichas Bibliográficas Fichas Documentales

- b) **VARIABLE DEPENDIENTE:** Daños Punitivos, para sus indicadores y sub indicadores se utilizará la técnica de Observación documental esto con el fin de obtener información referente de las teorías, doctrinas, conceptos, normas legales.

TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
Observación Documental	Fichas Bibliográficas

INSTRUMENTOS:

FICHA BIBLIOGRÁFICA

NOMBRE DEL AUTOR:

TITULO DEL LIBRO:

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO:

NOMBRE DE BIBLIOTECA:

CÓDIGO:

COMENTARIO O CITA:

FICHA DOCUMENTAL

EXPEDIENTE: _____ **MATERIA:** _____

DENUNCIANTE: _____

DENUNCIADO: _____

ESTADO: _____

DETALLE CONCRETO DEL CASO:

DENUNCIA: FUNDADA () INFUNDADA ()

COBRO DE COSTAS Y COSTOS: SI () NO () MONTO: _____

MULTA AL PROVEEDOR: SI () NO () MONTO: _____

MEDIDAS CORRECTIVAS:

TIEMPO DE DURACIÓN: _____

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN. -

2.1. UBICACIÓN ESPACIAL:

El estudio se realizará en la legislación, doctrina y jurisprudencia comercial del Perú, así como en los procedimientos administrativos por exista afectación al consumidor, tramitados ante INDECOPI Arequipa.

2.2. UBICACIÓN TEMPORAL:

El horizonte temporal del estudio inicia en el 2016 y concluye en diciembre 2017.

2.3. UNIDADES DE ESTUDIO, UNIVERSO Y MUESTRA. -

Las unidades de estudio están constituidas por la legislación nacional del consumidor, legislación, doctrina y jurisprudencia extranjera de daños punitivos.

Para la investigación de campo, considero como unidades de estudio la observación documental que se realizará en los procedimientos administrativos sobre afectación de derechos del consumidor tramitados en INDECOPI Arequipa conforme a la ubicación temporal señalada. Procesos que conforme a las investigaciones realizadas en la oficina regional de Arequipa se presenta una carga

en promedio de 200 expedientes dentro del periodo señalado y en vista que el universo es amplio, se tomará una muestra al azar.

MUESTRA:

$$\frac{200 \times 400}{200 + 399} = \frac{80000}{599} = 133.55 = 134$$

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.

3.1 MODO:

- La información que se obtendrá de las Bibliotecas de las principales universidades locales como Universidad Católica de Santa María, Universidad Nacional de San Agustín, Universidad Católica San Pablo, así como la Biblioteca de Colegio de Abogados de Arequipa. También se hará uso de artículos académicos, publicaciones y otros recursos electrónicos que se obtengan vía Internet.
- Para efectos de la recolección de datos, se efectuarán coordinaciones con el Director de INDECOPI, para poder tener acceso a la base de datos de expedientes en que se estudien relaciones con el tema.
- La duración del estudio en su totalidad está prevista para 4 meses y la recolección de datos entre cuatro y seis semanas aproximadamente.
- Los instrumentos a utilizar son las fichas bibliográficas y documentales.
- Una vez recolectado los datos, estos se sistematizarán estadísticamente para el análisis, interpretación y conclusiones finales.

3.2. RECURSOS:

- a) **Recursos Humanos** : Investigadora
- b) **Recursos Económicos** : Propios

3.3 VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS

Los instrumentos se encuentran en conformidad con la información que se obtendrá.

4.- CRONOGRAMA DE TRABAJO – AÑO 2017.

ACTIVIDADES	AÑO 2017
-------------	----------

Meses	Julio 2017	Agosto 2017	Septiembre 2017	Octubre 2017	Noviembre 2017
Preparación del Proyecto.	X				
Aprobación del Proyecto	X				
Recolección de Datos	X	X	X		
Análisis y Sistematización de Datos.			X	X	
Preparación del Informe				X	
Sustentación					X

5. FUENTES DE INFORMACIÓN.

4.1. BIBLIOGRAFÍA.

- a) BULLARD GONZALES, Alfredo, Derecho y Economía, Editorial Palestra, Lima, 2003.
- b) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El Contrato en General, Tomo I Editorial Palestra, Lima, 2002.
- c) DURAND CARRION, Hugo, Tutela Jurídica del Consumidor y de la Competencia, Editorial San Marcos, Lima, 1995
- d) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, Los Daños Punitivos en la Argentina, Editorial Errepar, Buenos Aires, 2009.
- e) LOPEZ HERRERA, Edgardo, Los Daños Punitivos, Editora Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- f) ARIZA, Ariel, La Reforma de Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26361, Editora Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- g) PIZARRO, Ramón Daniel, Daño Moral Prevención, Reparación, Punición, 2da Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

4.2. HEMEROGRAFÍA

- a) ACTUALIDAD EMPRESARIAL, Gaceta Jurídica, Ediciones 115, 116, 132.
- b) BULLARD GONZALES, Alfredo, Los Productos Basura y los Perjuicios del Protección al consumidor, Editorial Lus et Vetitas, Lima 1996.
- c) POSNER, Richard A. (2005) Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el sistema romano-germánico, Revista de Economía y Derecho Vol. 2No. 7.

4.3. INFORMATIGRAFIA

- a) www.madrimasd.org. Oficina del Emprendedor de Base Tecnológica –Título de Documento: Emprendimiento Empresarial, problemas y sugerencias, a la Luz de la E.I.R.L. 17/12/2009 2:55p.m.
- b) <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/733/73350106.pdf>. García Matamoros, Laura Victoria y Herrera Lozano, María Carolina. “El concepto de los daños punitivos o punitive damages” Estudio Socio-Jurídico, Bogotá (Colombia), Enero-Junio del 2000.



CONSTANCIA

POR MEDIO DE LA PRESENTE QUIEN SUSCRIBE **EDGAR RAÚL SOTO SUCA** IDENTIFICADO CON DNI 29711773, CON DIRECCIÓN DOMICILIARIA EN URB. SOLAR DE CHALLAPAMPA CALLE LOS SAUCES H-8, DISTRITO DE CERRO COLORADO, PROVINCIA Y REGIÓN DE AREQUIPA, EN MI CALIDAD DE ABOGADO ESPECIALISTA **EN DERECHO DEL CONSUMIDOR** DESDE HACE MÁS DE 12 AÑOS Y HABIENDO LABORADO EN INDECOPI, DEJO PRESENTE QUE LA FICHA DOCUMENTAL QUE SIGUE ES IDÓNEA PARA LA REALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DENOMINADA INCORPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS PARA DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN LA LEY 29571 - AREQUIPA 2016 – 2017, CONFORME A LA VERIFICACIÓN QUE SE HA REALIZADO. TESIS PRESENTADA POR EL SEÑOR FREDY RICARDO CUSIRRAMOS RODRIGO.

FICHA DOCUMENTAL

EXPEDIENTE: _____	MATERIA: _____
DENUNCIANTE: _____	
DENUNCIADO: _____	
ESTADO: _____	
DETALLE CONCRETO DEL CASO:	

DENUNCIA: FUNDADA (<input type="checkbox"/>) INFUNDADA (<input type="checkbox"/>)	
COBRO DE COSTAS Y COSTOS: SI (<input type="checkbox"/>) NO (<input type="checkbox"/>) MONTO: _____	
MULTA AL PROVEEDOR: SI (<input type="checkbox"/>) NO (<input type="checkbox"/>) MONTO: _____	
MEDIDAS CORRECTIVAS:	

TIEMPO DE DURACIÓN: _____	

Arequipa 2014 noviembre 09