

LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LOS PROVEEDORES

Juan Espinoza Espinoza[∞]

Introducción

La Asamblea consultiva del Consejo de Europa aprobó, con la resolución No. 543 de 1973, el texto definitivo de la *Carta europea de protección de los consumidores*, en el cual se enumera una serie de derechos que deben ser garantizados a los consumidores en cada uno de los países adherentes, los cuales son¹:

- a) El derecho a la protección y a la asistencia de los consumidores, que se ha de materializar en un efectivo acceso a la justicia y a una adecuada administración de la misma, protegiendo a los mismos de cualquier tipo de daño.
- b) El derecho al resarcimiento del daño soportado por el consumidor debido a la circulación de productos defectuosos, o por la difusión de *mensajes* erróneos o que inducen al engaño.
- c) El derecho a la información y a la educación, entendido como la adquisición, por parte del consumidor, de informaciones correctas sobre la calidad de los productos y de quienes los suministran.
- d) El derecho a la representación a través de organismos legitimados para ello.

Este reconocimiento de tutela de ciertas situaciones jurídicas evidencia que “ser consumidor hoy quiere decir *participar*: en el proceso productivo, en el proceso económico, en el proceso social, en el proceso político. Más que de derecho de consumo, hoy, a buen título, se puede hablar del *derecho de los consumidores*”² y que frente a este descubrimiento de *nuevos derechos* propios del *status* del consumidor, le compete al jurista optar por una posición, vale decir, “estar con el príncipe o estar con el súbdito, ponerse de parte de quien gobierna la economía o ponerse de parte de quien es, aún hoy, ‘esclavo del mercado’, del mercado de los bienes, de los servicios, de los productos financieros”³. El art. 2 de la Ley de Protección al Consumidor nos indica, como principio fundamental, que debemos “estar con el súbdito” al interpretar la posición del consumidor dentro del régimen económico que se desarrolla en el marco de la economía social de nuestro mercado.

[∞] Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima

¹ ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 1995, p. 21 y ss.

² ALPA, *op. cit.*, VIII.

³ ALPA, *La persona. Tra cittadinanza e mercato*, Feltrinelli, Milano, 1992, p.147.

1. La amplia tutela que se le da a los derechos de los consumidores en la experiencia jurídica nacional

El art. 5 de la Ley de Protección al Consumidor (LPC) reconoce los siguientes derechos:

- a) Derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física;
 - b) Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios;
 - c) Derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen;
 - d) Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios;
- Precísase que al establecer el inciso d) del artículo 5º del Decreto Legislativo N° 716, que todos los consumidores tienen el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, se establece que los consumidores no podrán ser discriminados por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público.
- e) Derecho a la reparación por daños y perjuicios, consecuencia de la adquisición de los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado o de su uso o consumo;
 - f) Derecho a ser escuchado de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita.
 - g) Derecho, en toda operación de crédito, a efectuar pagos anticipados de las cuotas o saldos en forma total o parcial, con la consiguiente liquidación de intereses al día de pago, incluyéndose así

mismo los gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes.

Los derechos de los consumidores tienen, al igual que en la mayoría de las experiencias jurídicas comparadas, un reconocimiento constitucional y, por ello, constituyen un “mínimo inderogable”⁴ que no es posible desconocer. Ello en atención a la particular posición que ocupa el consumidor dentro de nuestra economía social de mercado. Así, a nivel de legislación comparada, el art. 4 del Código de Protección y Defensa del Consumidor del Brasil, aprobado por Ley No. 8.078, del 11.09.90, reconoce como principio el “de vulnerabilidad del consumidor en el mercado de consumo”. Para calificada doctrina brasileña, la vulnerabilidad es “un estado de la persona, un estado inherente de riesgo o una señal de confrontación excesiva de intereses identificado en el mercado, es una situación permanente o provisoria, individual o colectiva, que fragiliza, debilita al sujeto de derecho, desequilibrando la relación. La vulnerabilidad no es pues, el fundamento de las reglas de protección del sujeto más débil, es apenas el “desarrollo” de estas reglas o de la actuación del legislador, es la técnica para aplicarlas bien, es la noción instrumental que guía e ilumina la aplicación de estas normas protectivas y re-equilibradoras, en busca del fundamento de Igualdad y de Justicia equitativa”⁵.

Existen tres tipos de vulnerabilidad: la técnica, la jurídica y la fáctica. Respecto de la **vulnerabilidad técnica** se afirma que “el comprador no posee conocimientos específicos sobre el objeto que está adquiriendo y por tanto, es fácilmente engañado tanto por las características del bien como en su utilidad, lo mismo ocurre en materia de servicios”⁶. La **vulnerabilidad fáctica** “es aquella desproporción fáctica de fuerzas, intelectuales y económicas, que caracteriza la relación de consumo”⁷ y la **vulnerabilidad jurídica** es entendida como la “falta de conocimientos jurídicos específicos, conocimientos de contabilidad o de economía”⁸. Como se puede observar, existe identidad entre los conceptos de vulnerabilidad técnica y jurídica con el de “asimetría informativa”, que manejamos en la experiencia jurídica nacional. Se sostiene que este principio de vulnerabilidad opera como una presunción a favor del consumidor y viendo bien las cosas, lo mismo puede decirse del principio de asimetría informativa. Se entiende que esta presunción es relativa y, por lo tanto, cabría admitir la prueba en contrario, siendo menester apreciar objetivamente el caso concreto

La tutela del consumidor no se agota en los supuestos regulados por la Ley de Protección al Consumidor: debe recordarse que el art. 2 de dicha ley establece que la protección al consumidor debe ser interpretada “en el sentido más

⁴ LORENZETTI, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Editores, Santa Fe, 2003, p. 116.

⁵ LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, cuarta edición, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, pp. 269-270. Esta posición se reitera en LIMA MARQUES, BENJAMIN y MIRAGEM, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 120.

⁶ LIMA MARQUES, op. cit., p. 270.

⁷ LIMA MARQUES, BENJAMIN y MIRAGEM, op. cit., p. 121.

⁸ LIMA MARQUES, op. cit., pp. 271-272.

favorable” al mismo⁹. En efecto, como ya lo hubiera señalado en otra sede¹⁰, a raíz de una lamentable decisión judicial, los alcances del art. 65 de la Constitución no limitan la protección al consumidor sólo a los derechos a la información, salud y seguridad. Esta disposición tiene que ser interpretada sistemáticamente con el art. 3 del mismo texto normativo que reconoce la protección amplia de los derechos de la persona, inclusive a aquellos “de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Por ello, resultaría “del todo inaceptable que por un lado (art. 3) se tutele integralmente a la persona y por otro (art. 65), se “entienda” una tutela restringida (cayendo en la absurda conclusión [...] que existe una tutela “diferenciada” para las personas y para los consumidores)”¹¹. Cabe una tutela integral del consumidor porque, como lo establece el art. 1 de la Constitución, “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” y la persona, al actuar dentro del mercado asume un *status* especial que es el de *consumidor*. Es por este motivo que la situación jurídica del consumidor ha sido reconocida constitucionalmente¹².

Hoy, con satisfacción puedo comprobar que este es el temperamento del Tribunal Constitucional. Así, en el caso llevado en el exp. No. 0008-2003-AI/TC, mediante sentencia del 11.11.03, en el cual se declaró la inconstitucionalidad del D.U. No. 140-2001, se afirmó que:

“De acuerdo con lo establecido por el artículo 65° de la Constitución, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas; a saber:

- a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.
- b) Vela por la salud y la seguridad de las personas su condición de consumidoras o usuarias.

⁹ En este sentido, GUTIÉRREZ CAMACHO, quien habla de “principio pro consumidor” en el sentido de “una interpretación que favorezca al consumidor” (en *El contrato de consumo y la crisis de la contratación clásica*, en DE LA PUENTE Y LAVALLE, CÁRDENAS QUIRÓS Y GUTIÉRREZ CAMACHO, *Contrato & Mercado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 172.

¹⁰ ESPINOZA ESPINOZA y SIFUENTES DOMENACK, *¡Vamos a la discoteca, cholito! El derecho a diferenciar vs. la prohibición de discriminar*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 5, No. 11, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 1999, p. 145 y ss.

¹¹ ESPINOZA ESPINOZA y SIFUENTES DOMENACK, *op. cit.*, p. 159.

¹² En este sentido parece orientarse una doctrina nacional que, además considera “el derecho del consumidor” como un derecho de la persona y multidisciplinario (DURAND CARRIÓN, *Tutela jurídica del consumidor y de la competencia*, Editorial San Marcos, 1995, p. 38).

(...) Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas.

Así, el artículo 3° de la Constitución prevé la individualización de "nuevos" derechos, en función de la aplicación de la teoría de los "derechos innominados", allí expuesta y sustentada.

Bajo tal premisa, el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N.º 716), no sólo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65° de la Constitución. Por ello, los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios".

De tal manera que, haciendo una interpretación sistemática entre los arts. 3 y 65 de la Constitución y la normatividad regulada en la Ley de Protección al Consumidor, podemos llegar a la conclusión que la tutela jurídica del consumidor, se extiende a todos aquellos derechos de "naturaleza análoga". En otras palabras, no nos encontramos frente a un elenco cerrado de situaciones en las cuales se debe tutelar al consumidor, también puede comprender situaciones emergentes en las cuales se afecta su *status*¹³.

2. El deber de idoneidad y de información: los pilares fundamentales para la tutela efectiva de los derechos del consumidor

En opinión que comparto, una atenta doctrina brasileña ha observado que "la protección del consumidor puede ser vista como un mecanismo para el fortalecimiento de la seguridad en las transacciones del mercado y suministrar fuentes para el desarrollo de normas sociales de confianza y certeza"¹⁴. De ahí se sigue que el deber de idoneidad y de información a cargo del proveedor son los dos pilares fundamentales sobre los cuales descansa la protección al consumidor. El **deber a que el consumidor cuente con productos y servicios idóneos** está regulado en el art. 8 LPC, el cual prescribe lo siguiente:

¹³ Así, a propósito de la legislación italiana, concretamente al elenco de derechos de los consumidores que se mencionan en la Ley No. 281, del 30.08.98, ALPA, op. cit., p. 90.

¹⁴ PORTO MACEDO JR., *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, Max Limonad, São Paulo, 1998, p. 302.

“Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde”.

Este artículo ha sido interpretado por la Sala de Defensa de la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución No. 085-96-TDC, del 13.11.96, que confirmó la Resolución en la cual la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L., a propósito de la comercialización de un par de zapatos que se rompieron dos meses después de haber sido adquiridos. En dicha Resolución, se estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

- a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.
- b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo.

Dentro de este orden de ideas, “no es necesario establecer contractualmente una garantía para que el proveedor sea responsable por la falta de idoneidad. El deber de responder existe *per se* al haber comercializado el producto o servicio”¹⁵. El **deber de información** que se impone al proveedor está regulado en el art. 15 LPC, el cual establece que:

¹⁵ FERRAND RUBINI, *La idoneidad del producto o servicio*, en *Ley de Protección al Consumidor. Comentarios. Precedentes Jurisprudenciales. Normas Complementarias*, a cura de ESPINOZA ESPINOZA, Rodhas, Lima, 2004, p. 108.

“El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes.

Está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos”.

En doctrina se advierte que “como consecuencia de la gran importancia que adquiere cada día la información del consumidor y la dificultad de unificación de las legislaciones, surge el concepto de **consumidor normalmente informado**”¹⁶. El precedente de observancia obligatoria aprobado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal, mediante Resolución N° 102-07/TDC-INDECOPI, del 16.04.97, precisó que la obligación de informar de los proveedores debe entenderse como la obligación de poner en conocimiento toda la **información relevante** para efectos de que los consumidores puedan realizar una adecuada decisión de consumo o un uso correcto de los bienes y servicios que han adquirido. En efecto, esta resolución, confirmó la decisión de la Comisión que declaró fundada la denuncia presentada por la señora Liliana Carbonel Cavero en contra de Finantour S.R.L., estableciéndose el siguiente precedente de observancia obligatoria:

“1. Los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquélla pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria. Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. En lo no previsto, se considerará que las partes acordaron que el bien o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios

¹⁶ Así, se sostiene que “según la doctrina y la jurisprudencia del tribunal europeo la noción de consumidor normalmente informado comprende a que al que si se le ha facilitado la información necesaria sobre los productos que desea conseguir, puede confiar en su propio discernimiento para proteger su salud y evitar ser inducido a error” (FERNÁNDEZ GIMENO, *Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica*, en *Derecho Privado de Consumo*, coordinado por REYES LÓPEZ, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 97).

por los cuales éstos suelen adquirirse o contratarse según el nivel de expectativa que tendría un consumidor razonable.

2. La prueba de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible por un consumidor razonable dadas las circunstancias corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual. De esta manera, en caso que el consumidor alegue que el bien o servicio debe tener características superiores a las normalmente previsibles dadas las circunstancias, la carga de la prueba de dicha característica recaerá sobre aquél – es decir, corresponderá al consumidor probar que se le ofreció una promoción adicional o que se le ofrecieron características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsibles-. Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsibles dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él – es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podían esperar”

La situación de asimetría informativa por parte del consumidor se completará con lo que los usos en el mercado proporcionen sobre las características del producto o servicio sobre el cual no se ha sido debidamente informado. En efecto:

“la Sala considera que el cumplimiento o no de esta obligación debe ser, en principio, analizada en abstracto, esto es, tomando en cuenta lo que normalmente esperaría un consumidor razonable en las circunstancias que rodean la adquisición de un producto o la contratación de un servicio. Esta definición determinará qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de la operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente. Para ello se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. Así, en lo no previsto, se considerará que las partes acordaron que el bien o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios por los cuales suelen adquirirse o contratarse según el nivel de expectativa que tendría un consumidor razonable”.

Los criterios que podemos desprender de la interpretación de estas situaciones jurídicas son los siguientes:

- a. El deber de información y de idoneidad del proveedor surgen como mecanismos de tutela del consumidor dirigidos a nivelar su situación de asimetría.

- b. El proveedor está obligado a suministrar aquellos datos que sean relevantes para una adecuada decisión y elección de consumo.
- c. El deber de idoneidad se materializa en que los productos y servicios que el proveedor pone en circulación en el mercado respondan a las expectativas de un consumidor razonable.
- d. Una de las maneras de cubrir estas expectativas se da a través de la garantía, que no es más que la asunción de responsabilidad del proveedor frente al consumidor, en caso el producto o servicio no satisfaga las expectativas antes mencionadas
- e. Si no se delimita de manera expresa esta garantía, se aplicará la presunción de la garantía implícita, que se configurará en atención a los usos comerciales en cada caso particular.

Si bien es cierto que desde una perspectiva teórica se pueden distinguir los deberes de idoneidad y de información, frente a una infracción en concreto resulta difícil delimitar si se ha vulnerado uno u otro¹⁷. Ello, en atención a que el deber de idoneidad es de un alcance tan genérico, que en algunos supuestos subsume al de información. Veamos:

- a. En el caso de una fundación en cuyo museo se exhibían como verdaderas (siendo falsas) piezas textiles y metálicas que se afirmaba, provenían de diversas culturas precolombinas. La Comisión de Protección al Consumidor, en la Resolución Final No. 870-2001/CPC-INDECOPI, del 06.12.01, calificó este hecho como una infracción al deber de idoneidad, afirmando que:

“ha quedado acreditado que la Fundación no ha brindado un servicio idóneo a un consumidor razonable que visita y recorre las instalaciones del museo, puesto que en base a la información brindada al consumidor y a la forma de presentación de las piezas textiles y metálicas que se exhiben en el museo, tiene la legítima expectativa y creencia de que se trata de piezas pertenecientes a culturas precolombinas en su totalidad, no obstante lo cual, conforme ha quedado probado en el presente caso, algunas de las referidas piezas eran de manufactura moderna, artesanía o piezas reconstruidas con material arqueológico. Por tanto, la Fundación ha infringido el deber de idoneidad contenido en el artículo 8 del Texto

¹⁷ Un sector de la doctrina nacional afirma que las infracciones de ambos deberes “pueden ser las dos caras de una moneda” (BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra, Lima, 2003, p. 434).

Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor”
(el subrayado es mío).

Esta decisión fue confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución No. 0419-2002/TDC-INDECOPI, del 07.06.02.

- b. La Comisión de Protección al Consumidor inició un procedimiento de oficio por infracción a los deberes de información y de idoneidad a una fábrica de conservas de atún que, en la etiqueta de sus productos indicaba una cantidad de gramos como peso escurrido, cuando en verdad, después de una muestra quedó acreditado que dicho peso era menor. En la Resolución Final No. 1219-2004/CPC-INDECOPI, del 24.11.04, calificó este hecho como una infracción al deber de idoneidad y no de información, afirmando que:

“El procedimiento de oficio se inició por presunta infracción a la Ley de Protección al Consumidor respecto a los artículos 5 inciso b, y 15 (derecho de información) y al artículo 8 (deber de idoneidad) en la comercialización de conservas de atún que contendrían un peso escurrido menor al declarado en el rotulado.

Antes de efectuar el análisis del caso concreto, la Comisión considera pertinente determinar si los hechos denunciados podrían constituir supuestos de infracción autónomos al derecho de información y al deber de idoneidad, respectivamente, conforme a lo establecido en la denuncia; o por el contrario, si el hecho denunciado solo podría constituir un único supuesto de infracción donde la información inexacta generaría una contravención al deber de idoneidad.

Para hacer el examen de tipificación correspondiente es necesario determinar los bienes jurídicos tutelados por el derecho de información y el deber de idoneidad. En cuanto al derecho de información, el artículo 5 inciso b) regula el derecho que tienen los consumidores a recibir de los proveedores toda la información necesaria sobre las características de los productos y servicios que desean adquirir, a fin de que puedan realizar una elección adecuada. Asimismo, el artículo 15 regula la obligación que tiene el proveedor de consignar en forma veraz, suficiente, apropiada y muy fácilmente accesible al consumidor, la información sobre los productos o servicios que oferte en el mercado, de modo que no se le induzca a error. Por otro lado, el artículo 8 impone al proveedor el deber de entregar al consumidor sus

productos o prestar sus servicios en las condiciones ofrecidas y acordadas. En esta línea, existirán supuestos autónomos de infracción al derecho de información como es la falta de especificación de ingredientes en un alimento, o supuestos donde el derecho de información esté subsumido en el derecho del consumidor a recibir un producto o servicio idóneo como podría ser el caso de un museo que informa sobre características de piezas que resultan ser falsas.

La Comisión considera que en los hechos materia de denuncia se deberá determinar qué es lo que esperaría un consumidor razonable al adquirir una conserva de atún de marca “Florida”; ello, en base a la información consignada en el rotulado de dichos productos alimenticios. En consecuencia, existirá infracción a los derechos del consumidor si al adquirir la conserva de atún, éste no recibe el peso escurrido esperado, según lo informado en el rotulado; constituyendo este hecho un supuesto de infracción al deber de idoneidad establecido en el artículo 8 de la Ley. Por tanto, corresponde declarar infundado el extremo de la denuncia por infracción a los artículos 5 inciso b, y 15 de la Ley; y proceder al análisis de la supuesta infracción al artículo 8 sobre el deber de idoneidad” (el subrayado es mío).

De esta manera, la relación entre el deber de idoneidad y el de información es de género a especie, por ello -como ya se mencionó y demostró- hay supuestos en que se lesiona el primero a través de una inadecuada información. Ello no quiere decir que el deber de información carezca de autonomía, por cuanto hay casos en los cuales nos encontramos frente a una infracción a este deber sin tener que recurrir al deber genérico de idoneidad. Así, debido a que el 83% de los televisores comercializados por un proveedor tendría un área visible inferior a la ofrecida, es decir, el tamaño ofrecido era el de la pantalla antes de colocarla en el gabinete del televisor y no el correspondiente al área visible, la Comisión, mediante Resolución Final No. 090-2002-CPC, del 20.11.02, calificó este supuesto como una infracción al deber de información, afirmando que:

“ha quedado acreditado que Saga no cumplió con brindar información suficiente y adecuada a los consumidores respecto del tamaño de las pantallas de los televisores comercializados en sus establecimientos, de acuerdo a lo que esperaría un consumidor razonable. En efecto, durante el transcurso del presente procedimiento, ha quedado acreditado lo siguiente:

a) que, en su condición de proveedor, de acuerdo a lo establecido por la Ley de Protección al Consumidor, Saga se encontraba obligado a brindar información suficiente y adecuada a los consumidores respecto del tamaño de los televisores que comercializa en sus establecimientos, especificando si el fabricante se refería al tamaño del tubo de imagen o al área visible de la pantalla al señalar las pulgadas de los televisores.

b) que, al no existir una norma, ni un uso comercial establecido respecto de la forma de medición de las pantallas de los televisores, Saga se encontraba obligado a brindar toda la información relevante a los consumidores respecto del tamaño real de los televisores ofrecidos, es decir, que debía especificar si las pulgadas de los televisores ofrecidos hacían referencia al tubo de imagen o al área visible del mismo, toda vez que los dos estándares para la medición de las pantallas de los televisores eran de conocimiento de la empresa denunciada”.

Esta decisión fue confirmada por la Sala mediante Resolución No. 0037-2003/SDC-INDECOPI, del 12.02.03.

3. La responsabilidad objetiva administrativa derivada de la infracción a la Ley de Protección al consumidor

El art. 41 del D. Leg. No. 716, Ley de Protección al Consumidor, reformado por la Ley No. 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, del 12.07.00, establece que “los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente ley”¹⁸. Frente a esta innovación legislativa, que recogió un precedente jurisprudencial administrativo ya consolidado, cierta doctrina ya ha expresado su preocupación

¹⁸ El artículo completo recita: “Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una Multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro. La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente será determinada atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI salvo lo dispuesto en el Artículo 45 de la presente Ley”.

y ha advertido que la responsabilidad administrativa del proveedor no debe afirmarse “en términos absolutos”¹⁹.

¿Cuáles son los alcances de esta responsabilidad administrativa?. En primer lugar se debe recordar que la responsabilidad civil y administrativa son dos tipos de responsabilidad de naturaleza diversa y, por consiguiente, el concepto de responsabilidad civil objetiva (derivada del incumplimiento de un contrato con obligaciones de resultado o derivada de un daño extra-contractual) no coincide, con el de responsabilidad administrativa objetiva por infracción de la Ley de Protección del Consumidor, por cuanto esta última se limita a invertir la carga de la prueba a efectos que sea el proveedor el que demuestre que la falta de idoneidad o calidad del producto o del servicio no le son atribuibles. Dicho en otras palabras: ante la denuncia de un consumidor insatisfecho que pruebe su daño, se presume *iuris tantum* que el proveedor es responsable (se entiende, por la idoneidad y calidad del producto o del servicio que pone en circulación en el mercado, por información, entre otros supuestos). Y es justamente, en el momento que el proveedor debe demostrar su *falta de responsabilidad*, que puede disolver esta presunción, demostrando que empleó la diligencia requerida en el caso concreto o acreditando que hubo ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o del propio consumidor dañado. Insisto en tener en cuenta que ambas responsabilidades son de naturaleza y competencia distinta. Así, la Comisión de Protección al Consumidor, en la Resolución Final No. 587-99, del 22.11.99, ha establecido que:

“el hecho que la ley contenga una garantía implícita y objetiva a favor de los consumidores, no significa que el proveedor tenga siempre que responder en todos los casos en que el producto o servicio no resulten idóneos para la finalidad a la cual están destinados. Para que la responsabilidad se traslade al proveedor y surja para éste la obligación de responder frente al consumidor, es necesario que exista una relación de causalidad entre su conducta y la falta de idoneidad en el bien o servicio. En efecto, la garantía implícita y objetiva no convierte al proveedor siempre en responsable, pues podría suceder que la falta de idoneidad en el bien o servicio materia de comercialización haya sido causada por un factor diferente, como puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor, circunstancias en las que, obviamente, el proveedor no puede ser considerado como responsable de lo ocurrido” (el subrayado es mío).

Hasta aquí podría pensarse que hay una coincidencia “simétrica” entre la responsabilidad objetiva, diseñada por el Código Civil y la Ley de Protección al

¹⁹ Así, a propósito de la responsabilidad de los productores, FERNÁNDEZ CRUZ, *Dios no quiera que se repita el cuento*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, No. 23, Gaceta Jurídica, Lima, agosto, 2000, p. 10.

Consumidor. Sin embargo, en esta misma resolución, a párrafo seguido, se agrega que:

“es importante destacar que el supuesto de responsabilidad objetiva en la actuación del proveedor, impone a éste la obligación procesal de sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de idoneidad del bien colocado en el mercado o en el servicio prestado, sea porque actuó cumpliendo con las normas debidas o porque pudo acreditar la existencia de hechos ajenos que lo eximen de responsabilidad objetiva” (el subrayado es mío).

¿Qué significa actuar cumpliendo con las normas debidas? ¿Acaso no nos encontramos frente a un supuesto que se actuó con la diligencia ordinaria o si se quiere, con el parámetro del “proveedor razonable”? A mi modo de ver, este pasaje de la resolución confirma mi opinión que la responsabilidad objetiva administrativa, para la Ley de Protección al Consumidor, no es más que una presunción *iuris tantum* de responsabilidad (a la cual no se le ha dado un término feliz) que puede ser disuelta, no sólo acreditando los supuestos de ruptura del nexo causal, sino también, probando que el proveedor (en el caso de prestación de servicios) actuó utilizando la diligencia requerida. Por lo tanto, es cosa bien diversa de la responsabilidad objetiva diseñada en el Código Civil.

No obstante, si bien el análisis de la intencionalidad del proveedor es irrelevante a efectos de imputarle responsabilidad, éste es tenido en cuenta al momento de fijar la sanción. Así, la Resolución No. 0321-2000/TDC-INDECOPI, de la Sala de Defensa de la Competencia, con fecha 02.08.00, ha precisado que:

“Si bien es cierto que la responsabilidad administrativa por infracciones a la Ley de Protección al Consumidor es objetiva, la sanción podrá variar dependiendo de si el infractor actuó, además con culpa leve, culpa grave, culpa inexcusable o dolo al producir el daño. Este factor, debe ser distinguido del grado de participación causal, pues podría existir una acción dolosa que contribuyera poco a la producción del daño o un caso de culpa leve que tuviera una gran contribución a la producción del daño.

En consecuencia, el análisis sobre el grado de intencionalidad del agente se realiza con independencia del análisis de causalidad”.

4. ¿Son las medidas correctivas un tipo de reparación civil?

La Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, Ley No. 27311 (Ley de Fortalecimiento) vigente desde el 19.07.00, ha introducido una serie de modificaciones sustantivas y procesales a las normas contenidas en el Decreto Legislativo No. 716, Ley de Protección al Consumidor.

¿Qué pasaría ahora si un consumidor contrata un camión de mudanza y por un descuido del transportista se cae la cocina y se deteriora de tal manera que deviene en inservible? ¿Basta que le devuelva el monto del transporte? ¿Le debe pagar la reparación de la cocina? ¿Debe pagarle por la comida que tenía y se malogrará al no ser cocinada?. Antes de la reforma, la Comisión de Protección al Consumidor sólo podía establecer sanciones que oscilaban entre el cierre del establecimiento (temporal o definitivo) del proveedor, decomiso, multas o advertencias. Ahora, con las modificaciones introducidas por la Ley de Fortalecimiento y la Ley No. No. 27917, del 17.12.02, se introducen las denominadas “medidas correctivas” (art. 42 reformado). Particular atención merece la medida correctiva establecida en el art. 42 k, que tiene “por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro”.

En el ejemplo que se ha propuesto, el consumidor podrá solicitar a la Comisión de Protección al Consumidor que le pague la reparación de la cocina y, de ser el caso, que le compre otra con las mismas características y uso. La pregunta que surge inmediatamente es ¿No se trata del pago de una indemnización? Y si es así ¿Es competente la Comisión para ello?

La Comisión ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos puntos, entre otras, en las Resoluciones No. 513-2000-CPC, de fecha 01.02.01 y 617-2000-CPC, del 25.01.01. En el primer caso un dependiente de una estación de gasolina suministró petróleo diesel al vehículo de una consumidora, cuando ésta había solicitado gasolina de 97 octanos. Se ordenó al proveedor el pago de una multa ascendente a 0,15 UITs y pagar, como medida correctiva, los gastos en que incurrió para la reparación del vehículo. En el segundo, una consumidora denunció a una línea aérea por cuanto se produjo un atraso de una hora en su vuelo. En este caso, la Comisión sancionó con una amonestación al proveedor y declaró improcedente su solicitud de pago de una indemnización por daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Los fundamentos de ambas decisiones han sido los siguientes:

1. De acuerdo al art. 39 de la Ley de Protección al Consumidor, la Comisión de Protección al Consumidor es competente para conocer administrativamente las infracciones contenidas en dicha ley, “sin perjuicio de las indemnizaciones de carácter civil y la aplicación de las sanciones penales a que hubiera lugar”.
2. Las medidas correctivas tienen una naturaleza distinta de las indemnizaciones, por cuanto las primeras son sanciones de carácter administrativo.
3. Las medidas correctivas no tienen carácter resarcitorio *per se*, pues lo que se pretende es únicamente revertir los efectos de una conducta infractora, del mismo modo como una **acción de amparo** pretende hacer cesar o revertir los efectos de una conducta conculcatoria de los derechos constitucionales de un individuo, sin tener por ello carácter indemnizatorio, no obstante el evidente aumento de bienestar causado en el individuo por la remoción del acto violatorio.

4. La potestad para dictar medidas correctivas es materia de competencia administrativa. En el Perú, órganos reguladores como OSIPTEL, OSITRAN y OSINERG pueden dictarlas.

Observando bien las cosas, parece que la línea divisoria entre una medida correctiva y una indemnización en forma específica por daño emergente es bastante tenue y podría confundirse. No se debe olvidar que la función del resarcimiento en manera específica no se agota en el hecho que las cosas vuelvan a su estado anterior, sino que incluye supuestos dirigidos a aliviar o satisfacer la situación del dañado. La medida correctiva es una sanción administrativa que busca (sólo) tratar que las cosas vuelvan al estado anterior. No hay usurpación de funciones del Poder Judicial: tan cierto es ello que cualquiera de las partes involucradas podría contradecir judicialmente, agotada la vía administrativa previa, el mandato de cumplir con la medida correctiva. En efecto, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, con razón, ha distinguido la **competencia primaria**, que le corresponde a la Comisión de Protección al Consumidor y a la propia Sala del INDECOPI, de la **jurisdicción** de la cual es titular el Poder Judicial, en la Resolución No. 0221-2002/TDC-INDECOPI, del 22.03.02, al precisar que:

“El inciso primero del artículo 139° de la Constitución establece la exclusividad de la función jurisdiccional, lo que implica que en nuestro país ésta únicamente puede ser ejercida por el Poder Judicial. Ello quiere decir que ningún otro órgano puede irrogarse la función de resolver conflictos de intereses con relevancia jurídica, sea en forma privada o por acto propio.

El concepto de jurisdicción suele ser utilizado erróneamente para identificar la materia o naturaleza del contenido del caso específico, la que sirve a su vez para individualizar al órgano jurisdiccional que se debe encargar de su trámite. Sin embargo, debe tenerse presente que ello en estricto no es otra cosa que competencia material. Jurisdicción es la potestad pública de juzgar de manera definitiva y hacer ejecutar de manera forzosa dicha medida sin que se encuentre referida a una materia determinada, puesto que la materia es en realidad una cuestión de competencia y no de jurisdicción.

La competencia es el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. El hecho que un órgano tenga competencia para conocer determinada materia no significa que esté ejerciendo función jurisdiccional, salvo que la esté conociendo de manera definitiva.

Así, se admite actualmente que la Administración puede tener competencia primaria sobre materias que antes eran de competencia privativa del Poder Judicial, como los procedimientos concursales, de protección al consumidor, entre otros. Casos que fueron o podrían ser conocidos de manera directa por el Poder

Judicial son, por razones técnicas o de diverso orden, derivados de manera previa a la administración.

Ello no implica que la administración esté ejerciendo función jurisdiccional, entendida como la potestad de resolver conflictos de manera definitiva. Los órganos administrativos resuelven estos casos sin perjuicio de que corresponda al Poder Judicial determinar de manera definitiva si lo hicieron de manera correcta. Sus decisiones siempre pueden ser revisadas por el Poder Judicial mediante la interposición de una demanda contencioso administrativa” (el subrayado es mío).

De esta manera, la potestad que tiene la Comisión de Protección al Consumidor de dictar medidas correctivas, corresponde a la competencia primaria que le ha sido conferida por ley, la cual, en absoluto significa una invasión de la función jurisdiccional, puesto que existe la posibilidad que sus decisiones sean contradichas por el Poder Judicial. Así, el artículo 61 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que: “La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.” Al respecto, se deben tener en cuenta los diversos modelos legislativos que circulan en nuestro sistema jurídico:

- a) El art. 72 de la Ley del Mercado de Valores, D. Leg. No. 861, del 21.10.96²⁰ y el art. 45 del Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por exclusión, Resolución CONASEV No. 630-97-EF/94.10, del 17.10.97²¹, establecen

²⁰ El inc. a) de este artículo establece lo siguiente: “quien realice la adquisición de acciones que le otorgue participación significativa en el capital de una sociedad que tiene inscritas sus acciones de capital en rueda de bolsa sin observar el procedimiento señalado en el presente capítulo, queda suspendido en el ejercicio de los derechos inherentes a tales acciones y obligado a su venta mediante oferta pública en un plazo no mayor de dos (2) meses. En caso de obtener una ganancia de capital como producto de dicha venta, deberá entregarla a los accionistas que le transfirieron tales valores. Es nulo todo acuerdo que se adopte ejerciendo la representación de las acciones adquiridas con prescindencia del procedimiento de oferta pública de adquisición, así como todo acto de disposición que se efectúe con tales valores. Lo dispuesto en el presente inciso es de aplicación a los casos de incumplimiento de la obligación de efectuar una oferta pública de adquisición cuando se trate de otros valores, en lo pertinente.

CONASEV tiene personería jurídica para interponer las acciones correspondientes, con arreglo a lo normado en el Artículo 143 de la Ley General de Sociedades (art. 139 de la actual)”.

²¹ El cual precisa que “sin perjuicio de las demás sanciones a que ha lugar, en caso que el oferente, sea inicial o competidor, adquiera valores objeto de la oferta fuera de ésta y a precio superior al ofrecido en la misma durante el plazo de su vigencia, queda obligado a elevar el precio ofrecido al valor más alto transado durante la oferta. Igualmente, cuando la contraprestación sea parcial o totalmente en valores y el referido oferente, durante el plazo de la oferta, adquiere valores objeto de la misma con pago en dinero o cuando en general adquiere valores objeto de la oferta en condiciones más favorables, queda obligado a ofrecer en la OPA una contraprestación y modalidad de pago en iguales condiciones. En los casos contemplados en el presente párrafo se consideran no puestos los límites mínimo y máximo a los que se haya condicionado la oferta.

Así mismo y sin perjuicio de las sanciones a que ha lugar, cuando se observe que una persona, natural o jurídica, mediante alguna o reiteradas adquisiciones de valores, elude la obligación de

como medida correctiva, la venta de acciones adquiridas indebidamente por oferta pública, la cual será impuesta por una autoridad administrativa, como es la CONASEV.

- b) El art. 193 de la Ley de Derechos de Autor, D. Leg. No. 822, del 23.04.96, regula que, de ser el caso, sin perjuicio de la aplicación de la multa, la autoridad administrativa, en este caso, la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI, impondrá al infractor, el pago de las “remuneraciones devengadas” a favor del titular del respectivo derecho o de la sociedad que lo represente.
- c) La Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444, del 10.04.01, precisa en su art. 198.2 que habrá lugar a la ejecución subsidiaria o por subrogación, cuando se trate de actos que por no ser personalísimos puedan ser realizados por sujeto distinto del obligado y “el importe de los gastos, daños y perjuicios” que ello origine, se exigirá vía ejecución coactiva²².

En atención a estas consideraciones, lejos de ver en estas facultades un conflicto de competencia con el Poder Judicial, debemos tener en cuenta que “la competencia del Indecopi en materias vinculadas a la protección del

efectuar una OPA o la efectúa por una cantidad inferior a la que corresponde de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento, queda sujeta a la obligación de formular una OPA por una cantidad de valores igual a la que adquirió sin formular la OPA a la que estaba obligado. La contraprestación para efectos de esta OPA no puede ser inferior a la que resulta de la aplicación del Artículo 37º del Reglamento”.

La aplicación del segundo párrafo de este artículo, fue precisada mediante Resolución CONASEV No. 010-2002-EF/94.10, del 12.02.02, cuyo artículo único regula que “lo dispuesto por el segundo párrafo del Artículo 45º del Reglamento de Oferta Pública de Adquisición (OPA) y Compra de Valores por Exclusión, aprobado por Resolución CONASEV No. 630-97-EF/94.10 y modificado por Resolución CONASEV No. 088-2000-EF/94.10, relativo a la realización de una OPA por parte de la persona natural o jurídica que haya adquirido participación significativa sin haber realizado el procedimiento previsto en el aludido reglamento, no debe entenderse como una consecuencia de obligatorio cumplimiento para el infractor, siendo opcional la formulación de dicha OPA, siempre que haya dado pleno cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 72º de la Ley del Mercado de Valores, aprobada por Decreto Legislativo No. 861”.

²² Al respecto, se afirma que “cuando se intenta exigir el cumplimiento de prestaciones materiales y fungibles (no pecuniarias), cuya satisfacción no es estrictamente personal, procede que la Administración busque su cumplimiento a través de un sujeto distinto al obligado original, pero con cargo a éste, recurriendo a la ejecución subsidiaria o por subrogación. Por ejemplo, la demolición de una construcción irregular, el retiro de un vehículo de la vía pública, reparaciones, demolición de construcciones, realización de inventarios, sacrificio de animales, la construcción de servidumbres o caminos, restitución de cultivos o sembríos, etc.

Ante el incumplimiento del obligado original, la Administración logra satisfacer su exigencia alternativamente a través de sus propios funcionarios o mediante terceros pero en ambos casos, a costa del primero, quien deberá revertir los gastos que ocasione esta forma de ejecución a través de la vía coactiva, y adicionalmente indemnizará los daños y perjuicios que su omisión hubiere ocasionado. Lo que realiza la Administración, por sí misma o a través de terceros, es exactamente lo que tenía que haber realizado el obligado y no lo realizó, pues, no es admisible realizar obligaciones más amplias o complementarias, e incluso realizarlas por procedimientos más costosos” (MORÓN URBINA, *Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, pp. 418-419).

consumidor es una contribución a la administración de justicia en el Perú. En este sentido, el Indecopi es un aliado del Poder Judicial. Se trata de un complemento que, por un lado, facilita el acceso del consumidor a mecanismos heterónomos de solución de conflictos, en tanto los costos de acceder a la tutela del Indecopi son significativamente menores que los costos de acceder al Poder Judicial. Por otro lado, la competencia del Indecopi en estas materias alivia sustancialmente la carga de trabajo del Poder Judicial”²³.

Por ello, siguiendo (y finalizando) con el ejemplo propuesto, si el consumidor perjudicado pretende solicitar indemnización por daño emergente, lucro cesante o daño moral, si fuere el caso, deberá recurrir al Poder Judicial, que es el único órgano competente para ello. La casuística que se va a presentar va a ser un laboratorio interesante que nos va a permitir observar cómo la protección de los derechos de los consumidores se va a hacer cada vez más efectiva. Para ello se requerirá que el protagonista, que es el consumidor, sea razonable en sus elecciones; que el proveedor sea responsable y que los órganos reguladores (Poder Judicial, Indecopi, OSIs) sean ágiles y respondan a las exigencias de sus *usuarios*.

Una limitación peligrosa y carente de fundamento jurídico es la que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI ha hecho en su Resolución No. 0511-2002/TDC-INDECOPI, del 05.07.02, en la cual, revocando la Resolución No. 222-2001-CPC, del 22.03.01, en la que se ordenó la devolución al consumidor de la cantidad de US\$ 40,000.00, pagados al proveedor por concepto de adelanto del precio de un departamento, ha afirmado que:

“El otorgamiento de una medida correctiva importa el ejercicio de una facultad discrecional de la autoridad administrativa. Toda actuación de tipo discrecional de la autoridad administrativa debe tener en consideración su necesaria adecuación a los márgenes que el ordenamiento jurídico señala en un estado de derecho y la trascendencia económica de las pretensiones en disputa que pudiera justificar su solución en la vía judicial.

Para satisfacer tal exigencia, al evaluar el otorgamiento de una medida correctiva en el ámbito de la protección al consumidor, la autoridad administrativa debe tener en consideración una serie de criterios alternativos que se relacionen con la especificidad del caso concreto objeto del pronunciamiento y que, en conjunto, determinen la conveniencia de otorgar o denegar la misma.

En efecto, para emitir su pronunciamiento la autoridad administrativa debe tener en consideración, por ejemplo, si su mandato tiene posibilidad real de ser satisfecho por la parte obligada en virtud de las características propias del caso que sea objeto de

²³ INDECOPI, *Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y Propuesta*, Documento de Trabajo No. 001-2000, Área de Estudios Económicos del Indecopi, Separata Especial, Normas Legales, Lima, 15.03.00, p. 184738.

pronunciamiento; si atendiendo a la trascendencia económica de las pretensiones en conflicto es conveniente que las mismas sean resueltas en el ámbito judicial (sic); si el mandato podría involucrar la ejecución de una actuación contraria a derecho o que debiera requerir la intervención de terceros ajenos al conflicto; o, cualquier otra consideración que resultara relevante para el pronunciamento. Atendiendo a lo señalado, en este caso específico, la Sala considera conveniente dejar sin efecto la medida correctiva dictada por la Comisión, toda vez que la misma, al haber dispuesto la devolución del dinero recibido por parte del proveedor, implica la resolución de un contrato de naturaleza civil, impondría a su vez a la denunciante la obligación recíproca de devolver el inmueble, y resuelve pretensiones que por su trascendencia tienen los incentivos suficientes para que las partes solucionen sus controversias en la vía judicial” (el subrayado es mío).

Sin embargo, esta decisión colegiada cuenta con un (inteligente y bien fundamentado) voto de discordia, en el cual se sostiene que:

“El que suscribe el voto en discordia no coincide con la mayoría en que un factor a tomar en cuenta sea la magnitud de la transacción que está siendo analizada, pues ello llevaría a efectuar una discriminación frente a la ley. Una persona que adquiere un electrodoméstico, por dar un ejemplo, tendría mas posibilidades de beneficiarse de una medida correctiva que una que adquiere un inmueble. Más aún, ¿cuál sería la magnitud que determinaría el que la autoridad administrativa puede o no otorgar medidas correctivas? No habría ningún fundamento con base al cual establecer tal diferenciación.

Del mismo modo que la norma es expresa en señalar la facultad de la Comisión y, en consecuencia, de esta Sala, para otorgar estas medidas, la norma indica que los consumidores tienen tal derecho, sin señalar distinción alguna. Más aún, cuando se definen los posibles bienes que podrían ser objeto de la transacción tutelada bajo la Ley, se señala que pueden ser bienes muebles o bienes inmuebles. El bien en cuestión en el presente caso es precisamente un bien inmueble.

Más aun, la Sala en varios pronunciamientos anteriores ya ha otorgado medidas correctivas frente al incumplimiento de los proveedores de lo ofrecido a los consumidores.”

En efecto, la Ley de Protección al Consumidor no establece, en materia de imposición de medidas correctivas, ninguna limitación en materia de cuantía. El argumento que la devolución del dinero implica la resolución del contrato, no resiste al análisis, porque la finalidad de las medidas correctivas es la de “volver las cosas al estado anterior”: con este razonamiento, se llegaría al absurdo que si una persona compra un chocolate en mal estado, la Comisión no podría ordenar la medida

correctiva de devolución del dinero ¡Por que implicaría la resolución de este contrato de consumo!, con lo cual, la actuación de la Comisión, por decir lo menos, quedaría bastante limitada.

A nivel de doctrina, la decisión de la mayoría de la Sala ha sido fuertemente criticada, así, se ha afirmado que “este “parámetro” arbitrario establecido por la Sala no solo no tiene respaldo legal alguno, sino que determina la nulidad de su pronunciamiento en aplicación de lo establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General, que dispone que es nulo todo acto administrativo que contemple la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo”²⁴. En este orden de ideas, se llega a la conclusión que “el pronunciamiento de la Sala desincentiva el cumplimiento de las normas de protección al consumidor de los proveedores dedicados al intercambio de bienes y servicios de un importante valor económico”²⁵.

Mediante la Ley No. 27917, del 17.12.02, se ha modificado el art. 42 del T.U.O. de la Ley de Protección al Consumidor, aprobado por D.S. No. 039-2000-ITINCI, precisando así, los alcances de las medidas correctivas. El actual art. 42, contiene un elenco (que no es taxativo) de diversos tipos de medidas correctivas que la Comisión y la Sala pueden (y deben) aplicar. El art. 2 de la mencionada ley es enfático al prescribir que:

“las medidas correctivas tienen como finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiese ocasionado en el mercado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro. Para ello se parte de la existencia de una relación de consumo en todos los sectores y sin límite de monto. Las medidas correctivas no tienen naturaleza indemnizatoria o resarcitoria.

La Comisión no es competente para ordenar indemnizaciones. Corresponde esta facultad, de manera exclusiva al Poder Judicial. Las pretensiones de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria que se presenten a la Comisión de Protección al Consumidor, en el marco de una relación de consumo, serán rechazadas” (el subrayado es mío).

No obstante ello, el art. 3 de la mencionada ley, establece que:

“En el ejercicio de la facultad otorgada a la autoridad administrativa para imponer medidas correctivas, ésta tendrá en consideración la posibilidad real del cumplimiento de la medida, los alcances jurídicos de la misma y el monto involucrado en el conflicto. En aquellos casos en los que la autoridad administrativa decidiera no otorgar una

²⁴ CANALES MAYORGA y MIRO QUESADA MILICH, *¡Cuidado consumidor! Si el monto de la medida correctiva que solicitas es “elevado”...te esperamos en el Poder Judicial*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, No. 50, Año 8, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2002, p. 139, quienes hacen referencia al art. 63 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

²⁵ CANALES MAYORGA y MIRO QUESADA MILICH, op. cit., p. 140.

medida correctiva, queda a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en la vía judicial” (el subrayado es mío).

Si se observa con atención, el fraseo del art. 3 de esta ley es muy parecido a los fundamentos que utilizó la mayoría de la Sala para concluir en la (injustificada) autolimitación que se impuso al dictar las medidas correctivas. Además, establece el supuesto que la autoridad administrativa decida no otorgar una medida correctiva. Estas prescripciones deben ser entendidas en armonía con el art. 63 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, vale decir, que no pueden implicar la abstención del ejercicio de las atribuciones, ni de la Comisión ni de la Sala, que –como ya mencioné- están claramente delimitadas por el art. 2 al prescribir que no hay límite de monto al imponer una medida correctiva²⁶.

Téngase en cuenta que, a raíz de un conocido caso la Comisión, mediante Resolución Final No. 404-2002/CPC-INDECOPI, del 14.06.02, debido a la cancelación del concierto de un conocido rockero inglés, ordenó como medida correctiva (al proveedor que promocionó el evento) el pago de US\$ 187,219.00 correspondiente a la devolución 5,796 *tickets*. La Sala con Resolución No. 0809-2002/TDC-INDECOPI, de fecha 18.10.02, confirmó en este extremo la decisión de primera instancia, asumo, teniendo en cuenta “el monto involucrado”. Ello confirma que la autolimitación impuesta en razón de la cuantía cae por su propio peso, por cuanto la protección efectiva a los derechos del consumidor no puede excluirse sobre la base de criterios numéricos: tanta protección por el órgano de control administrativo merece la señora que pide la devolución del monto pagado por una casa ascendiente a US\$ 40,000.00 como los 5,796 consumidores que hacen lo propio por US\$ 187,219.00.

Al parecer, la Sala ya internalizó estas consideraciones. Prueba de ello la tenemos en las siguientes decisiones:

- i. La Comisión, con Resolución Final No. 731-2003/CPC-INDECOPI, del 16.07.03, sancionó a un proveedor por la venta de un vehículo no idóneo para su uso, aplicándole como medida correctiva que en un plazo no mayor de quince días hábiles cumpla con entregar a la denunciante una camioneta nueva Land Rover modelo Discovery del año 2002 en perfecto estado de funcionamiento, o de no ser posible devolver al denunciante la cantidad de US\$ 55,000.00 más los intereses legales correspondientes, así como la devolución de todos los pagos efectuados por concepto de reparación y compra de accesorios efectuados en su taller. La Sala, con resolución No. 0556-2003/TDC-INDECOPI, del 12.12.03, modificó esta decisión considerando que, con el fin de revertir los efectos que la conducta infractora causó al consumidor, únicamente corresponde ordenar a Inchcape que, contra la entrega del vehículo materia de denuncia por

²⁶ En este sentido, MIRO QUESADA MILICH, *¡Total!...¿Hay límite para dictar medidas correctivas?*, en *LEGALexpress*, No. 25, Año 3, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2003, p. 16.

- parte de Macrogestión, cumpla con **devolver a la denunciante la suma de US\$ 44,000.00.**
- ii. Con Resolución Final No. 1154-2004/CPC-INDECOPI, del 03.11.04, por denegar una cobertura vehicular, la Comisión ordenó como medida correctiva al proveedor que en un plazo razonable contado a partir de la notificación de la resolución, cumpla con evaluar nuevamente la solicitud de cobertura presentada por el denunciante. La Sala, con Resolución No. 0534-2005/TDC-INDECOPI, del 11.05.05, modificó la medida correctiva, estableciendo que Mapfre deberá brindar al denunciante la cobertura del seguro establecida en la Póliza N° 3010110011105, **cuyo monto asciende a US\$ 28,683.00.**
- iii. Mediante Resolución Final No. 390-2005-CPC, del 23.03.05, debido a la venta de un tractor oruga defectuoso, la Comisión dictó como medida correctiva la reparación de las fallas que tenía el mismo. Con Resolución No. 0726-2005/TDC-INDECOPI, del 01.07.05, la Sala modificó esta decisión ordenando **que la denunciada sustituya la maquinaria entregada** a la Comunidad Campesina (consumidora) por otra a su entera satisfacción o, en su defecto, **cumpla con devolver los US\$ 187,000.00 que se pagó por ella**, más los intereses legales que correspondan a la fecha en que se efectúe el pago, debiendo a su vez la Comunidad proceder a la devolución del tractor inicialmente entregado.

Como puede observarse, el monto de las medidas correctivas ha dejado de ser un problema y ello obedece también al cambio del criterio jurisprudencial de la Sala al “ensanchar” el concepto de consumidor. En efecto, si los denunciados son pequeñas y medianas empresas (o como el tercer caso, una comunidad campesina que realiza actividad empresarial) en situación de asimetría informativa, los montos (usualmente) son mayores que en los reclamos de los consumidores personas naturales. En este orden de ideas, tampoco se justificaría un tratamiento diferenciado entre los mismos consumidores.

La eficacia de las medidas correctivas se verifica con las estadísticas: desde noviembre del 2000 a enero del 2003, se han dictado 655 medidas correctivas a favor de los consumidores por S/. 3,179,255. Además, de todas las medidas correctivas dictadas, se ha registrado un 79% de cumplimiento de los proveedores. Sin embargo, no obstante los claros alcances de la ley, algunos miembros del Poder Judicial, no los entienden (o lo que es peor, no los quieren entender). Así, frente a la Resolución No. 0128-2002-TDC-INDECOPI, de la Sala, de fecha 27.02.02, que confirmó la Resolución Final No. 615-2001-CPC, de la Comisión, del 23.08.01, en la cual se sancionaba a un banco con una multa y se le ordenó como medida correctiva, que en el plazo de quince días cumpla con analizar nuevamente la solicitud de seguro de desempleo de un consumidor denunciante y, en el caso que éste cumpla con los requisitos informados al momento de la contratación para acceder a dicho seguro, proceda a pagarle lo que corresponda por dicho concepto, la Sala Civil

Permanente de la Corte Suprema, con Resolución No. Uno, del 05.03.03, ha declarado fundada la solicitud de medida cautelar que presentara el banco, ordenando al INDECOPI que suspenda la ejecución de las resoluciones antes mencionadas, en tanto se resuelvan los actuados finales, argumentando que:

“Del análisis del texto de las acotadas resoluciones se advierte que el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, se ha arrogado la facultad de resolver un conflicto de intereses surgida (sic) de una relación de naturaleza contractual; decisión que no sólo excede las facultades que le confiere el artículo cuarentidós de la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor 27311, en tanto que sólo se reconoce facultades correctivas y no resolutivas de controversias contractuales; sino que además evidentemente colisiona con la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional establecida en el artículo ciento treintinueve inciso primero de la Constitución Política del Estado”.

Las observaciones que merecen esta incomprensible resolución son las siguientes:

- i. Confunde gruesamente la competencia primaria con la jurisdicción. Prueba de ello es, que la Primera Sala puede tomar conocimiento de este caso así como (cometer el error, que raya en prevaricato de) impedir que se cumpla la medida correctiva en cuestión.
- ii. Al parecer, no ha tenido en cuenta que la Ley No. 27311 ha sido modificada por la Ley No. 27917, la cual ha precisado, que la Comisión puede imponer, entre otras, la siguiente medida correctiva:

“Que el proveedor pague las coberturas ofrecidas por los seguros contratados por los consumidores, quedando sujeto el pago al cumplimiento de las condiciones establecidas en la correspondiente póliza de seguros” (inc. j, del art. 42 de la Ley de Protección al Consumidor).
- iii. Aunque no se haya tenido en cuenta la nueva Ley (que es lo más probable, por haberse producido los hechos antes de la vigencia de la Ley No. 27917), la Ley No. 27311 establece que la Comisión puede dictar “cualquier otra medida correctiva” que “considere pertinente ordenar y que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se

produzca nuevamente en el futuro” (antes, inc. f -y ahora, inc. k- del art. 42 de la Ley de Protección al Consumidor).

Sin embargo, la posición del Poder Judicial frente a las medidas correctivas dictadas por la Comisión no es uniforme. Así, en un caso similar, tanto la Resolución Final No. 729-2001-CPC, del 11.10.01, confirmada por la Resolución No. 125-2002-TDC-INDECOPI, del 27.02.02, ordenaban como medida correctiva analizar nuevamente la solicitud del seguro de desempleo y en el caso que proceda, se cumpla con pagar lo que corresponde y ante el pedido de una medida cautelar, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, con Resolución de fecha 23.01.03, revocó la resolución apelada de fecha 07.06.02, declarando improcedente la medida cautelar presentada por el (mismo) banco, afirmando que:

“los hechos descritos en la solicitud cautelar no permiten crear convicción de que el derecho cuya cautela se plantea tenga razón jurídica suficiente, pues el Banco Continental fundamenta como verosimilitud del derecho que el INDECOPI se ha arrogado potestades jurisdiccionales reservadas única y exclusivamente al Poder Judicial, so pretexto de aplicar una medida correctiva, disponiendo en sede administrativa el otorgamiento de una verdadera indemnización a una de ellas, pues en aplicación de lo establecido en el inciso f) del artículo cuarenta y dos del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo setecientos dieciséis, la Comisión de Protección al Consumidor dispuso que el Banco pagara al señor Mera la cobertura del seguro de desempleo que supuestamente le correspondía a éste, por lo que dicha decisión, refiere la accionante, se puede interpretar como el otorgamiento de una indemnización a favor del señor Mera por un monto equivalente a la cobertura del seguro que dejó de percibir o como la imposición de una obligación al Banco consistente en el cumplimiento de una prestación contractual contenida en un contrato que válidamente había dejado de tener vigencia; sin embargo lo que se **ordena** en la resolución número ciento veinticinco – dos mil dos/TDC-INDECOPI de fecha veintisiete de febrero del dos mil dos es que el Banco cumpla con **analizar** nuevamente la solicitud de seguro de desempleo presentada por el señor José Mera Laredo, y en el caso que éste cumpla con los requisitos informados al momento de la contratación para acceder a dicho seguro proceda a pagar al referido señor lo que le correspondería por dicho concepto de acuerdo a sus años de aportaciones y a sus últimas remuneraciones, de lo que se advierte que no se satisface el requisito de verosimilitud del derecho invocado.”

Agregando que:

“en relación al “periculum in mora” o peligro en la demora resulta claro que no constituye peligro para el accionante la posibilidad que INDECOPI ejecute la resolución administrativa cuestionada, pues de ninguna manera dicha entidad está ordenando el pago de indemnización o cobertura alguna que le pudiera causar perjuicio económico.”

Por ello, creo que es de suma importancia reforzar la aplicación de las medidas correctivas, sin más límite que la tutela efectiva de los derechos de los consumidores. Ello no significa, en absoluto, distorsionar el mercado, ni desincentivar el acceso al Poder Judicial, ni colisionar con sus funciones, ni tomar una posición parcializada: la misma Ley de Protección al Consumidor, en su artículo 2, precisa que “la protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado (...), debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor”. Para ello, los operadores jurídicos que emiten resoluciones (sean administrativas o judiciales) deben tomar conciencia de su rol en la tutela efectiva de los derechos del consumidor y “ponerse la camiseta”.