

# COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO DE CONSUMO

Hugo Gómez Apac\*

*Los consumidores peruanos no necesitan un Código de Consumo proteccionista, intervencionista y demagógico que expropié su voluntad al tratarlos como débiles mentales, que imponga costos irracionales a las empresas y que afecte la competitividad económica del país. Lo que necesitan es un instrumento legal que incentive comportamientos diligentes y eficientes en todos los actores del mercado, que promueva la competencia a través de una mayor provisión de información y la libertad de elección, que proteja sus derechos sin afectar la competitividad económica, que unifique en un solo cuerpo la actual legislación dispersa y que les dote de un sistema efectivo de reparación patrimonial frente a los daños causados en las relaciones de consumo.*

## 1 Introducción

Mediante Resolución Suprema 200-2009-PCM, publicada el 9 de agosto de 2009, se constituyó la comisión consultiva encargada de formular el Anteproyecto de Código de Consumo (en adelante, el Anteproyecto). El 18 de octubre se publicó el Anteproyecto elaborado por la comisión consultiva, otorgándose a las personas naturales y jurídicas

---

*Revista de Economía y Derecho*, vol. 7, nro. 25 (verano de 2010). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

\* Abogado. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y de Derecho de la Competencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Las opiniones vertidas en el presente documento son de exclusiva responsabilidad del autor, quien las hace a título personal, de modo que no comprometen a las entidades públicas donde presta servicios.

vinculadas a la materia y al público en general un plazo de 15 días para presentar aportes y sugerencias. El 2 de noviembre se publicó un aviso prorrogando por 15 días más el plazo para presentar aportes y sugerencias al Anteproyecto. El 20 de noviembre se publicó la Resolución Ministerial 477-2009-PCM, que crea la comisión sectorial encargada de revisar los aportes y comentarios al Anteproyecto, la cual tendrá un plazo de 60 días calendario para presentar al presidente del Consejo de Ministros un informe que incluya el texto revisado del Anteproyecto.

Es evidente que existe la voluntad política de aprobar un Código de Consumo. Si el entusiasmo hasta ahora visto se mantiene, es bastante probable que para el verano u otoño del próximo año (el 2010) se integrará al ordenamiento nacional un Código de Consumo. La primera pregunta que debemos formularlos en este escenario es si los peruanos necesitamos un Código de Consumo. La respuesta depende de lo que entendemos debería buscar y contener un Código de Consumo.

Los peruanos no necesitamos un Código de Consumo excesivamente proteccionista e intervencionista que expropie la voluntad de los consumidores al tratarlos como débiles mentales, que incremente los costos de transacción, que encarezca las relaciones de consumo, que haga más inaccesible los bienes y servicios a los consumidores pobres, que nos regrese a un sistema velado de control de precios y que, en general, afecte la competitividad económica del país, pues el principal perjudicado por una medida de esta naturaleza será el consumidor, al que se supone debiera proteger un Código de Consumo. La experiencia ha demostrado que las leyes que carecen de racionalidad económica terminan perjudicando más a quien se suponía iban a beneficiar.

Los peruanos sí necesitamos un Código de Consumo que incentive comportamientos responsables y eficientes tanto en proveedores como en consumidores; que promueva la competencia a través de una mayor provisión de información y la libertad de elección de consumidores; que proteja los derechos de estos sin afectar la competitividad económica, necesaria para continuar con un crecimiento económico sostenible; que unifique en un solo cuerpo la actual legislación dispersa, lo que permitirá reducir los costos de búsqueda y aplicación de la ley, incentivando su cumplimiento; y que resuelva el problema vinculado a la responsabilidad civil, de modo que los consumidores gocen de un sistema efectivo de reparación patrimonial frente a los daños causados en las relaciones de consumo.

En ese sentido, en el presente documento analizamos algunos de los temas abordados en el Anteproyecto con el fin de presentar aportes y sugerencias a lo que, creemos, debería ser el próximo Código de Consumo.

## 2 El escenario legal a tener en cuenta

La dación de un Código de Consumo en el Perú no significa una gran novedad, pues ya existen normas de protección al consumidor. El Decreto Legislativo 716<sup>1</sup>, Ley de Protección al Consumidor (en lo sucesivo, la LPC), tiene 18 años de vigencia. En enero de 2009 se publicó el Decreto Supremo 006-2009-PCM, norma que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor.

La LPC ha sido modificada en varias oportunidades con el fin de otorgar a los consumidores una protección mucho más efectiva y amplia<sup>2</sup>. Adicionalmente, hay disposiciones ubicadas en leyes especiales que orbitan alrededor de la LPC, reconociendo derechos a los consumidores e imponiendo obligaciones a los proveedores en diferentes actividades económicas<sup>3</sup>. De modo que el contexto de la dación de un Código de Consumo no es uno de inexistencia o precariedad de normas de protección al consumidor. Todo lo contrario, hay abundancia legislativa en materia de protección al consumidor. Ello obliga al legislador a ser bastante prudente y acucioso.

La dación de un Código de Consumo debería tener por objeto consolidar y unificar las normas de protección al consumidor actualmente dispersas, llenando los vacíos aún existentes, fortaleciendo a la institución competente (el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Indecopi) y logrando que los consumidores gocen de mecanismos eficaces de resarcimiento frente a los daños causados. Si estos objetivos no parecen muy ambiciosos, no hay razón para preocuparse, solo significa que el Código de Consumo está colocando ladrillos adicionales sobre la pared que empezó a construirse hace 18 años.

### 3 El escenario económico a tener en cuenta

El legislador debe ser consciente de que un derecho del consumidor es una obligación del proveedor, y que una protección excesiva a favor de los consumidores generará sobrecostos en las empresas y mellará su competitividad. Una menor competitividad afectará nuestras exportaciones, especialmente de productos no tradicionales, reduciendo el empleo y los ingresos que recibe el Estado por concepto de impuesto a la renta.

Para superar con éxito los efectos de la crisis internacional y continuar con el crecimiento económico, no basta la inversión pública. Se requiere mayor competitividad en los agentes del mercado. Solo así aprovecharemos los beneficios de los acuerdos de libre comercio, generando más ingresos y puestos de trabajo, incentivando mejores niveles salariales y reduciendo la pobreza. Lo peor que podría hacer un Código de Consumo es ir contra la corriente y empujar a los peruanos a la pobreza.

Y ese precisamente es el problema del Anteproyecto. Esta propuesta contiene, como se verá en detalle, una serie de disposiciones excesivamente proteccionistas e intervencionistas que afectarán la competitividad de las empresas, objetivo que no se condice en un escenario en el que es necesario promover una mayor competitividad para afrontar con éxito los efectos de la crisis internacional y continuar con el crecimiento económico sostenible.

La excesiva regulación contenida en el Anteproyecto incrementará los costos de transacción, costos que al final se trasladarán a los consumidores. Asimismo, las barreras paraarancelarias (obstáculos técnicos al comercio) alojadas en su texto podrían violar disposiciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y poner en riesgo compromisos asumidos por el país en acuerdos de libre comercio ya suscritos, en negociación y por negociarse.

A diferencia de las normas de protección al consumidor emitidas en los últimos 18 años (que buscan una protección efectiva de los consumidores a través de una mayor información y transparencia, incentivando comportamientos diligentes en los consumidores y promoviendo la eficiencia económica y la competitividad en los mercados), el Anteproyecto carece de racionalidad económica. Sus disposiciones demagógicas, populistas e intervencionistas, como si fueran ladrillos mal colo-

cados, provocarán la caída de la pared, aplastando a las empresas y a los propios consumidores.

#### 4 Análisis costo-beneficio

El Anteproyecto carece de un análisis costo-beneficio de su eventual aplicación. ¿Cuánto ganarán los ganadores y cuánto perderán los perdedores? No se sabe. No se ha hecho el ejercicio de averiguar y cuantificar los costos que tendrían que asumir las empresas y los consumidores como consecuencia de la aplicación de la referida propuesta. Tampoco se ha analizado qué clase de conductas se incentivarán con sus disposiciones y cuáles los efectos de estas conductas. El legislador tiene la responsabilidad de calcular los efectos potenciales de sus propuestas. Las herramientas del Análisis Económico del Derecho nos han enseñado que es posible predecir ciertas conductas si consideramos como variables constantes que las personas tienden a maximizar sus beneficios y satisfacer sus propios intereses y que adecúan sus conductas, con una ley o con otra, hacia esos objetivos. Tenemos la impresión de que no se tomaron en cuenta estas herramientas al momento elaborar el Anteproyecto.

#### 5 El fundamento de la normas de protección al consumidor

Un Código de Consumo no puede ser visto como una herramienta para lograr la redistribución de la riqueza. Sería un gravísimo error del legislador tratar de aplicar políticas redistributivas a través de la defensa del consumidor. Si bien el Estado tiene el deber de que todos los ciudadanos gocen de un mínimo de bienestar, una mejor redistribución de la riqueza se canaliza a través de otras políticas del Estado, específicamente las de fomento y asistenciales que tienen como sustento los principios de solidaridad y subsidiariedad.

La defensa de los consumidores busca corregir los problemas de asimetría informativa entre consumidores y proveedores. Con mayor información, los consumidores tienen la capacidad de efectuar elecciones de consumo eficientes. Este es el fundamento de la LPC y de las tres grandes reformas que se han dado en los últimos 13 años (el

Decreto Legislativo 807 del año 1996, la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor del año 2000 y la Ley complementaria del Sistema de Protección al Consumidor del año 2008). La LPC y sus tres principales reformas no perdieron de vista dicho fundamento; de ahí que han logrado, con el tiempo, una mayor protección de los consumidores y, al mismo tiempo, han coadyuvado en el crecimiento económico del país.

La finalidad del Código de Consumo debería ser que los consumidores accedan a la más amplia variedad de bienes y servicios de calidad a través de la reducción de la asimetría informativa propia de los mercados<sup>4</sup> y el ejercicio de la libertad de elección de los consumidores. Poner a disposición de los consumidores información relevante sobre los bienes y servicios que se ofertan en el mercado les da poder, el poder de elegir lo que más les conviene, y este poder de elección incentivará a las empresas a producir bienes y servicios a menores precios, de mejor calidad y en mayor variedad con el fin de satisfacer las preferencias de los consumidores.

La falla del mercado que busca corregir un Código de Consumo es la asimetría informativa que existe entre proveedores y consumidores, lo que se logra estableciendo como obligación de los proveedores el suministrar a los consumidores toda aquella información relevante sobre los bienes y servicios. El Código de Consumo no puede perder de vista esta perspectiva, que es la que debe guiar, como una brújula, su contenido.

## 6 El consumidor razonable: el que actúa con diligencia ordinaria

En lugar de proteger al consumidor que actúa con un mínimo de diligencia ordinaria según las circunstancias del caso, como lo establece la LPC, el Anteproyecto, bajo el apelativo de consumidor ordinario, protege al consumidor irresponsable, al consumidor negligente. Ello generará incentivos no deseados, como provocar que los consumidores diligentes dejen de actuar como tales.

El legislador siempre debe incentivar comportamientos diligentes, trátase de las empresas o los consumidores. Si revisamos las normas que rigen nuestra actuación, veremos que en general procuran incentivar comportamientos diligentes: la Ley del Código de Ética de la

Función Pública busca que los funcionarios y servidores públicos se comporten diligentemente, el Reglamento General de Tránsito busca que conductores y peatones actúen diligentemente, etcétera. No hay razón para excluir a los consumidores de esta lógica, que es de sentido común.

De ahí que el Anteproyecto debería proteger al consumidor que actúa con diligencia ordinaria según las circunstancias del caso, tal como lo prevé la actual LPC. Es evidente que la diligencia ordinaria que puede exigirse de un profesional con estudios de posgrado es distinta a la de un analfabeto o a la de un campesino que habla quechua y no castellano, pero en cualquier caso se espera que estas personas, con sus respectivas limitaciones de información, sean responsables y diligentes en su accionar, en su vida diaria, en su quehacer cotidiano.

Lo que no es aceptable es desligar la protección al consumidor de la exigencia de un mínimo de diligencia. La ley no puede proteger conductas negligentes, imprudentes o irresponsables. Si se protege el comportamiento negligente, se generan incentivos para que todos se comporten de manera negligente. La razón es simple. Comportarse diligentemente tiene un mayor costo (debido a la búsqueda de información, la toma de precauciones, la asunción de riesgos, etcétera) que comportarse negligentemente. Si se protege al negligente, las personas podrían inclinarse por aquello que representa un menor costo. Ese menor costo es ser negligente, situación en la cual seguirán estando protegidos por la ley, lo que es absurdo.

## 7 Alimentos transgénicos

El Anteproyecto exige que, cuando un alimento sea transgénico o contenga ingredientes transgénicos, se indique dicha condición en su etiquetado. Ello puede constituir una barrera paraarancelaria que afecta compromisos asumidos en tratados de libre comercio. Además, olvida dos cosas: uno, que no está probado científicamente que dichos productos sean nocivos; dos, que es difícil averiguar si un producto tiene dicho componente. Por tanto, en el estado actual, lo exigido por el Anteproyecto puede ser visto como un obstáculo técnico al comercio. Esta regulación requiere un mayor análisis, que no se desprende del Anteproyecto.

## 8 Derecho de desistimiento

Establecer que los consumidores pueden apartarse del contrato, sin expresar motivo y sin pagar penalidad alguna, puede generar comportamientos no deseados, como incentivar a los consumidores a ser menos responsables en sus decisiones de consumo, relajando su natural preocupación por obtener información relevante, tomar precauciones y evitar riesgos. La legislación debe proteger a los consumidores responsables, no incentivar que los consumidores actúen irresponsablemente.

Por tal razón, es importante equilibrar el deseo de promover comportamientos racionales y responsables por parte de los consumidores con una adecuada protección de sus derechos e intereses. Una “especial protección” de los derechos de los consumidores, como lo ha manifestado el Tribunal Constitucional<sup>5</sup>, parte por reconocer que hay segmentos de la población que, en términos de la asimetría informativa propia de la contratación masiva, requieren una mayor protección, como los ancianos, que son más proclives al engaño por parte de los proveedores. El derecho de desistimiento debería tener una aplicación bastante restringida, solo para proteger a segmentos de la población realmente vulnerables.

Ahora bien, y no obstante que debería ser aplicado de manera restringida, como el ejercicio del derecho de desistimiento implica la restitución inmediata de cualquier pago efectuado por el consumidor, para evitar un comportamiento oportunista en este, debería señalarse en el Código de Consumo que el consumidor asumirá una reducción o descuento del monto a ser devuelto si es que el producto o servicio ha sido usado y este uso ha generado un deterioro o pérdida del producto o servicio.

## 9 Normas técnicas obligatorias

El Anteproyecto estimula la dación de normas técnicas obligatorias, lo que tiene la potencialidad de violar compromisos asumidos por el país en la OMC y en acuerdos de libre comercio. El Anteproyecto olvida que las normas técnicas obligatorias pueden convertirse en obstáculos técnicos al comercio.

El Estado puede establecer mecanismos que procuren que los productos de consumo humano sean aptos y no dañinos. Esa es la razón por la cual la normativa sectorial exige el registro de los productos de consumo humano (como alimentos y medicamentos) en registros administrativos (como los administrados por la Dirección General de Salud Ambiental, Digesa, o la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas, Digemid) destinados a verificar que su consumo no representa un peligro para la vida y salud de las personas. El interesado solicita al Estado que evalúe su producto y que le otorgue el certificado o registro que acredita que no es dañino para la población. Si un producto recibe el aval del Estado como producto apto para consumo humano, ello es suficiente para su comercialización. Superado esto, debería quedar a criterio del proveedor si su producto cumplirá o no una determinada norma técnica que le permita, por ejemplo, acceder con mayor facilidad a mercados extranjeros.

## 10 Idoneidad de los productos y servicios

La idoneidad de los bienes y servicios debe ser evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio, la información brindada de manera expresa o tácita, las circunstancias y condiciones de la relación contractual y su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

La idoneidad del producto no puede desligarse del contexto de la información brindada y las circunstancias y condiciones de la relación contractual. Así, por ejemplo, si un consumidor compra una película pirata (en soporte de CD), no puede luego quejarse por la falta de nitidez de la imagen. Otro ejemplo sería del caso del proveedor que informa adecuada y oportunamente al consumidor que una cámara fotográfica determinada solo puede ser usada para tomar 12 fotos y no más; en este caso, el consumidor, que ha sido debidamente informado, luego no puede decir que él esperaba que la cámara fotográfica durara como las demás cámaras.

El Anteproyecto pierde de vista que lo más importante de todo es que el consumidor esté debidamente informado. La información es la clave para determinar si un producto es idóneo o no.

Alguien podría pensar que un zapato que solo dura 48 horas no es idóneo. Pero si el proveedor informa adecuadamente al consumidor

de que el par de zapatos que le está vendiendo a cinco soles solo va a durar 48 horas, y el consumidor considera que eso es lo único que necesita (supongamos que solo le interesa usarlos en un determinado evento y no más), no hay razón para luego quejarse por la poca duración del producto.

Las cosas son buenas o malas dependiendo de la información que uno recibe de manera expresa o tácita. Si el proveedor me dice que el automóvil que estoy comprando tiene un rendimiento de 50 kilómetros por galón, y luego resulta que el rendimiento es de solo 20 kilómetros por galón, es evidente que el producto no es lo que esperaba y por tanto no idóneo, pero nótese que lo que esperaba depende a su vez de lo que me ofrecieron, es decir, de lo que me informaron. Sin embargo, si el proveedor de manera clara e indubitable me dice que el vehículo tiene un rendimiento de 15 kilómetros por galón (sea porque estoy comprando un inmenso auto todoterreno o un sedan compacto), después no puedo quejarme de ello. El quid siempre es la información recibida, y este elemento clave y fundamental ha sido olvidado por el Anteproyecto.

## 11 La publicidad no puede prevalecer sobre el contenido del contrato

El Anteproyecto atenta groseramente contra la libertad contractual al señalar que la publicidad primará respecto de los que las partes voluntaria y conscientemente han acordado en el contrato. Es absurdo señalar que la publicidad prevalece sobre lo pactado. Lo razonable es disponer que lo ofrecido a través de la publicidad se aplica en defecto o silencio de lo pactado.

Así, por ejemplo, si la publicidad relativa a la venta de departamentos en un edificio indica que la mayoría de los departamentos tendrán vista al mar, pero cuando se negocia un contrato de compraventa en concreto el proveedor indica al consumidor que su departamento no tendrá vista al mar, y así se estipula en el contrato, el cual es firmado por el consumidor, luego no hay lugar a reclamo. El consumidor no puede alegar que lo publicitado se imponga a lo que él contrató. Sería absurdo.

Distinta es la situación si una empresa publicita que todos los helados que fabrican costarán un nuevo sol en una semana determi-

nada, y resulta que en esa semana los consumidores encuentran que el producto es vendido en sumas mayores a un nuevo sol. En este caso hay una infracción, pero por la falta de coincidencia entre lo publicitado y lo ofrecido en los puestos de venta. Una cosa es sancionar la publicidad engañosa, y otra la falta de idoneidad del producto o servicio adquirido.

## 12 Servicios públicos regulados

La regulación sobre servicios públicos en el Anteproyecto es pésima, pues olvida la particular naturaleza de las relaciones jurídicas entre concesionarios y usuarios. Si bien los usuarios de servicios públicos requieren una especial protección, ello no se logrará distorsionando las competencias de los organismos reguladores, que es lo que hace, lamentablemente, el Anteproyecto.

La información sobre la rentabilidad de los prestadores de servicios públicos es relevante para las labores de supervisión de los organismos reguladores (útil según la metodología de fijación de precios que se utilice) y, según las circunstancias, para el concedente (por ejemplo, cuando se renegocia el contrato y se quiere evaluar la incidencia de circunstancias imprevisibles sobre el equilibrio económico financiero del contrato de concesión). Sin embargo, no encontramos razón para que ello sea divulgado a los consumidores. Las asociaciones de consumidores podrían utilizar esta información, no tanto con fines de defensa de los derechos de los consumidores, sino con objetivos políticos destinados a cuestionar la rentabilidad de la industria de que se trate, lo que es inadmisibles. Si la empresa concesionaria cobra tarifas conforme a lo fijado por el regulador, y la calidad y cobertura del servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato de concesión, a las disposiciones legales vigentes y a lo establecido por el regulador, es irrelevante si las ganancias son pocas o demasiadas.

## 13 Cláusulas abusivas

Si bien es posible coincidir en que determinadas cláusulas son abusivas<sup>6</sup> (señaladas de manera taxativa), el carácter abusivo de las cláusulas que colocan al consumidor en una situación de desventaja o de

imposibilidad para ejercer sus derechos debe ser evaluado caso por caso teniendo en consideración la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, la información brindada a los consumidores, las circunstancias que rodean la transacción y las demás cláusulas del contrato. En un caso concreto, un consumidor podría aceptar una disminución de las responsabilidades del proveedor a cambio de obtener una reducción del precio.

Por tal razón, señalar de manera general como abusivo una situación de significativo desequilibrio resulta un riesgo muy grande para la seguridad jurídica. ¿Cuándo hay un significativo desequilibrio? ¿Qué criterios objetivos tendrá en consideración la autoridad de protección al consumidor para determinar un caso de significativo desequilibrio? ¿Cuándo hay una desventaja exagerada? ¿Cuándo hay inequidad?

Si bien las cláusulas abusivas deben ser prohibidas y dejadas sin efecto, el Anteproyecto busca, de manera escondida, un régimen de control de precios que ha fracasado en el pasado. Es como la insensatez de sancionar “precios excesivos” en materia de libre competencia.

## 14 Responsabilidad civil y administrativa por productos defectuosos

No debe confundirse la responsabilidad civil del proveedor con su responsabilidad administrativa. La primera, sometida a las reglas del Código Civil, tiene que ver con la responsabilidad del proveedor de resarcir los daños que los productos que él ha puesto en el mercado han ocasionado en el patrimonio o la persona del consumidor. La segunda, sometida a las reglas del derecho administrativo sancionador, analiza la responsabilidad del proveedor frente a una conducta constitutiva de infracción administrativa.

Si bien la responsabilidad civil por productos defectuosos puede ser objetiva si lo relevante para el legislador es el resarcimiento de la víctima (el consumidor), incentivando la protección del patrimonio del proveedor a través de la contratación de un seguro (ante la responsabilidad objetiva por productos defectuosos, el proveedor responde incluso si ha actuado diligentemente), la responsabilidad administrativa es subjetiva, es decir, exige la presencia de un factor subjetivo de atribución de responsabilidad<sup>7</sup>, que es la culpa, expresado en el incumplimiento de un estándar de comportamiento o diligencia debida

(siendo que el dolo constituye más un criterio agravante al momento de graduar la sanción a ser impuesta).

Desde esa perspectiva, si la autoridad administrativa verifica el defecto del producto, pero el proveedor acredita haber actuado con la diligencia requerida y cumpliendo las obligaciones legales correspondientes (o acredita el rompimiento del nexo causal), estará exento de responsabilidad administrativa, pues no hay culpa que reprochar, ni conducta que disuadir. ¿Qué sentido tiene sancionar a quien se comporta con la diligencia exigida por la ley? La sanción impuesta a quien actúa con la mayor diligencia no tendrá ningún efecto disuasivo, pues no será posible enmendar o corregir la conducta del proveedor. Dicho proveedor, sin embargo, podrá responder civilmente por los daños que el producto defectuoso ha ocasionado en el consumidor (salvo que acredite el rompimiento del nexo causal).

Así las cosas, frente a una imputación que prueba la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información o cualquier infracción a lo establecido en las normas de protección al consumidor, respecto de un producto determinado, se presume *iuris tantum* la responsabilidad administrativa del proveedor frente a dicha imputación. Sin embargo, el proveedor podrá demostrar su falta de responsabilidad administrativa acreditando que actuó diligentemente y cumpliendo con la normativa correspondiente o acreditando la ruptura del nexo causal por caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o la negligencia del propio consumidor afectado.

A diferencia de la responsabilidad administrativa, bajo la óptica de la responsabilidad civil el proveedor puede ser compelido a indemnizar al consumidor inclusive si dicho proveedor ha actuado con diligencia pero no ha acreditado el rompimiento del nexo causal. Las responsabilidades civil y administrativa presentan características disímiles. Bajo la responsabilidad civil es válido acudir a conceptos como responsabilidad objetiva y ordenar al proveedor que responda, salvo que demuestre el quiebre del nexo causal, pues lo que más importa en este enfoque es el resarcimiento de la víctima. En cambio, en la responsabilidad administrativa, el Estado ejerce su poder punitivo para castigar a un ciudadano, por lo que siempre se debe encontrar un factor de atribución de responsabilidad. En el caso de las normas sancionadoras administrativas de protección al consumidor, este factor atributivo de responsabilidad opera a través de un proceso de inversión de la carga de la prueba originado en la garantía implícita de que

todo proveedor pone en el mercado –a disposición de los consumidores– productos idóneos en función de la información transmitida expresa o tácitamente.

Así, ante la denuncia de un consumidor insatisfecho que prueba el defecto de un producto, se presume *iuris tantum* que el proveedor es responsable por la falta de idoneidad y calidad del producto que ha puesto en circulación en el mercado. Sin embargo, el proveedor podrá demostrar su falta de responsabilidad disolviendo dicha presunción, es decir, acreditando que empleó la diligencia requerida en el caso concreto (y que actuó cumpliendo con las normas pertinentes) o probando la ruptura del nexo causal por caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o negligencia del propio consumidor afectado.

## 15 Resarcimiento patrimonial en sede administrativa

La protección administrativa de los derechos de los consumidores se inició sancionando a los proveedores que violaban la LPC. Si bien las multas buscaban corregir la conducta de los proveedores, no solucionaban el problema concreto de los consumidores, quienes se quedaban con el producto o servicio defectuoso. Para solucionar esto, el legislador facultó a la autoridad de protección al consumidor (el Indecopi) a dictar medidas correctivas conducentes a revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro. Algunas de estas medidas, contempladas en el artículo 42 de la LPC<sup>8</sup>, constituyen en la práctica medidas resarcitorias del daño emergente sufrido por el consumidor, como la reposición y reparación de productos.

Si bien una medida correctiva como la antes mencionada y una indemnización por daño emergente tienen los mismos efectos y satisfacen de igual manera al consumidor, la naturaleza jurídica de ambas es distinta. La medida correctiva nace como un mandato de la autoridad administrativa y su finalidad es revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro (reconocemos que lo segundo más parece el objetivo de una medida sancionadora que el de una correctiva), mientras que la indemnización por daño emergente (cuyo título es el daño en sí y no una resolución administrativa) busca resarcir el daño inmediato sufrido por el consumidor.

El artículo 32 de la LPC señala que el proveedor es responsable de los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos. La indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. Hoy en día, nada impide que los consumidores demanden en la vía judicial a los proveedores el pago de indemnizaciones por los daños causados. Sin embargo, pocos o nadie cree que el Poder Judicial es una instancia idónea para obtener reparaciones justas por los daños sufridos, sea que provengan de una relación de consumo o no.

¿Por qué la autoridad administrativa de protección al consumidor no podría dictar indemnizaciones patrimoniales destinadas a resarcir el daño emergente y el lucro cesante originados en una conducta infractora contemplada en el Código de Consumo? Una respuesta previsible es que la autoridad administrativa no ejerce función jurisdiccional y que solo las autoridades jurisdiccionales pueden dictar indemnizaciones. Esta respuesta, sólida en términos doctrinarios y jurisprudenciales, es la posición tradicional que creo debe ser repensada, no obstante la tenaz resistencia contra la que, pronostico, habrá que hacer frente.

Para aceptar que la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, la CPC) puede dictar indemnizaciones patrimoniales, no necesitamos sostener que esta autoridad administrativa ejerce función jurisdiccional. Basta considerar que dicha Comisión ejerce una función muy parecida a lo jurisdiccional (“cuasi jurisdiccional”) al resolver conflictos entre particulares y tutelar derechos fundamentales. Se trata de una potestad administrativa con poderes suficientes para, bajo el amparo de la ley (el futuro Código de Consumo), dictar indemnizaciones de naturaleza patrimonial (el resarcimiento por daño moral y daño a la persona continuaría siendo potestad exclusiva de las autoridades jurisdiccionales: judicial y arbitral).

La CPC es un órgano colegiado administrativo que resuelve conflictos entre dos administrados o particulares: el consumidor y el proveedor. Al resolver estos conflictos actúa como un juez que resuelve un conflicto intersubjetivo de intereses. Dichos conflictos son resueltos en el marco de un procedimiento “trilateral”, llamado también “triangular” o “cuasi jurisdiccional”, tal como lo refiere doctrina nacional autorizada.

“...[se] define el *procedimiento trilateral, triangular, cuasi jurisdiccional*, o administrativo contencioso, como aquel desarrollado en el

ámbito de la Administración Pública dirigido a decidir un *conflicto de intereses* suscitado con motivo de la actuación pública o en asuntos de interés público y en donde la autoridad ejerce el rol de instructor de la causa con facultades inherente a la jurisdicción retenida”<sup>9</sup> [las cursivas son mías].

El artículo 219 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, define al procedimiento trilateral como el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la Administración Pública. Su artículo 222 estipula que la reclamación puede contener una petición de sanción, además de otras peticiones. Así, en el marco de un procedimiento tramitado ante la CPC, el consumidor puede presentar varios tipos de peticiones: la imposición de sanción al proveedor presuntamente infractor, el dictado de una medida cautelar, el dictado de una medida correctiva y el pago de costas y costos.

La propuesta que se plantea es que una vez que en sede administrativa (resolución de primera instancia consentida o confirmada por la segunda instancia) se haya declarado que el proveedor infringió el Código de Consumo, el consumidor podrá solicitar a la CPC que, en el marco de un procedimiento trilateral, determine el daño patrimonial (daño emergente y lucre cesante) originado por la conducta infractora. Esto, como es obvio, implica reconocer una competencia especial a la CPC.

En la parte considerativa de la sentencia de 29 de marzo de 2006 (recaída en el Expediente 00004-2006-AI/TC), el Tribunal Constitucional dijo:

“...las atribuciones jurisdiccionales, sea en sede judicial ordinaria, especial o cuasi jurisdiccional administrativa, se encuentran vinculadas al principio jurídico de supremacía constitucional señalado en el artículo 51 de la Constitución, en sus dos vertientes: fuerza normativa positiva, aplicando las normas legales en base a las disposiciones constitucionales; y fuerza normativa negativa, inaplicando la norma administrativa y/o legal que sea extraña a la Constitución. Pero, precisando que la calificación de lo inconstitucional radica en última instancia en esta sede constitucional concentrada, y que la inaplicación de una norma constitucional se producirá cuando exista jurisprudencia y/o precedentes vinculantes constitucionales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”.

El máximo intérprete de la Constitución Política del Perú reconoce el ejercicio de atribuciones jurisdiccionales en la llamada “sede cuasi jurisdiccional administrativa”, y vincula a esta sede, así como a la judicial ordinaria y a la especial (asumo refiriéndose a la arbitral y la militar), al principio jurídico de supremacía constitucional.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional no precisa qué autoridad administrativa puede ejercer esa llamada potestad “cuasi jurisdiccional” vinculada al principio de primacía constitucional. Sí lo hace en la sentencia del 11 de octubre de 2006 (recaída en el Expediente 3741-2004-AA/TC), publicada el 24 de octubre de 2006, oportunidad en la cual estableció como precedente constitucional vinculante el control difuso administrativo, en los términos siguientes:

“Regla sustancial: Todo *tribunal u órgano colegiado de la administración pública* tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: 1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; 2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución” [las cursivas son mías].

Mayor precisión lo encontramos en la resolución aclaratoria del 13 de octubre de 2006, donde el Tribunal Constitucional señaló:

“...tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten *‘justicia administrativa’* con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados;

[...]

...los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten *‘justicia administrativa’* con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional” [las cursivas son mías].

La CPC es un órgano colegiado administrativo y el Indecopi tiene competencia nacional y está adscrito al Poder Ejecutivo. Además, la CPC, al resolver los conflictos entre consumidores y proveedores en el marco de un procedimiento trilateral, aplica la llamada potestad “cuasi jurisdiccional”, lo que le permite ejercer competencia primaria en materia de “justicia administrativa”, la cual tiene por objeto la protección de derechos fundamentales: los derechos de los consumidores.

Es innegable que la CPC, por virtud de lo establecido en la Sentencia del Expediente 3741-2004-AA/TC, puede ejercer el control difuso, es decir, dejar de aplicar una norma con rango de ley manifiestamente inconstitucional en un caso concreto y hacer prevalecer la disposición constitucional respectiva, atributo propio de los órganos jurisdiccionales. Lo hace porque ejerce una función prácticamente idéntica a la jurisdiccional.

Si la CPC tiene la potestad de efectuar el control difuso al ejercer competencia primaria en materia de justicia administrativa, qué impide que ejerciendo esta misma competencia, la ley le faculte a dictar indemnizaciones patrimoniales en sede administrativa. Finalmente, lo que logrará será una mayor protección de los derechos de los consumidores, lo que en su momento fue exhortado por el Tribunal Constitucional en la sentencia del 11 de noviembre de 2003 recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC, donde se dijo:

“...este colegiado estima importante reiterar la exhortación que en su momento se hiciera tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo, respecto de entidades como Osiptel e Indecopi (Expediente 0005-2003-AI/TC, Fund. Jur. 41), y hacerla extensiva a organismos como Osinerg, Ositran y Sunass. En tal sentido, recomienda la adopción de las medidas legales y administrativas necesarias, a fin de que estas entidades funcionen y actúen adecuadamente en la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, consagrados expresamente por nuestro ordenamiento jurídico”.

No apreciamos, pues, inconveniente alguno para que la CPC dicte indemnizaciones patrimoniales que tengan por objeto resarcir los daños provocados por la infracción administrativa, elemento de derecho público que justificaría la intervención administrativa. Basta con reconocer los alcances de esta novedosa potestad “cuasi jurisdiccional” que permite el ejercicio, en competencia primaria, de la llamada “justicia administrativa”.

La propuesta, entonces, es como sigue. Una vez que la resolución administrativa que declara la existencia de infracción administrativa a las normas de protección al consumidor sea firme en sede administrativa, por haber quedado consentida o por agotarse la vía administrativa, el consumidor podrá solicitar a la CPC que ordene al proveedor infractor el pago de una indemnización por el daño patrimonial ocasionado por la comisión de dicha infracción. La carga de la prueba sobre el monto indemnizatorio a otorgar corresponderá al consumidor. La indemnización patrimonial no comprenderá aquella satisfacción patrimonial que el consumidor hubiera recibido como consecuencia del dictado de una medida correctiva. Las resoluciones finales que ordenen el pago de una indemnización por daño patrimonial a favor del consumidor constituirán títulos de ejecución conforme con lo dispuesto en el artículo 688 del Código Procesal Civil (tal como actualmente ocurre con las resoluciones que dictan medidas correctivas), una vez que queden consentidas o causen estado en la vía administrativa. El resarcimiento por el daño moral, por el daño a la persona y, en general, por los daños no patrimoniales derivados de la infracción cometida por el proveedor podrán ser exigidos por el consumidor afectado en la vía judicial o arbitral correspondiente.

El dictado de indemnizaciones en sede administrativa podría ser una de las principales, y revolucionarias, novedades del futuro Código de Consumo. Si los vientos soplan a favor del consumidor, en los meses que se avecinan podremos ser testigos del cambio que se propugna. Esperamos, como ha ocurrido con el control difuso administrativo, que la innovación jurídica en busca de una mayor protección de los derechos fundamentales se imponga a la tradición jurídica defendida por el dogma de los maestros.

## NOTAS

- 1 Publicado el 9 de noviembre de 1991.
- 2 Así tenemos, por ejemplo, la Ley 26506 (julio de 1995), que estableció la obligación de los proveedores de consignar el precio total unitario al contado de los bienes y servicios, incluyendo el Impuesto General a las Ventas; el Decreto Legislativo 807 (abril de 1996), que, entre otros, estableció el derecho que tiene el consumidor a liquidar anticipadamente el saldo del crédito con la consiguiente reducción de los intereses, fortaleció las facultades

de investigación de la Comisión de Protección al Consumidor, estableció un procedimiento de investigación y sanción de las conductas infractoras de las normas de protección al consumidor, dispuso que el Indecopi se encuentra legitimado para promover procesos judiciales en defensa de los intereses de los consumidores; la Ley 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor (julio de 2000), que, entre otros, reguló sobre métodos comerciales coercitivos y llenado de títulos valores emitidos incompletos, promovió la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias, estipuló medidas correctivas (como la reposición y reparación de productos o la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor) a favor de los consumidores; la Ley 27846 (octubre de 2002), que amplió las facultades de las asociaciones de consumidores; la Ley 27917 (enero de 2003), que precisó la naturaleza de las medidas correctivas y su diferencia con las indemnizaciones; y el Decreto Legislativo 1045, Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor (junio de 2008), que amplió los supuestos de métodos comerciales coercitivos, otorgó a los consumidores una mayor protección respecto de los productos usados y reconstruidos, amplió las obligaciones de los proveedores de créditos al consumidor, incrementó las multas a los proveedores hasta 300 UIT, mejoró los criterios de graduación de las sanciones, reconoció el principio de primacía de la realidad y reguló sobre el servicio de atención de reclamos, rotulado de productos, restricciones de acceso a establecimientos, redondeo de precios, sistemas promociones a distancia, reglas generales sobre contratos de consumo (estableciendo claramente las cláusulas que no pueden incluirse en los contratos), garantías en créditos de consumo, información sobre refinanciamiento, líneas de crédito, información sobre depósitos en cuentas de ahorros y similares, servicios médicos en establecimiento de salud, etcétera.

- 3 Es el caso, por ejemplo, del Decreto Legislativo 882 (noviembre de 1996), que señala que las normas de protección al consumidor se aplican a las instituciones educativas particulares; la Ley 27489 (junio de 2001), que reguló sobre la protección al consumidor que es titular de información registrada en Centrales Privadas de Información de Riesgos; la Ley 27665, Ley de Protección a la Economía Familiar en el Pago de Pensiones en Centros y Programas Educativos Privados (febrero de 2002); la Ley 27768, Ley de Creación de la Hoja Resumen Informativa para los Proveedores de Créditos (junio de 2002); la Ley 27932 (febrero de 2003), que prohíbe el bromato de potasio en la elaboración del pan y otros productos alimenticios y señalan competencia del Indecopi; la Ley 27972 (mayo de 2003), en cuyo artículo 48 se regula la participación del Indecopi en la fiscalización de productos de consumo huma-

no adulterados, falsificados o en estado de descomposición; la Ley 28376, Ley que Protege a Menores de Edad y Consumidores en General de Juguetes y Útiles de Escritorio Tóxicos o Peligrosos (noviembre de 2004); la Ley 28405, Ley de Rotulado de Productos Industriales Manufacturados (publicada el 30 de noviembre de 2004); la Ley 28556, Ley que Regula el Débito Automático (junio de 2005), la cual efectúa precisiones sobre el derecho de información de los usuarios; y la Ley 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros (julio de 2005).

- 4 Los proveedores tienen mayor información sobre los bienes y servicios que producen u ofertan que los consumidores.
- 5 Sentencias del 11 de noviembre de 2003 (Expediente 0008-2003-AI/TC) y 24 de marzo de 2004 (Expediente 0858-2003-AA/TC).
- 6 Como las que:
  - Imponen obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.
  - Permiten al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos del contrato en perjuicio del consumidor, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones, sin contar con el consentimiento claro e informado del consumidor.
  - Establecen la prórroga del contrato sin contar con el consentimiento expreso e informado del consumidor.
  - Establecen la conciliación, mediación o arbitraje como único mecanismo de solución de controversias.
- 7 La responsabilidad objetiva está proscrita cuando se trata del ejercicio de poder punitivo del Estado, tanto en el sistema penal como en el sistema sancionador administrativo.
- 8 Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor.-  
“Artículo 42.- Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar, la Comisión de Protección al Consumidor, actuando de oficio o a pedido de parte, deberá imponer a los proveedores que incurran en alguna de las infracciones tipificadas en la presente ley, una o más de las siguientes medidas correctivas:
  - a) Decomiso y destrucción de mercadería, envases, envolturas y/o etiquetas;
  - b) Solicitar a la autoridad municipal correspondiente la clausura temporal del establecimiento o negocio hasta por un máximo de 60 (sesenta) días calendario;
  - c) Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine la Comisión, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción hubiera ocasionado;

- d) Reposición y reparación de productos;
  - e) Devolución de la contraprestación pagada por el consumidor;
  - f) Que el proveedor cumpla lo ofrecido en una relación de consumo, siempre que dicho ofrecimiento conste por escrito en forma expresa;
  - g) La devolución o extorno, por el proveedor, de las sumas de dinero pagadas por el consumidor cuando el producto entregado o servicio prestado no corresponda a lo que haya sido expresamente acordado por las partes;
  - h) Que las entidades depositarias cumplan con efectuar el traslado y el pago de las cuentas por CTS del trabajador, conforme a lo establecido en la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios;
  - i) Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado;
  - j) Que el proveedor pague las coberturas ofrecidas en los seguros contratados por los consumidores, quedando sujeto el pago al cumplimiento de las condiciones establecidas en la correspondiente póliza de seguros;
  - k) Cualquier otra medida correctiva que la Comisión considere pertinente ordenar y que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro.
- Los bienes o montos que sean objeto de medidas correctivas serán entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama, salvo mandato distinto contenido en la resolución. Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva, que por algún motivo se encuentren en posesión del Indecopi y deban ser entregados a los consumidores beneficiados, serán puestos a disposición de estos. En el caso de bienes o montos que no hayan sido reclamados al cabo de un año, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 63 del Decreto Legislativo 807<sup>9</sup>.

9 Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, quinta edición, 2006, p. 598.