



Juan Espinoza Espinoza (*)

Primeras reflexiones a propósito del **Código de Protección y Defensa del Consumidor**

“EN REALIDAD, LO QUE HABÍA QUE ENSANCHAR ERA EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y COMPRENDER DENTRO DE ESTA CATEGORÍA -COMO YA SE ADVIRTIÓ- A AQUELLAS SITUACIONES EN LAS CUALES, INDEPENDIENTEMENTE SE CONCRETE (O NO) UNA RELACIÓN DE CONSUMO, EL CONSUMIDOR SE ENCUENTRA EXPUESTO A ELLA”.

El primero de setiembre del 2010, ante tantas vacilaciones y modificaciones, finalmente se promulgó, mediante Ley 29571, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual –salvo algunas partes– tendrá aplicación dentro de 30 días (cuarta disposición complementaria final). Sólo me referiré a algunos temas que –a mi modo de ver las cosas– generan particular atención.

1. El reconocimiento legal de la categoría del consumidor equiparado

El inciso primero del artículo III del Título Preliminar establece que:

“El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a esta”.

El consumidor equiparado no es más que aquel que se encuentra expuesto a una relación de consumo, independientemente que ésta se concrete o no. Siguiendo con la metáfora (que empleé en otra sede⁽¹⁾) del último eslabón en la cadena producción-consumo (que correspondería al consumidor), la situación del (ahora) consumidor equiparado era la de un “eslabón perdido”: técnicamente no era consumidor por no

(*) Director de la Unidad de Posgrado en Derecho y Ciencias Políticas de Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de Lima y de la Universidad del Pacífico. Presidente del Tribunal de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).

(1) Cfr. *Hacia la protección del “eslabón perdido”. El reconocimiento de la categoría del consumidor equiparado*, en *Actualidad Jurídica*, Tomo 188, Gaceta Jurídica Editores, Lima, julio 2009, 313-315



estar dentro de una relación de consumo y los operadores jurídicos hacían malabares interpretativos para ensanchar (innecesariamente) el concepto de relación de consumo o creando un “consumidor potencial” (concepto que siempre gira en torno a una “potencial” relación de consumo). En realidad, lo que había que ensanchar era el concepto de consumidor y comprender dentro de esta categoría –como ya se advirtió– a aquellas situaciones en las cuales, independientemente se concrete (o no) una relación de consumo, el consumidor se encuentra expuesto a ella. No debemos olvidar que el consumidor no deja de ser una persona que interactúa en el mercado y, en atención al artículo 3 de la Constitución, merece una amplia protección y tutela, que no debe ser limitada a la concreción de una relación de consumo. De esta manera,

“AUNQUE PAREZCA PARADÓJICO, SI BIEN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR (FORMALMENTE) PROHÍBE LOS DENOMINADOS MÉTODOS COMERCIALES AGRESIVOS O ENGAÑOSOS, EN EL FONDO LOS PERMITE, POR EL SIMPLE HECHO QUE EL DERECHO A LA RESTITUCIÓN TIENE QUE SER EJERCIDO POR EL CONSUMIDOR”.

para que la justicia administrativa proteja a la señora que se cae en un local abierto o a quien es asaltado cuando ingresa al mismo, bastará calificarlos como “consumidores equiparados”, sin necesidad de inventar situaciones potenciales, tal como ahora lo reconoce el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

2. Definición coherente de la categoría de consumidor

En su oportunidad⁽²⁾, critiqué la reforma introducida por el Decreto Legislativo 1045, en el cual resultaba inexplicable la exclusión de la categoría de las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor. En efecto, si bien “excepcionalmente” se protegía “a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa”, ¿se debía entender que si se trataba de una asociación que está en asimetría informativa no podría ser incluida en la categoría de consumidor?, ¿No se estaría creando una intolerable y absurda discriminación favoreciendo a las personas jurídicas lucrativas y excluyendo a

(2) Cfr. ¿La muerte del “consumidor razonable” y el nacimiento de la responsabilidad objetiva absoluta del proveedor? Análisis de la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, en Revista Jurídica del Perú, No. 89, Normas Legales, Lima, julio 2008, pp. 363-371.



Juan Espinoza Espinoza

las no lucrativas? Una lectura constitucional y pro-consumidor (así lo exige el artículo 2 de la misma Ley de Protección al Consumidor) hacía inevitable incluir a las personas jurídicas: lo que se tiene que proteger no sólo es al último eslabón de la cadena producción-consumo, sino también a los eslabones más débiles. El artículo IV del Título Preliminar establece que son consumidores o usuarios:

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

1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta”.

Se vuelve a la definición amplia de la original Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo 716) y se asimila tanto el modelo esencial (cuando se hace alusión al “beneficio propio o de su grupo familiar o social”) como el de descarte (“ámbito ajeno de la actividad empresarial”) de la definición de la categoría de consumidor. También ha de observarse que la inclusión de los empresarios en asimetría informativa no se hace con carácter excepcional y cabrían, en línea de principio, interpretaciones extensivas dentro de esta categoría.

3. La regulación sistemática de las cláusulas abusivas

El artículo 49.1 define a las cláusulas abusivas de la siguiente manera:

“En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos”.

Siguiendo el modelo de la Directiva Comunitaria 93/13/CEE, el Código de Protección y Defensa del Consumidor se alinea dentro de los países que asimilan una tutela (que a su vez, se inspira en el modelo jurídico alemán) basada en una lista negra y en una lista gris⁽³⁾. La lista negra (artículo 50) contiene un elenco de cláusulas que están afectas de ineficacia absoluta y la lista gris (artículo 51) de ineficacia relativa. Esta última es un *numerus apertus* (son ejemplificativas, no taxativas). Evidentemente, sólo la autoridad judicial puede declararlas ineficaces, mientras que la autoridad administrativa (según el artículo 52.1) puede inaplicarlas. Ahora bien, se presenta una contradicción con lo regulado en el artículo 1398 del Código Civil (que sanciona con nulidad el mismo supuesto). Ello implica –en lo que a relaciones de consumo por adhesión se refiere– una derogación del mismo en atención al principio *lex posteriori derogat priori*.

4. La tutela frente a las ventas agresivas

El artículo 58.1 establece que:

“El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen

(3) Cfr. *Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente*, en *Thémis*, Revista de Derecho, Segunda Época, n.º 38, 1998.

Primeras reflexiones a propósito del Código de Protección y Defensa del Consumidor

de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo”.

No obstante, las distintas leyes y códigos de consumidores que regulan este supuesto asumen un modelo permisivo⁽⁴⁾, el Código de Protección y Defensa del Consumidor asume un modelo prohibitivo (pero como veremos, a nivel de efectos se generan los mismos resultados). Así, el mismo artículo 58.1 continúa:

“En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen:

- a) Crear la impresión de que el consumidor ya ha ganado, que ganará o conseguirá, si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente cuando, en realidad: i) tal beneficio no existe, o (ii) la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a efectuar un pago o incurrir en un gasto.
- b) El cambio de la información originalmente proporcionada al consumidor al momento de celebrarse la contratación, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.
- c) El cambio de las condiciones del producto o servicio antes de la celebración del contrato, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.
- d) Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realiza proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e impertinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades.
- e) Emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemercadeo, a todos aquellos números telefónicos y direcciones

electrónicas que hayan sido incorporados en el registro implementado por el Indecopi para registrar a los consumidores que no deseen ser sujetos de las modalidades de promoción antes indicadas.

- f) En general, toda práctica que implique dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor”.

No obstante la cláusula general contenida en el inciso f, que se refiere a los vicios tradicionales de voluntad (dolo, violencia e intimidación), subyace un “nuevo vicio”⁽⁵⁾ que es – justamente - la sorpresa, como crear la impresión que se ha ganado un premio (inciso a), cambio de información (inciso b), cambio de las condiciones del producto (inciso c), visitas no solicitadas o llamadas telefónicas (inciso d).

Los modelos circulantes en Italia, Brasil, Alemania, Francia o en la Directiva Comunitaria (que no prohíben las ventas agresivas) reconocen un derecho de reflexión y un derecho a apartarse del contrato. En cambio el Código de Protección y Defensa del Consumidor (artículo 59) asume el modelo del derecho a la restitución. Así:

El consumidor tiene derecho a la restitución inmediata de las prestaciones materia del contrato de consumo en aquellos casos en que el proveedor haya incurrido en alguna de las prácticas indicadas en el artículo 58, cualquiera sea la modalidad de contratación empleada.

Para tal efecto, el consumidor cuenta con un plazo de siete (7) días calendario, contados a partir del día en que se produjo la contratación

(4) Cfr. *Las ventas agresivas y el derecho de arrepentimiento*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 12/No. 94, Gaceta Jurídica Editores, Lima, julio 2006.

(5) SACCO Rodolfo y DE NOVA Giorgio, *Il Contratto*, Tomo primero, Tercera edición, UTET, Torino, 2004, p.621.



Juan Espinoza Espinoza

del producto o servicio, o desde el día de su recepción o inicio de su ejecución, lo que ocurra con posterioridad, sin perjuicio de su derecho a ejercer las acciones administrativas pertinentes conforme a las disposiciones del presente Código o a solicitar la anulación del contrato en la vía jurisdiccional correspondiente.

El derecho a la restitución se considera válidamente ejercido cuando el consumidor comunique fehacientemente al proveedor sobre ello y proceda a la devolución de los productos recibidos o solicite la interrupción del servicio contratado. Ejercido este derecho, el consumidor no asume reducción alguna del monto a ser devuelto en caso de que haya efectuado un uso normal del producto o disfrute del servicio, salvo que se haya generado un manifiesto deterioro o pérdida de su valor.

Corresponde al consumidor probar la causal que sustenta su derecho a la restitución y el ejercicio de este derecho conforme a lo dispuesto en el presente artículo”.

Aunque parezca paradójico, si bien el Código de Protección y Defensa del Consumidor (formalmente) prohíbe los denominados métodos comerciales agresivos o engañosos, en el fondo los permite, por el simple hecho que el derecho a la restitución tiene que ser ejercido por el consumidor: si no lo hace (dentro de un plazo de reflexión de 7 días), la venta será válida y producirá todos sus efectos. Hubiera sido deseable asimilar el modelo que permite las ventas agresivas; pero obliga a los proveedores a informar del derecho que tienen los consumidores a un período de reflexión y a apartarse del contrato. En el fondo, sí se admite el “apartamiento” del contrato, por cuanto la restitución es una consecuencia del mismo.

5. La responsabilidad administrativa de los profesionales de salud

El artículo 68 regula lo siguiente:

“68.1 El establecimiento de salud es responsable por las infracciones al presente Código generadas por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, de los técnicos o de los auxiliares que se desempeñen en el referido establecimiento, sin perjuicio de las responsabilidades que les correspondan a estos.

68.2 El establecimiento de salud también es responsable por los actos de los profesionales que de manera independiente desarrollen sus actividades empleando la infraestructura o equipos del primero, salvo que el servicio haya sido ofrecido sin utilizar la imagen, reputación o marca del referido establecimiento y esa independencia haya sido informada previa y expresamente al consumidor; sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 68.1. *La responsabilidad del establecimiento de salud conforme a esta norma es solidaria* (el énfasis es nuestro).

De una interpretación sistemática de los párrafos 68.1 y 68.2, el establecimiento de salud es administrativamente responsable solidario con el profesional médico dependiente o el aparentemente dependiente. Este artículo repite el error introducido por el Decreto Legislativo 1045. En efecto, hay una abierta contradicción con la definición de servicio contenida en el inciso 4, del artículo IV del Título Preliminar, el cual precisa que:

“Es cualquier actividad de prestación de servicios que se ofrece en el mercado, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguros, previsionales y los servicios técnicos y profesionales. *No están incluidos los servicios que prestan las personas bajo relación de dependencia*” (el énfasis es nuestro).

No se entiende por qué para todos los prestadores de servicios dependientes sólo responde administrativamente como proveedor el principal y (sólo) en el caso de los médicos hay responsabilidad solidaria. El hecho que haya este tipo de responsabilidad en el artículo 48 de la Ley General de Salud, Ley 26842, del 20 de julio de 1997 no debe llamar a confusión: ésta es una responsabilidad civil, mientras que la regulada en el artículo 68 es administrativa.

6. Las controvertidas medidas correctivas

La Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, Ley 27311 (Ley de Fortalecimiento) vigente desde el 19 de setiembre del 2000, introdujo una serie de modificaciones sustantivas y procesales a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor, entre ellas, la medidas controvertidas. 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⁽⁶⁾.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor (aunque con un terminología y una conceptualización no muy feliz) continúa con este mecanismo de tutela efectiva de los derechos del consumidor. En efecto, dentro de las medidas correctivas (artículo 114), distingue las medidas correctivas reparadoras (artículo 115) que “tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior”, de las medidas correctivas complementarias (artículo 116) que “tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro”. En verdad, no se entiende esta confusa distinción, por cuanto la forma de definir a las medidas correctivas reparadoras es la misma de un daño emergente. Sin embargo, el mismo artículo 115.7 “aclara” que:

“Las medidas correctivas reparadoras como mandatos dirigidos a resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas originadas por la infracción buscan corregir la conducta infractora y *no tienen naturaleza indemnizatoria*; son dictadas sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que el consumidor puede solicitar en la vía judicial o arbitral correspondiente. No obstante se descuenta de la indemnización patrimonial aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa” (el énfasis es mío).

En verdad, hubiera sido deseable mantener la terminología de medidas correctivas *tout court*, introducida por la Ley de Fortalecimiento, sin esta distinción que, me temo, va a empantanar la tutela administrativa de justicia del consumidor.

(6) ESPINOZA ESPINOZA, Juan *Derecho de los consumidores*, Rodhas, Lima, 2006, p.108-109.