
Sobre el Ambito de Competencia de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi y los Alcances de la Relación de Consumo

(...o sobre la necesidad de diferenciar ambos escenarios)

Juan Espinoza Espinoza¹

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

Introducción

El concepto que la dogmática ha dado de la relación jurídica, entendida como la vinculación de situaciones jurídicas (y estas últimas, calificadas como posiciones que los sujetos de derecho asumen frente al ordenamiento jurídico), encuentra un interesante laboratorio en materia de protección al consumidor. Como autorizada doctrina brasileña lo señala, si bien el concepto de relación jurídica de la pandectística alemana «no podría estar más fuera de moda para un estudio de esta naturaleza»², la categorización de la relación de consumo como una relación jurídica es conveniente, no para que las soluciones de los problemas concretos se obtengan de la teoría general de la relación jurídica, sino para que «esas soluciones sean sistematizadas de forma científica por los operadores de derecho»³. Asimismo, la relación jurídica de consumo presenta ciertas características propias que determinan un tipo de cuidado especial en cuanto a la interpretación de su contenido y alcance⁴.

En efecto, lejos de pensar que la relación de consumo se agota en la adquisición de un producto o la utilización de un servicio, ésta se extiende a una serie de situaciones durante y posteriores a dicha adquisición o utilización. El propósito de este trabajo es el de determinar si, en caso se presentasen conflictos fuera de estos supuestos, cabría aplicar la Ley de Protección al Consumidor (LPC) y, por ende, la Comisión de Protección al Consumidor (CPC), así como la Sala de

Defensa de la Competencia (SDC) serían competentes para resolverlos.

1. ¿La Competencia de la Comisión de Protección al Consumidor sólo se da en el Ámbito de una Relación de Consumo o surge debido a una Infracción de la Ley de Protección al Consumidor?

Las relaciones de consumo son un tipo de relaciones jurídicas que presuponen dos situaciones jurídicas específicas, la de consumidor y la de proveedor. Dada la situación de asimetría (o insuficiencia) informativa del consumidor, la disciplina que trata esta materia, el Derecho del consumidor, tiene como principio básico protegerlo, existiendo un *favor* respecto al mismo. 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

1 Director de la Carrera de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola.

2 DE LUCCA, *Direito do Consumidor. Teoria Geral da relação de Consumo*, Quartier Latin, São Paulo, 2003, p.202.

3 DE LUCCA, *op. cit.*

4 DE LUCCA, *op. cit.*, p.203.



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.

Así, 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 de 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.

Ciertos autores confunden el concepto de relación de consumo con el de tutela jurídica del consumidor. En efecto, la protección jurídica que merece el consumidor es un concepto amplio que comprende el de tutelar al consumidor dentro de una relación de consumo. No obstante, existen supuestos, fuera de ésta que también son merecedores de tutela dentro del Derecho del consumidor. Por ejemplo, la discriminación en los locales abiertos al público (art. 7-B, LPC), los métodos comerciales coercitivos (art. 13, LPC) o la publicidad relativa a ofertas (arts. 20 y 22, LPC): si bien, el común denominador de estos casos es la no configuración de una relación de consumo, no por ello dejan de ser infracciones a la LPC, teniendo

como consecuencia inevitable que también pueden ser susceptibles de conocimiento de la CPC.

Por ello, estoy parcialmente de acuerdo con aquella doctrina que sostiene que la relación de consumo ha de comprender todas las situaciones en la cuales el consumidor debe ser protegido, vale decir, «antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles»⁹. La relación de consumo no decide, de manera única y exclusiva, el ámbito de aplicación del Derecho del consumidor, por cuanto, como ya lo he demostrado, existen supuestos fuera de la relación de consumo que merecen protección por esta disciplina y, para ello, no se requiere ensanchar innecesariamente el concepto de relación de consumo. No obstante ello, comparto la opinión en el sentido que la relación de consumo se da «durante y después de contratar» y no «antes», como demostraré posteriormente.

Quizá un caso fuera de una relación de consumo, del cual fue competente la CPC, nos ayude a entender esta observación: una consumidora recibió adjunto a un diario el catálogo de ventas de un proveedor, en el que se anunciaban ofertas vigentes desde el 19 de agosto hasta el 2 de setiembre de 2001. El mismo día del inicio de las ofertas, se apersonó a uno de los establecimientos para adquirir un audífono inalámbrico (que en la publicidad se fijaba a un precio de US\$ 39 y con un stock de 150 unidades), sin embargo, el personal de la tienda le informó que dichos productos no se encontraban disponibles para la venta. La Comisión, mediante Resolución Final No. 841-2001/CPC, del 29.11.01, no obstante el proveedor argumentó que no era competente para conocer este caso, declaró fundada la denuncia formulada por la consumidora por infracción de los arts. 20¹⁰ y 22¹¹ LPC, estableciendo que:

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, 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.

9 LORENZETTI, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Editores, Santa Fe, 2003, p.74.

10 El cual establece que «La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las características y funciones propias de cada producto y las condiciones y garantías ofrecidas, dan lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido».

11 Que precisa lo siguiente: «La publicidad relativa a ofertas, rebajas de precios y promociones deberá indicar la duración de las mismas y el número de unidades a ofertar. En caso contrario, el proveedor estará obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas».

«como regla general, la existencia de una relación de consumo entre un consumidor y un proveedor constituye el presupuesto para que la Comisión pueda conocer de una presunta infracción a las normas contenidas en el Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, Texto Unico Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor.

Sin embargo, del análisis del articulado de esta norma legal, podemos advertir que en los siguientes casos excepcionales se prescinde de la existencia de una relación de consumo, como presupuesto para que se configure una infracción a las normas contenidas en el Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, Texto Unico Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor:

1. en los casos de discriminación, porque justamente en estos casos, el proveedor impide la concreción de una relación de consumo;
2. en los casos de métodos comerciales coercitivos; pues en estos casos el proveedor pretende forzar una relación de consumo con la que el consumidor no está de acuerdo; y,
3. cuando la Ley de Protección al Consumidor dispone la obligación de los proveedores de cumplir con las ofertas contenidas en la publicidad que difunden. Ello, porque en este caso la infracción se configura antes de que se origine la relación de consumo, toda vez que ésta se ve frustrada debido a que el proveedor no cumple con los términos ofrecidos en su publicidad.

(...) Es decir, que de los hechos denunciados se desprende que la relación de consumo no se pudo concretar en tanto Saga no tenía en stock los audífonos inalámbricos materia de denuncia el primer día de la vigencia de la oferta, a pesar de estar obligada a ello según los términos de su folleto denominado «Oportunidad Unica», de acuerdo a los artículos 20 y 22 de la Ley de Protección al Consumidor.

En consecuencia, la Comisión considera que en este caso excepcional, a pesar de no existir relación de consumo entre la denunciante y Saga, existiría una

presunta infracción a las normas contenidas en el Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, Texto Unico Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor; y que, por tanto, sí es competente para abocarse al conocimiento de los hechos materia de denuncia».

El proveedor interpuso recurso de apelación, alegando que el objeto de la denuncia era determinar si su empresa había infringido el principio de veracidad que rige la publicidad comercial y por tratarse de presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 691, Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor, la competencia para conocer el caso materia de autos era de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal. La SDC confirmó la decisión de la CPC mediante Resolución No. 0730-2002/TDC-INDECOPI, del 20.09.02, afirmando que:

«En el caso, contrariamente a lo señalado por la denunciada, el asunto controvertido se centra en determinar las presuntas infracciones a la Ley de Protección al Consumidor derivadas de la oferta de venta de unos audífonos inalámbricos. Así, Saga, como establecimiento comercial abierto al público, ofertó los referidos audífonos bajo la modalidad 'Oportunidad Unica' que estaba dirigida a un determinado público objetivo, es decir, a sus clientes 'CMR'. En tal sentido, la Comisión ante los hechos materia de denuncia ejerció su competencia con el objeto de determinar la existencia de alguna

infracción a la Ley de Protección al Consumidor con ocasión de la referida oferta y no en dilucidar las presuntas infracciones derivadas de la publicidad comercial conforme a lo dispuesto al Decreto Legislativo N° 691, Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor».

El planteamiento de la Comisión es el correcto en el resultado, mas no en la argumentación. En efecto, la competencia de la misma no se debe centrar sólo en las infracciones derivadas de una relación de consumo. Ello es equívoco y lo prueban las «excepciones» que la misma Comisión admite (discriminación, métodos comerciales coercitivos, publicidad en materia de ofertas). La regla es que la Comisión es competente para conocer de cualquier infracción a la Ley de Protección al Consumidor (sea

“La regla es que la Comisión es competente para conocer de cualquier infracción a la Ley de Protección al Consumidor (...)”



o no dentro de una relación de consumo) y por, consiguiente, las mencionadas excepciones no son tales. Esta interpretación es la que ha dado la Sala para delimitar la competencia de la Comisión de Protección al Consumidor frente a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal.

El centrar el Derecho del Consumidor en función de la relación de consumo nos hace advertir una óptica netamente patrimonialista. Creo que es necesario redimensionar esta disciplina relativamente nueva y elaborar sus principios en atención a su protagonista: el consumidor. Aunque resulte evidente, lo que se tutela es el *status* del consumidor, dentro o fuera de la relación de consumo.

Ahora bien, diferenciado el escenario de competencia de la CPC y el del ámbito de la relación de consumo, ésta última debe entenderse como una relación jurídica compleja que comprende una serie de derechos y deberes que van más allá de la adquisición del producto o de la utilización del servicio y que se pueden dar durante o después de dicho acto de adquisición o de utilización.

2. Elementos de la Relación de Consumo

a. Sujetos, que son el consumidor y el proveedor. Con respecto al **consumidor**, me limitaré a resumir las coordenadas conceptuales que la legislación y la doctrina nacional han trazado hasta el momento:

- i. Es, en primer lugar, la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como «destinatario final», productos o servicios (art. 3, inc. a, LPC).
- ii. Lo son también la pequeña y micro empresa que se encuentran en situación de «asimetría» informativa (Resolución No. 0422-2003/TDC-INDECOPI, del 03.10.03).

Constato adicionalmente, que el modelo jurídico peruano se ha alejado de la definición residual imperante que es la de «toda persona que actúe con un propósito

ajeno a su actividad profesional»¹², fórmula que ha sido calificada por una atenta doctrina italiana como «neutra»¹³.

El **proveedor** tiene legislativamente una definición asaz descriptiva. Así, se le entiende como la persona natural o jurídica que fabrica, elabora, manipula, acondiciona, mezcla envasa, almacena, prepara, expende o suministra bienes o presta servicios a los consumidores (art. 3, inc. b, LPC). En la Resolución Final No. 159-2004-CPC, del 11.02.04, se precisó que:

«se debe considerar que la definición de proveedor no sólo se circunscribe a quien finalmente vendió el bien o servicio, sino a cada uno de los intervinientes en la cadena producción - consumo, entendiéndose por ésta al conjunto de personas jurídicas o naturales, de derecho público o privado, que facilitan el traslado de un producto o servicio desde el fabricante hasta el consumidor final, en el territorio nacional. Si bien los integrantes de la cadena producción - consumo cumplen roles distintos, la responsabilidad por infracción a la Ley dependerá del fabricante, del importador, del distribuidor, del prestador y de todos aquellos intervinientes en dicha cadena, según sea el caso».

Dentro el concepto de proveedor, la LPC comprende a los distribuidores o comerciantes, productores o fabricantes, importadores y prestadores. Las notas distintivas del proveedor son la habitualidad y el *status* de independencia:

- i. Curiosamente, se le atribuye el requisito de la «habitualidad» a todos los proveedores antes citados, menos a los productores o fabricantes. También la definición genérica descrita en el art. 3, inc. b, carece (en su redacción) de esta característica. Evidentemente, más allá de la literalidad del texto, debe entenderse que nota consustancial de esta categoría de sujeto es la «habitualidad». Esta ha sido la interpretación de la jurisprudencia tanto de la CPC como de la SDC. Así, frente a una denuncia a un grupo de

12 Sobre la definición de consumidor, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, *Sobre los alcances del concepto de consumidor*, en *Ley de Protección al Consumidor. Comentarios. Precedentes jurisprudenciales. Normas complementarias*, a cura de ESPINOZA ESPINOZA, Rodhas, Lima, 2004, 27-37.

Estas son situaciones que también el legislador nacional puede tomar en consideración. Pero constituye ya un enorme progreso el haber reformulado las categorías civilistas introduciendo la fórmula neutra: sus efectos son tales que del derecho de consumo poco a poco algunos principios, como la transparencia, la información, la competencia leal se han apartado del derecho privado general, permeando en sí todo el ordenamiento» (en *Derecho del Consumidor*, traducción a cura de ESPINOZA ESPINOZA, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, 45).

13 Así, ALPA, quien sostiene que: «actualmente se puede decir que la noción de consumidor ha asumido los contornos de una fórmula *neutra*, privada de aquellas características ideológicas que en los años sesenta del siglo pasado habían apasionado a los estudiosos, preocupado a los defensores del libre mercado, inquietado a los parsimoniosos legisladores. Si se debiese acoger la definición que evidencia los aspectos sociales del derecho privado, debemos fragmentar la noción en otros aspectos vinculados con la *edad* (el consumidor que es menor de edad necesita de tutelas más fuertes y aguerridas que aquellas circunscritas a la información, el consumidor anciano es menos sensible a la información y está más expuesto a los halagos de la publicidad o de las ventas agresivas), con el *sexo* (la mujer consumidora expresa exigencias diferentes respecto a aquellas del hombre consumidor), con las *condiciones económicas y sociales* (los consumidores menos pudientes están propensos a adquirir productos poco seguros porque son menos costosos y menos instruidos para poder reaccionar a los halagos de los mensajes).

copropietarios de un inmueble, de los cuales sólo uno de ellos era calificado como proveedor (justamente por la habitualidad en la intermediación) se excluyó de la denuncia a los copropietarios no proveedores (Resolución Final No. 960-2002-CPC, del 27.11.02). La SDC estableció que no son proveedores aquellos que venden bienes o prestan servicios de manera ocasional (Resolución No. 101-96/TDC-INDECOPI, del 18.12.96), como es el caso de una persona que, por mudanza, vende una araña de cristal (Resolución Final No. 434-2002-CPC, del 26.06.02). Sin embargo, la CPC, aclaró, en la Resolución Final No. 159-2004-CPC, ya citada, que:

«Esto no significa que deba existir un número mínimo de transacciones económicas para que un proveedor sea considerado habitual, sino que esto se refiere a la presunción de que se desarrolla la actividad para continuar en ella.

Así, no podría decirse que dado que determinada persona emprendió su negocio hace recién unos cuantos días no es un proveedor para efectos de la Ley».

En materia procesal, ante la afirmación del denunciado que no realiza transacciones comerciales habitualmente, la CPC ha considerado como prueba los reiterados avisos (publicados en el periódico) del denunciado ofreciendo diversos productos, con lo cual se acreditó su calidad de proveedor (Resolución Final No. 397-2004-CPC, del 15.04.04).

- ii. A partir de un precedente de la SDC, no se considera proveedor al sujeto que se encuentra en situación de dependencia laboral. Así en materia de proveedores profesionales, se estableció que un hospital era responsable por el actuar negligente de sus médicos; pero éstos, por estar en una situación de subordinación, no podían ser considerados proveedores (Resolución No. 0331-2001/TDC-INDECOPI, del 25.05.01).

¿Los órganos o dependencias del Estado pueden ser considerados proveedores? Ello dependerá si se dedican de manera habitual al intercambio de bienes o servicios bajo una contraprestación económica. Así, con respecto a una denuncia formulada contra la Dirección Departamental de Educación de Lima, mediante Resolución Final No. 435-2003/CPC, del 23.04.03, se decidió que:

«De la documentación que obra en el expediente no se desprende que la Dirección Departamental de Educación se dedique de manera habitual a la venta de algún bien o brinde habitualmente algún servicio. En ese sentido, la Dirección Departamental de Educación no encajaría en la definición de proveedor establecida por la Ley de Protección al Consumidor, en tanto que no es una persona jurídica que se dedique a una actividad comercial en un establecimiento abierto al público, y en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios, en el territorio nacional».

A propósito del otorgamiento de autorizaciones municipales de funcionamiento, una Municipalidad tampoco puede ser considerada como proveedora, por cuanto esta función, de acuerdo a la Resolución Final No. 547-2000-CPC, del 08.09.00:

«no puede considerarse como comercialización de productos o prestación de servicios en establecimientos abiertos al público o de manera habitual. En efecto, la actuación de la Municipalidad se circunscribió al ámbito del cumplimiento de actos derivados de su condición de entidad de la Administración Pública y no a la prestación de ningún servicio al denunciante. En consecuencia no se puede considerar que la mencionada Municipalidad esté sujeta al ámbito de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor».

Sin embargo, mediante Resolución Final No. 647-2000-CPC, del 20.20.00, sí fue considerado proveedor el Hospital Arzobispo Loayza,. Este aspecto fue confirmado por la Resolución No. 0331-2001/TDC-INDECOPI, ya citada. Resulta importante la argumentación de la mayoría, en el sentido que:

«no es atendible el argumento de que estamos frente a un servicio público de carácter asistencial pues sería hacer una diferenciación donde la ley no la hace. La Ley de Protección al Consumidor establece en sus artículos 1 y 3 d) que son de competencia de la Comisión aquellos servicios que se presten a cambio de una retribución. No dice que la retribución guarde equilibrio con la prestación o servicio recibido, ni excluye de su competencia el hecho que se reciba algún tipo de subsidio. El consumidor tiene el amparo como tal a cambio de la retribución que paga. Excluir ese supuesto es crear una excepción que la ley no tiene prevista»¹⁴.

14. Esta decisión cuenta con un abundante voto discordante, en el que se sostiene lo siguiente: «Puede la Ley (LPC) aplicarse a la prestación de servicios públicos de carácter asistencial? En primer lugar, debe tenerse en consideración que los servicios públicos pueden catalogarse de dos maneras: servicios con contenido económico y servicios con contenido asistencial. Los servicios con contenido económico son aquellos en los cuales el gestor de los servicios obtiene beneficios económicos y, precisamente por ello, es en estos servicios en los cuales el Estado puede obtener el concurso de particulares vía la concesión, como por ejemplo, telefonía, energía eléctrica, etc.; por el contrario, los servicios con contenido asistencial son aquellos en los cuales la actividad es requerida con fines sociales



- a. El **objeto** de la relación de consumo consiste, por un lado, en la entrega del producto o la prestación del servicio, por el otro, en el pago de la contraprestación. No se olvide que la relación de consumo nace de un contrato y, como tal, es fuente de obligaciones con prestaciones recíprocas. Aplicando el Código Civil, esta prestación, así como el bien que es objeto de ella, deberán ser «posibles» (segundo párrafo del art. 1403 c.c.), tanto física como jurídicamente. No sería objeto de una relación de consumo, el problema interno de un asociado o de un invitado por encontrarse impedidos de ingresar al local de la asociación por una decisión de la asamblea general o del consejo directivo (Resolución Final No. 879-2002-CPC, del 13.11.02), o el procedimiento establecido en los estatutos de una asociación para la separación de un integrante (Resolución Final No. 578-200-CPC, del 22.09.00).
- b. El **fin** de la relación de consumo es, dentro de nuestro ordenamiento, la causa del acto jurídico, conceptualizada como la función económico-social práctica que busca el sujeto al manifestar su voluntad¹⁶. De acuerdo al Código Civil, el fin deberá ser «lícito» (art. 140.3 c.c.). En materia contractual, la primera parte del art. 1403 c.c. establece que «la obligación que es objeto del contrato debe ser lícita». Así, en un caso en el cual un consumidor había denunciado a un proveedor, del cual había adquirido un equipo de cómputo, por cuanto no le era posible ingresar a los programas instalados por el mismo proveedor, la Comisión, mediante Resolución Final No. 496-2004-CPC, del 20.05.04, declaró improcedente la denuncia por cuanto se constató que se trataba de la adquisición de programas que fueron vendidos sin licencia. En atención a ello, se afirmó que:

Para reiteradas resoluciones de la CPC, «una relación o acto de consumo», «supone que se produzca en el mercado un intercambio de bienes y servicios entre un proveedor y un consumidor o usuario» (Resolución No. 4, del 15.04.98, confirmada por la Resolución No. 0221-1998/TDC-INDECOPI, del 19.08.98). Sin, embargo, como ha sido observado, la SDC ha agregado para la configuración de la relación de consumo que «el producto o servicio debe ser objeto de una transacción comercial onerosa»¹⁵.

«la Comisión no puede abocarse a la protección de conductas consideradas ilícitas por nuestro ordenamiento como es la utilización y/o reproducción de software sin tener la licencia otorgada por el titular del derecho de autor, razón por la cual debe entenderse que la Comisión no es competente para emitir pronunciamiento sobre el tema».

Este criterio también sería reforzado por la argumentación basada en el *standard* del consumidor razonable. En efecto, un consumidor razonable no

y tiene por finalidad equilibrar diferencias sociales alcanzando salud, educación, transportes a los sectores más necesitados. En este caso, la participación de los particulares no es posible ni atractiva, toda vez que no existe un ánimo lucrativo en la prestación del servicio. Es de notar que esto no quiere decir que el servicio asistencial sea gratuito para quien lo recibe, pues normalmente se exigirá algún tipo de retribución destinada al sostenimiento de la actividad en función a la capacidad económica del beneficiado.

En segundo lugar, estos servicios de contenido asistencial no se brindan en un esquema de mercado u operaciones de consumo. En efecto, el prestador del servicio asistencial está en la obligación irresistible de prestarlo siempre que le sea requerido, con lo que no tiene ninguna posibilidad de selección de su contraparte. Igualmente, el beneficiado con el servicio acude a una dependencia estatal respecto de la cual no tiene ninguna posibilidad de elección. En otras palabras, el beneficiado toma el servicio que se le ofrece sin posibilidad de que pueda elegir las condiciones del mismo. Finalmente, en cuanto al precio, el usuario no paga un precio, sino más bien una compensación por el servicio que recibe, destinada a mantener la operatividad del mismo. En el supuesto extremo, el usuario no entrega ni la contraprestación y sigue siendo obligación del Estado atenderlo adecuadamente.

Otro aspecto que debe considerarse es la paradoja que se produciría si como sostiene el voto en mayoría debiera sancionarse a un hospital público. En efecto, el sostenimiento de los servicios públicos asistenciales se realiza sobre la base del presupuesto que el Tesoro Público asigna a dicha entidad. En el caso que se impusiera una multa a la entidad, la misma tendría que ser honrada con dineros del propio Tesoro Público. En ese sentido, no resulta razonable que una entidad del Estado sancione pecuniariamente a otra entidad estatal en tanto que los fondos de ambas instituciones proceden de un mismo lugar, a saber, el Tesoro Público.

Asimismo, debe considerarse que la función de la sanción es desincentivar conductas, para que los particulares al momento de realizarla tengan presente los costos de la misma. Pero, dicha facultad se encuentra reservada al Estado. Sólo el Estado es titular del *ius puniendi*, esto es, nadie más que él puede sancionar. En este orden de ideas, no cabe que las entidades del Estado se sancionen entre sí, pues en última instancia es el Estado sancionándose a sí mismo.

¿Esta posición significa la impunidad del Estado en la prestación de servicios asistenciales? La respuesta es negativa. El ordenamiento prevé diversos mecanismos para sancionar a los funcionarios públicos que realizan inadecuadamente sus labores, tales como las acciones de control, el procedimiento disciplinario, etc. Mediante estos mecanismos se determinará si hay o no responsabilidad administrativa del funcionario público. Asimismo, la administración pública esta sujeta a la indemnización de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil de la entidad, pues en este tipo de procesos lo que se busca es compensar a la víctima por el daño sufrido producto de la actividad administrativa. Así, de determinarse la responsabilidad civil de la entidad, el monto que el Juez ordene pagar a la entidad deberá ser entregado a la víctima. Los fondos que deben cubrir la indemnización saldrán del tesoro pero irán directamente a la víctima».

Comparto la opinión del voto de la mayoría. Sostener que en el caso de los servicios asistenciales no cabe la aplicación de la LPC, implica, necesariamente que se está desconociendo que el Estado también puede asumir la posición de proveedor, incluso, en esos supuestos y que se pueda configurar una relación de consumo. No se entiende por qué se le quiera dar al Estado una disparidad de tratamiento en una situación de igualdad de condiciones con centros sanitarios privados. El hecho que se cuente con una subvención no es argumento válido para sustraer al Estado de la aplicación de la LPC. La interpretación del voto singular es anticonstitucional, por cuanto le da un tratamiento dispar a las estructuras sanitarias sin un argumento sólido. Máxime que está alineándose a una posición, por demás superada, de impunidad del Estado en materia de responsabilidad civil (y evidentemente administrativa), que se simplificaba con la expresión «*the King can do not wrong*». El Estado también se equivoca, puede ocasionar daños y debe internalizar las consecuencias tan igual como cualquier particular y no tener sanciones «especiales». El hecho que un órgano del Estado pague por el daño que ocasiona otro órgano o dependencia del mismo es irrelevante frente a la reparación o medida correctiva que merece el dañado y, en el caso concreto, el consumidor. Además, es un proveedor de servicios en el que el consumidor cuenta con el derecho de elección de acuerdo a los costos que esta en la capacidad de asumir.

15 WILL STAITER VASQUEZ, ¿Qué son productos para la Ley de Protección al Consumidor?, en *Ley de Protección al Consumidor. Comentarios. Precedentes jurisprudenciales. Normas complementarias*, p. 42.

16 Aquí no hago más que seguir a quien sostiene que la causa «se identifica con la función económico-social del negocio entero, considerado, con independencia de la tutela jurídica, en la *síntesis* de sus elementos sociales» (BETTI, *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducido por MARTIN PEREZ, Segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p.141).

compraría productos ni adquiriría servicios de procedencia ilícita.

3. ¿Por qué no se Pueden Comprender dentro del Concepto de Relación de Consumo las Situaciones que se Pueden Configurar antes de la Adquisición del Bien o de la Utilización del Servicio?

En diciembre del 2002 un consumidor se encontraba haciendo la cola para realizar un pedido de dos pizzas en un local comercial y «sintió ligeros empujones desde la parte de atrás; lo cual le hizo reaccionar instintivamente y llevar la mano hacia el bolsillo posterior derecho de su pantalón, percatándose que no tenía su billetera, asumiendo que ésta le había sido hurtada dentro de dicho establecimiento». ¿Podría argumentarse que, no obstante no haberse perfeccionado la transacción comercial, se configura una relación de consumo? Creo que la respuesta correcta es la negativa: lo que sí se configura desde que se entra en el local es el deber de idoneidad que tiene el proveedor para con el consumidor respecto a la seguridad mínima que se debe ofrecer dentro de los locales abiertos al público de los cuales el proveedor es titular. No se olvide

que la Constitución Política del Perú del 1993, en su art. 65, así como el art. 7 LCP, reconocen el derecho a la seguridad de los consumidores. Derecho a la seguridad que se puede presentar tanto dentro como (en este caso) fuera de una relación de consumo. Si ya se puso en evidencia que el ámbito de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor va más allá del concepto de relación de consumo, el conocimiento de este supuesto –igualmente- correspondería a este órgano administrativo. Mediante Resolución Final No. 492-2003/CPC, del 14.05.03, se determinó que:

«existen circunstancias que – sin estar vinculadas a la transacción comercial – también generan derechos, obligaciones y responsabilidades para las partes; ello, en tanto que el proceso de consumo involucra diversas etapas como la búsqueda de información, comparación de alternativas, elección y servicio post-venta. Este proceso, engloba diversas secuencias en las que tanto el consumidor como el proveedor tienen una actuación

distinta dependiendo de la etapa en que se encuentra dentro de dicho proceso.

(...)

Existen determinados casos en los que pese a no haberse realizado una transacción comercial, la expectativa de retribución económica para el proveedor genera una relación obligacional frente al consumidor potencial. Este supuesto está vinculado con el nivel de inmediatez o proximidad que existe entre el consumidor potencial y el proveedor para la puesta a disposición de productos o servicios.

Para ilustrar este concepto, pondremos como ejemplo el caso de un padre de familia que ingresa con su menor hijo a un restaurante y mientras espera ser atendido por la anfitriona para ordenar el menú, lleva a su hijo a los juegos infantiles de este local, en donde el niño se resbala y sufre una caída debido a que el piso del área de juegos se encontraba mojado. En este hipotético caso, la prestación del servicio no sólo se circunscribe al expendio de comida, sino también al servicio adicional de entretenimiento para niños.

En tal sentido el padre de familia que aún no había ordenado su pedido, ya estaba recibiendo un

servicio por parte del restaurante, pues los juegos infantiles son parte del servicio global que ponen a disposición de sus clientes. En este caso, existe un nivel de inmediatez del consumidor frente al proveedor y, en consecuencia, las responsabilidades del proveedor se generan a partir de dicha relación» (el subrayado es mío).

En atención a aclarar conceptos y categorías jurídicas, debo criticar la argumentación que se basa en la «expectativa de retribución económica para el proveedor» y en el concepto de «consumidor potencial». El argumento que más me persuade para interpretar que la CPC es competente para conocer este tipo de supuestos, es que por ley, es el órgano administrativo encargado de conocer –a nivel primario- las infracciones a la normatividad en materia de protección al consumidor. En este caso, la infracción del deber dar la seguridad necesaria a los consumidores que ingresan al local comercial de los proveedores, sin

**“*existen
circunstancias que –
sin estar vinculadas a
la transacción
comercial – también
generan derechos,
obligaciones y
responsabilidades
para las partes (...)*”**



necesidad que se concrete en una adquisición de un producto o el suministro de un servicio¹⁷. En este contexto, la «expectativa» y la «potencialidad» son situaciones a las cuales no sería necesario recurrir, máxime cuando en la misma *ratio decidendi* de la resolución citada, se menciona el concepto de «servicio global»: en efecto, si ya existe una «realidad» que es el servicio global, cuesta entender por qué se recurre a los conceptos de expectativa y potencialidad.

Sin embargo, el deber genérico de seguridad de los proveedores no debe hacernos llegar a la conclusión de que todo robo al interior de los locales comerciales es de responsabilidad del proveedor. En el caso particular, se declaró infundada la denuncia, por cuanto:

«Los servicios complementarios de seguridad brindados por un establecimiento abierto al público constituyen mecanismos empleados por los proveedores con el objeto de reducir el riesgo de que las pertenencias de los consumidores sean sustraídas o de cautelar la vigilancia de los propios bienes de la empresa y, a partir de ello, establecer un sistema de control sobre los mismos. El empleo de dicho mecanismo no obliga a los proveedores a responder por cualquier hecho que acontezca dentro de su establecimiento, sino únicamente de aquellos eventos en los que se pueda generar una responsabilidad por la posibilidad objetiva de control que recaiga en el proveedor sobre determinados bienes objeto de custodia.

En efecto, no obstante Pizza Hut contaba con un servicio de vigilancia en su local, consideramos que dicha medida no podría extenderse al cuidado de los objetos personales de sus clientes. Caso distinto sería si existiera una obligación generada por la prestación de un servicio de custodia, en el cual el deber de cuidado se trasladaría al denunciado, generándose una responsabilidad por la pérdida de los objetos que se encuentran bajo su resguardo.

Este último es el caso de algunos supermercados y discotecas que cuentan con un espacio destinado a guardar las pertenencias de sus clientes a quienes se les entrega a cambio una ficha con la que posteriormente proceden a reclamar sus objetos personales. Sin embargo, en el presente caso, el bien presuntamente hurtado estuvo bajo la custodia del denunciante, no

pudiendo trasladar la responsabilidad por la pérdida del mismo a Pizza Hut.

En ese sentido, considerando que la empresa denunciada no es responsable por el presunto hurto de la billetera del denunciante la cual se encontraba en la esfera de custodia del consumidor, corresponde declarar infundada la denuncia» (el subrayado es mio).

Esta decisión parte de la premisa que, en el caso particular, el consumidor se encontraba en la mejor posición de asumir los costos para evitar el daño sufrido (doctrina del *cheapest cost avoider*). Resulta evidente que quien tiene la responsabilidad de cuidar los bolsillos es el propio titular. Hacer internalizar este costo al proveedor, es pretender que vaya mas allá de lo que sus posibilidades objetivas de control le permiten, dando el mensaje que lo que se quiere es que se contrate personal para que vigile los bolsillos de los consumidores distraídos, lo cual es absurdo y, por ende, inaceptable. Asimismo, con este caso, queda demostrado que el *cheapest cost avoider* no coincide, necesariamente, con el *deep pocket* (quien es que tiene la mejor capacidad económica para pagar los daños y asumir sus costos).

Otro caso: una pareja estaba haciendo la cola para hacer un pago dentro de una agencia de un banco ubicada al interior del establecimiento de un supermercado y su hijo de cuatro años –al parecer– estaba jugando con las bandas elásticas que usualmente se ponen para ordenar la atención a los clientes y una de éstas, al soltarse, impactó en el ojo del menor. Apenas ocurrió el accidente, fue llevado al tópic del proveedor y el profesional médico que lo atendió le comunicó que lo llevara a un centro clínico porque la herida requería un tratamiento más especializado. No obstante ello, ambos padres, en su calidad de consumidores, denunciaron tanto al supermercado como al banco por no contar con los implementos necesarios para atender al menor. La CPC, mediante Resolución Final No. 140-2004/CPC, del 11.02.04, declaró infundada la demanda, argumentando que:

«un consumidor razonable que acude a un establecimiento comercial esperaría que de suceder alguna contingencia dentro del establecimiento, éste cuente con las medidas necesarias a fin de cubrir cualquier eventualidad que pudiera suscitarse. En este

17 En materia de responsabilidad contractual, se sostiene que el art. 1314 c.c., al referirse al deber accesorio de diligencia «brinda fundamento legal al acogimiento contractual integral de los deberes de protección», dentro de los cuales clasifica a aquellos que coadyuvan a la realización del deber central (como es el caso del contrato de transporte al trasladar a los pasajeros sanos y salvos) y aquellos que tienen la función específica de «tutelar a la persona y los bienes de la otra parte de la relación» (FERNÁNDEZ CRUZ, *Inimputabilidad en la inexecución de obligaciones*, comentario al art. 1314 c.c., en *Código Civil Comentado*, Tomo VI, Derecho de Obligaciones, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p.868).

caso, la Comisión considera que el establecimiento cumplió con ofrecer adecuadamente los primeros auxilios al menor.

De otro lado, no se ha logrado acreditar que el accidente ocurrido haya sido como consecuencia de la falta de seguridad de los separadores de la agencia del Banco en el interior de Plaza Veá. Como ya ha sido señalado, le correspondería al consumidor demostrar el defecto en la prestación del servicio. No obstante ello, dicha situación no ha sido probada.

En ese sentido, considerando que las empresas denunciadas no resultan responsables por el accidente ocurrido al hijo de los denunciados dentro del establecimiento comercial, corresponde declarar infundada la denuncia».

En mi opinión, al estar en un supuesto similar al anterior, los consumidores estaban en una mejor posición de evitar este accidente, ya que ellos fueron los que debieron cuidar a su hijo, en vez de solicitar que los proveedores asumieran esta responsabilidad. El accidente se debió a una travesura del menor, no a la falta de idoneidad de las bandas elásticas, ni a una falta de idoneidad en lo que al deber de vigilancia se refiere y, de esto, son responsables los padres. Por otro lado, se probó que el menor sí fue atendido inmediatamente en el establecimiento del proveedor.

Común denominador de estos casos es que no se requiere ensanchar innecesariamente el concepto de relación de consumo a situaciones anteriores a la adquisición del bien o del disfrute del servicio, por cuanto, igualmente –como en los casos comentados– al constituir infracciones a la Ley de Protección al Consumidor, la Comisión de Protección al Consumidor sería competente para conocerlos.

4. Situaciones que se Pueden Configurar Durante de la Adquisición del Bien o de la Utilización del Servicio

En 1998, una niña de origen judío que cursaba el tercer grado fue objeto de comentarios antisemitas por parte de sus compañeras de clase. No obstante las continuas quejas de los padres, el colegio no tomó medidas efectivas para contrarrestar esta situación. Ante la denuncia formulada por el padre, la CPC, mediante Resolución Final No. 689-99-CPC, del 15.12.99, determinó que ésta era infundada, por cuanto, del análisis del expediente, no se desprendería que la menor «haya tenido problemas que perturben su

desarrollo educativo y que hayan sido ignorados por parte del personal y/o las autoridades del centro educativo denunciado». No obstante, se afirmó que:

«un consumidor razonable entiende que el servicio educativo comprende no sólo el hecho de impartir clases, bajo la infraestructura y condiciones ofrecidas, sino que además el mismo debe desarrollarse en un ambiente adecuado para el desarrollo de los alumnos –un ambiente armónico. Así, cualquier consumidor razonable esperaría que ante un problema que perturbe el normal desarrollo educativo de sus hijos, las autoridades del plantel, así como los docentes y personal encargado de los niños, tomen las medidas adecuadas para corregir esa situación».

La SDC, mediante Resolución No. 581-2000/TDC-INDECOPI, del 27.12.00, revocó esta decisión, determinando, en opinión que comparto, que el colegio sí infringió el deber de idoneidad. En efecto, evaluando las declaraciones de los representantes del colegio y la tutora de la niña se determina que las mismas:

«no acreditan que el denunciado haya tomado medidas con relación a los actos de hostigamiento materia de denuncia, sino que, más bien, de ellas se desprende que se minimizó, pese a que, (...), el Colegio se encontraba obligado a tomar las medidas que fuesen necesarias para procurar que tal situación no se repita».

Otra de colegios: un par de padres de familia denuncia a un colegio por una falta de idoneidad en la prestación de servicios educativos a su menor hija. Los fundamentos de hecho de esta denuncia se basan en que dicho colegio prohibió el uso de maletas con ruedas. Sin embargo, la menor sufría de escoliosis y evidentemente, los padres solicitaron que se haga una excepción a este mandato por razones de salud, presentando tres diagnósticos (de un quiropráctico, de un traumatólogo y del Jefe del Departamento Médico de la Unidad de Gestión Educativa Local). No obstante ello, el colegio no accedió a dicho pedido, pidiendo una cuarta opinión médica. Frente a ello, los padres hicieron una denuncia ante una emisora radial y en respuesta, el colegio, con fecha 23.06.03, accedió a que la niña acuda con la maleta de ruedas. El 26 de diciembre de ese año, la directora remitió a los padres una carta en la que informó que, aunque la menor concluyó sus estudios satisfactoriamente, consideraba indispensable que los mismos se realicen en otro centro educativo. La CPC, mediante Resolución Final No. 593-2004-CPC, del 10.06.04, declaró fundada la denuncia, observando que había una falta de idoneidad, tanto en



la negativa que la menor utilice una maleta con ruedas, así como en la negativa a aceptar la matrícula para el año 2004, argumentando que:

«El principal objetivo de los centros educativos, es propiciar el aprendizaje del alumno y promover su educación en un sentido amplio, para lograr una correcta exploración evolución de sus capacidades personales. Para cumplir con tal propósito, cada Colegio establece los deberes y derechos de los alumnos con el fin de mantener un equilibrio armónico en las relaciones educativas. Siendo esto así, es derecho de cada institución educativa establecer pautas de conducta, reglas y prohibiciones, conforme a sus propios ideales, creencias, convicciones, entre otros; sin embargo, éstas no deben de ningún modo sobreponerse a los derechos fundamentales de sus alumnos. De acuerdo con dicho objetivo, la prestación del servicio educativo debe brindarse según la información otorgada a los padres de familia oportunamente, quienes al matricular a sus hijos aceptan las exigencias del centro educativo elegido. Los colegios tienen la potestad de limitar del uso de una mochila con ruedas, exigir que los cuadernos de los estudiantes sean forrados con un mismo color o que las alumnas lleven lazos de cabello sólo de color negro; sin embargo, como ya ha sido mencionado, estas reglas deberán encontrarse dentro de un marco de razonabilidad. Por otro lado, los consumidores, deberán escoger entre una variedad de servicios educativos en el mercado, el que a su criterio conviene más para la formación de sus hijos. No obstante lo anterior, es posible que, en algunas ocasiones, dichos preceptos colisionen con algunos derechos de los educandos cuando se encuentren gozando del servicio educativo y se origine un conflicto de intereses.

Por otro lado, el derecho a la salud es un derecho fundamental consagrado en la Constitución, así como en los Tratados y Convenios Internacionales; y al cual todas las personas deben tener la posibilidad de acceder. Es tarea y responsabilidad del Estado velar, no sólo por la atención integral de la salud de los menores, sino que además resulta ineludible garantizar dicho derecho en el nivel más alto posible, teniendo en cuenta el Principio del interés superior del niño.

En el caso bajo análisis, existe por un lado el interés del Colegio a que sus normas sean respetadas, que se centra en la libertad de enseñanza y en la libre transmisión del pensamiento; y por otro lado, existe el interés de los padres de garantizar la salud de la menor. Estos derechos se encuentran reconocidos y garantizados por la Constitución.

A criterio de la Comisión, cuando se presenta un

conflicto entre dos derechos dentro de una relación de consumo; se debe realizar una ponderación de intereses aplicando el principio de razonabilidad, de tal suerte que se pueda determinar qué derecho debe prevalecer.

Se debe recordar, que es rol de la Comisión poner fin a los conflictos de intereses aplicando las normas competentes para cada caso en concreto, orientándose siempre hacia el cumplimiento del rol promotor dentro de un estado democrático y coadyuvando con el fin social de una economía de libre mercado.

(...)

En ese sentido, lo que esperaría un consumidor razonable de un centro educativo, cuyas normas colisionan con el derecho a la salud de sus hijos, es que inmediatamente el Colegio tome conocimiento del hecho, se adopten todas las medidas necesarias a fin de cautelar y prever que la salud del alumno quede garantizada.

No obstante lo anterior, ha quedado acreditado que el Colegio no prestó las facilidades inmediatas para garantizar la salud de la menor. Es de destacar además, la despreocupación del Colegio por la salud de su alumna, al exigir como condición una cuarta opinión que le ayude a entender el diagnóstico de los tres especialistas que a todas luces demostraba un problema en su columna vertebral.

En este orden de ideas, la Comisión considera, que el Colegio no brindó un servicio idóneo, al no prestar facilidades de forma inmediata para garantizar la salud de Alison. Por ello, corresponde declarar fundada la denuncia en este extremo» (el subrayado es mío).

Respecto de la negativa del colegio a aceptar la matrícula de la menor para el año siguiente, se afirmó que:

«era deber del Colegio, en tanto centro educativo, interpretar su reglamento de una manera que garantice la salud de su alumna, máxime cuando es un principio consolidado en nuestro ordenamiento jurídico el de respetar el interés superior del menor ante situaciones de conflicto.

Así, dicha circunstancia no podría ser causal de la ruptura de la relación de consumo, ya que era obligación del Colegio brindar las facilidades y aceptar que Alison lleve una maleta con ruedas o en su defecto brindar alternativas idóneas para que la salud de la niña no se vea afectada. De igual modo, no es posible alegar una falta de «*equilibrio armónico*», cuando era el Colegio quien debió adecuarse a las necesidades de su alumna, al ser el derecho a su salud un interés más importante que el cumplimiento de sus disposiciones internas».

Es importante destacar que la fundamentación utilizada para la protección del consumidor no sólo se debe limitar a una ley especial, por cuanto resulta imperativo interpretarla sistemáticamente con otras leyes, a la luz de los principios que inspira la Constitución. Aquí son reveladoras las palabras de autorizada doctrina italiana que sostiene que «la interpretación es por definición lógico-sistemática y teleológico-axiológica, vale decir, finalizada a la actuación de los nuevos valores constitucionales»¹⁸.

Un consumidor denunció ante la CPC que mientras estaba realizando compras en un supermercado, debido a que el personal lo confundió con otra persona que se habría apropiado de un desodorante, fue conducido a un ambiente y obligado a desnudarse a efectos de verificar si mantenía en su poder dicho producto. Al verificarse que no lo había sustraído, se le indicó que podría retirarse. El consumidor hizo un reclamo público en un diario de circulación nacional y el proveedor contestó que se habían formulado las disculpas del caso, cosa que no se acreditó. La CPC, mediante Resolución Final No. 443-2003/CPC, del 23.04.03, declaró fundada la denuncia por falta de idoneidad, por cuanto:

«un consumidor razonable que se encuentra en un establecimiento realizando sus compras, no esperaría que se le acuse de un hurto o, que se le confunda con otra persona que lo ha realizado. En efecto, si bien los proveedores tienen la facultad de establecer mecanismos adecuados para la vigilancia, seguridad y control de sus establecimientos, dichos mecanismos no pueden ser utilizados de tal forma que afecten la tranquilidad de los clientes que acuden de compras al establecimiento. Así, la confusión generada por Santa Isabel en contra del señor Ledesma originó que se suscitara una serie de hechos sobre la base de un presunto hurto en el que habría incurrido el denunciante, otorgándole un trato inadecuado que no merecía como consumidor del supermercado al que acudió. Este hecho, denota un defecto en el sistema de vigilancia y control empleado por Santa Isabel, cuyos costos no pueden ser trasladados al consumidor en la presunta

confusión aludida por la denunciada. En tal caso, de haber sido ello así, Santa Isabel debió agotar los medios necesarios con el fin de resarcir la afectación causada al consumidor, ofreciéndole sus disculpas por estos hechos y, brindándole un trato adecuado al cual tiene derecho como consumidor de uno de sus establecimientos».

Esta decisión fue confirmada por la SDC con Resolución No. 0115-2004/TDC-INDECOPI, del 07.04.04. Debe tenerse en cuenta que una vez que el consumidor haya acreditado el defecto en el producto o (como en estos casos) en la prestación del servicio, el proveedor tiene la carga de la prueba de que dicho defecto no le es imputable. Así, en el caso de Plaza Vea, los padres no acreditaron el defecto y en el caso de la niña de origen judío, de la menor con escoliosis, como el de Santa Isabel, los proveedores no pudieron probar que el defecto en el servicio no les era imputable.

“(...) una vez que el consumidor haya acreditado el defecto en el producto o (como en estos casos) en la prestación del servicio, el proveedor tiene la carga de la prueba de que dicho defecto no le es imputable.”

Un sacerdote abre una cuenta a plazo fijo en la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura por US\$ 16.303,64 el 02.07.96 y 02.06.98 la cancela, retirando US\$ 12.000.00 para comprar materiales de construcción destinados a una obra social y –al mismo tiempo– abriendo una nueva cuenta con el saldo. Cuando el consumidor se encontraba en plena ventanilla, mientras la empleada se retiró para

imprimir un nuevo certificado por el saldo restante, una persona lo distrae y otra cambia el sobre donde tenía el dinero por otro, en el cual –evidentemente– no había dinero. Ante la demanda interpuesta, el Tercer Juzgado Civil de Piura, con Resolución No. 18, del 03.08.00, declara infundada la pretensión de devolución del dinero, argumentando que:

«tratándose de la reparación de daños y perjuicios demandada es necesario analizar que si bien es cierto, entre las partes existió una relación sustantiva a partir de un contrato de depósito de dinero, el hecho antijurídico y consecuente daño acontecido al interior del local institucional de la demandada no es atribuible a la responsabilidad extracontractual ni mucho menos contractual entre las partes, en tanto se trató de la

18 PERLINGIERI, *Il Diritto Civile nella Legittimità Costituzionale*, segunda edición revisada e integrada, ESI, Napoli, 1991, p. 212.



perpetración de un delito cometido por terceros sin ninguna relación de dependencia o nexo con la demandada, la misma que por el contrario, para efectos de la seguridad debida en las operaciones que se efectúan al interior del local institucional cuenta con el personal de vigilancia en tanto se verifique la existencia de hechos que alteren el orden y seguridad de los clientes y bienes de estos y de la propia entidad al interior de la misma. Que dadas las características del delito de que fue víctima el demandante el que se efectuó sin mediar violencia alguna aprovechándose un descuido del demandante, no es posible imputar responsabilidad y consecuentemente obligatoriedad en el resarcimiento del daño a la institución demandada, por cuanto no existe relación causal directa entre el innegable daño patrimonial sufrido por el demandante y su o sus ejecutantes (sic); y que si bien podría tratarse de un daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, estando a que la Ley y entes reguladores del sector financiero peruano no determinan específicamente la cobertura obligatoria del hurto y/o daño ocasionado por terceros y demás naturaleza, límites y características, como señala el artículo 1988 del Código Civil para la determinación de los mismos; no resulta legalmente atendible el resarcimiento de daños y perjuicios por la entidad demandada, como se solicita acumulativamente con la demanda».

La Segunda Sala Especializada en lo Civil de Piura, con Resolución No. 23, del 03.10.00, confirmó la sentencia de primera instancia, afirmando que:

«es una regla de responsabilidad civil soportar el daño en la medida que se haya causado, conforme lo señala el artículo 1972 del Código Civil, y no existiendo relación causal entre (el) comportamiento de la demandada y el daño, ésta no puede soportarlo, ya que el delito fue cometido por terceros que carecen de una relación de dependencia con la empleada».

Distinta solución tuvo un caso similar: el día 15.09.01 a las 13:00 horas aproximadamente, un consumidor se acercó al local de un banco, ubicado en el Centro Comercial Jockey Plaza, con la finalidad de abrir una cuenta de ahorros de fondos mutuos. Una vez que había recibido la información sobre la cuenta que pretendía abrir y luego de llenar los formularios correspondientes, se acercó a una de las ventanillas a efectuar un depósito de US\$ 1 000; poniendo el dinero a disposición de la cajera, la misma que al no saber si dicha operación se podía realizar, se retiró a efectuar las consultas del caso, y una vez que regresó le solicitó nuevamente la entrega del dinero, alegando que no se lo había entregado antes. El banco, en su descargo,

ofreció como prueba un video en el que se puede apreciar, que personas inescrupulosas que no tienen vínculo alguno con su institución se apropiaron del dinero del denunciante. La Comisión de Protección del Consumidor, ante la denuncia del consumidor, con Resolución Final No. 883-2002-CPC, del 13.11.02, precisó que:

«un consumidor razonable que efectúa una operación de depósito en un Banco esperaría que éste le brinde una protección adecuada a sus ahorros de acuerdo a lo establecido por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. En este sentido, un consumidor razonable no podría esperar que el Banco se haga responsable de su dinero incluso antes de la entrega efectiva; sin embargo, el Banco si se encuentra obligado por ley a adoptar determinadas medidas de seguridad preventivas, con la finalidad de evitar que se produzcan conductas que pudieran afectar la vida, la integridad física y el patrimonio de las personas que se encuentran al interior de sus establecimientos.

(...)

Sobre el particular, la Resolución Ministerial N° 0689-2000-IN/1701 establece la obligación de las entidades financieras de adoptar medidas mínimas de seguridad con la finalidad de proteger la vida y la integridad física de las personas, así como el patrimonio público y privado. En este orden de ideas, el artículo 8 de dicha norma establece la obligación de las entidades financieras de ordenar y dirigir el flujo de clientes hacia las ventanillas de atención, de modo que en cada una de ellas, sólo se encuentre el cliente a quien le corresponda la atención.

En consecuencia, la presencia de más de una persona en una ventanilla, constituirá una vulneración de las medidas de seguridad establecidas por esta norma.

En el presente caso, del video presentado por el Banco se desprende que el Banco no cumplió adecuadamente con la obligación establecida en la citada norma, toda vez que al momento en que se produjo el hurto del dinero del señor Gutiérrez, permitió que permanecieran hasta tres personas en la misma ventanilla, una de ellas era el señor Gutiérrez y las otras dos, las personas que perpetraron el hurto de su dinero.

Por lo anteriormente expuesto, la Comisión considera que en el presente caso, si bien ha quedado acreditado mediante el video que existieron diferentes conductas que pudieron facilitar que se produzca la conducta delictiva, es necesario analizar cuál de estas conductas es la causa adecuada. En primer lugar, existió una conducta poco diligente por parte del denunciante, quien en lugar de entregar el dinero a la cajera que lo estaba atendiendo, lo dejó a su disposición sobre el mostrador

de la ventanilla; en segundo lugar, se debe tener en cuenta la conducta de la cajera que atendió al señor Gutiérrez, quien abandonó en dos oportunidades la ventanilla por espacios de 2 y 3 minutos; y, en tercer lugar, se debe tener en cuenta la conducta del propio Banco, que infringió su deber legal de adoptar condiciones mínimas de seguridad, al permitir que además del señor Gutiérrez, se acercaran dos personas a la ventanilla en la cual se le estaba atendiendo.

De lo señalado en el párrafo precedente, se desprende la existencia de tres conductas que habrían podido causar el hecho materia de denuncia; por ello, es necesario establecer cuál de éstas debe ser considerada como la causa que produjo el daño». (el subrayado es mío).

En atención a ello:

«En este sentido, correspondería analizar si todas las conductas señaladas anteriormente pudieron causar el hurto del dinero del señor Gutiérrez o, si por el contrario, alguna de ellas debe ser considerada como una *condición* y no como una *causa*. Así, es menester señalar que las conductas tanto del denunciante como de la cajera del Banco deben ser consideradas como condiciones y no como causas del efecto, en la medida que facilitaron el acto delictivo pero no lo causaron; mientras que la conducta del Banco sí debe ser considerada como la causa adecuada y directa, dado que al infringir el deber legal de adoptar determinadas medidas de seguridad, permitió que terceras personas tuvieran acceso a la zona de las ventanillas del Banco y que hurtaran el dinero del denunciante.

Por lo tanto, habiendo quedado acreditado que el Banco incumplió la obligación legal que tenía de adoptar determinadas medidas de seguridad, y en tanto ha quedado acreditado que dicho hecho posibilitó que terceras personas se apropiaran del dinero del denunciante, la Comisión considera que el Banco no brindó un servicio idóneo al señor Gutiérrez, correspondiendo declarar fundado este extremo de la denuncia por infracción al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor». (el subrayado es mío)

Del análisis comparativo las resoluciones judiciales y la administrativa, podemos llegar a observar lo siguiente:

- a. Resulta evidente que un análisis causal superficial nos puede llevar a soluciones injustas o ineficientes. En efecto, si bien es cierto que en el

caso del sacerdote, no hubo la condición adicional de un dependiente poco diligente (de lo cual debe responder objetivamente la institución financiera), hay identidad con el caso que resolvió la Comisión en el hecho que ambos bancos no cumplieron con ordenar y dirigir el flujo de clientes hacia las ventanillas de atención, de modo que en cada una de ellas, sólo se encontrase el cliente a quien le correspondía la atención. Hecho que justamente provocó (conjuntamente con la distracción del consumidor) el robo en la propia ventanilla.

- b. En mi opinión, en el caso del sacerdote, también debió responsabilizarse al banco. No se olvide que en todo local abierto al público, aunque no se esté dando en estricto una relación de consumo, existe el deber genérico de seguridad del proveedor¹⁹. Ello, no quiere decir que dentro del local el banco tenga que asumir los costos por cualquier daño que sufra el consumidor. Aquí se tienen que analizar no sólo los supuestos de ruptura del nexo causal (caso fortuito o fuerza mayor, hecho del tercero o del propio consumidor), sino quien está en mejor posición para evitar los daños y asumir los costos de su prevención. En ambos casos, el banco estaba en una situación privilegiada para ello, ya que contaba (o debería contar) con personal de seguridad para este efecto. La distracción del consumidor, en este contexto, no pasa de ser una condición del daño, mas no la causa del mismo.
- c. El análisis causal de ambos casos (que son de responsabilidad contractual) nos hace pensar que, lejos de miopes dogmatismos, es posible emplear la teoría de la causalidad adecuada y no limitarse solamente a la aplicación la teoría de la causa próxima.

5. Situaciones que se Pueden Configurar Después de la Adquisición del Bien o de la Utilización del Servicio

En la ciudad de Cajamarca, en diciembre de 1999, la señora Nora Yolanda Malpartida de Regalado compró una cuna de madera a la señora Miriam Marín Abanto. Al percatarse la señora Malpartida que la baranda de ésta era muy grande, le hizo un reclamo a la señora Marín, la cual, después de una discusión, «la golpeó en el brazo derecho con un palo», hecho que fuera denunciado a la PNP. Posteriormente la señora Marín devolvió el dinero pagado a la señora Malpartida. No obstante ello, la señora Malpartida denunció a la señora Marín, ante la Comisión de Protección al

19 Sobre el particular, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, *Competencia de la Comisión de Protección al Consumidor y los alcances de la relación de consumo (...o sobre la necesidad de diferenciar ambos escenarios)*, en *Actualidad Jurídica*, Tomo 131, Gaceta Jurídica Editores, Lima, octubre 2004, pp.16 y ss.



Consumidor del INDECOPI, por presunta infracción al Decreto Legislativo No. 716, Ley de Protección al Consumidor. Mediante Resolución Final No. 189-2000-CPC, de fecha 13.04.00, la Comisión resolvió que hubo infracción del art. 8 del D.Leg. No. 716, Ley de Protección al Consumidor, del 07.11.91, por cuanto:

«La garantía implícita, a la cual se refiere el artículo 8 no sólo debe entenderse respecto de la idoneidad y calidad de los productos o servicios que los proveedores ponen a disposición de los consumidores, sino también, en relación a la idoneidad y calidad del servicio de atención al consumidor insatisfecho, debido a los reclamos que puedan presentarse por dichos productos o servicios. En efecto, en este caso, el consumidor ha solicitado «se aplique la sanción correspondiente por el maltrato» que ha sufrido.

La relación de consumo no se agota en la entrega del bien o en la prestación del servicio. La relación de consumo, en tanto vinculación entre situaciones jurídicas, contiene una serie de derechos y de obligaciones, tanto para el consumidor, como para el proveedor. En el caso del proveedor, éste se encuentra en la obligación de atender adecuadamente (es decir, con idoneidad y calidad) al consumidor en caso se presente un reclamo, respecto del producto o del servicio adquirido.

En opinión de la Comisión, un consumidor razonable espera ser escuchado de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses. En este sentido, un consumidor razonable espera al presentar un reclamo ante un proveedor, que éste lo atienda sin agredirle u ocasionarle daño alguno. Por el contrario, un consumidor no esperaría al formular un reclamo, que el proveedor lo golpee, como efectivamente sucedió, al extremo de ocasionarle lesiones que impliquen 4 días de incapacidad para el trabajo».

Esta decisión resulta emblemática del lema carneltuttiano de «zambullirse en la realidad», por cuanto, frente a un caso (aparentemente banal), se abre un nuevo horizonte interpretativo de la garantía implícita a la cual se refiere el art. 8 de la Ley de Protección al Consumidor. El «dato» proporcionado por el «derecho viviente» hace que el abstracto concepto de la relación jurídica, tenga un sentido específico y sirva para resolver un conflicto (de carácter administrativo) entre dos titulares de situaciones jurídicas (consumidor y proveedor). Esta percepción hace que se incorpore al ámbito de la relación de consumo, el derecho a ser atendido frente a un reclamo por los productos o servicios adquiridos.

En este mismo sentido se resolvió otro caso, en el cual un consumidor, Daniel Humberto Lanchipa

Bueno, con motivo de su viaje Lima-Arequipa, el 07.04.00 en el servicio Royal Class, entregó a la empresa Expreso Internacional Ormeño S.A., su equipaje, recibiendo como comprobante un ticket, el mismo que fue adherido a su boleto de viaje. Al llegar el señor Lanchipa a la ciudad de Arequipa, se dio con la sorpresa que su equipaje no había tenido el mismo destino. Como consecuencia de ello, se dirigió al administrador para formular su reclamo por escrito y éste se negó a recibirlo, obligando a que el consumidor presentase dicho reclamo a su regreso a Lima y formulase una denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, la cual, mediante Resolución Final No. 342-2000-CPC, del 29.05.00, sancionó al proveedor, estableciendo que:

«En opinión de la Comisión, un consumidor razonable espera ser escuchado de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses en la primera oportunidad en que presente su reclamo, a menos que existan circunstancias que impidan hacerlo; protegiéndose de esta forma sus intereses económicos a través de un trato equitativo y justo en todas las transacciones económicas que efectúa. En este sentido, un consumidor razonable espera al presentar un reclamo ante el proveedor, que éste lo atienda a menos que exista un motivo justificado. En el presente caso, la empresa denunciada no ha señalado ni ha acreditado la existencia de un motivo que justifique la negativa a recibir el reclamo formulado por el señor Lanchipa».

6. Nota conclusiva: Hacia una Tutela que Vaya más allá de los Supuestos Regulados por la Ley de Protección al Consumidor

Si bien la relación de consumo, al ser un concepto complejo que no se agota en la mera adquisición del producto o utilización del servicio, sino que comprende una serie de situaciones que surgen durante y después de los mismos, ello no debe llevar a la confusión que la competencia de la Comisión de Protección al Consumidor ni de la Sala de la Defensa de la Competencia se centre en un incumplimiento dentro de la relación de consumo. La competencia de estos órganos de decisión va más allá, por cuanto se aboca a cualquier infracción de la Ley de Protección del Consumidor, en tanto instrumento de protección de los derechos de los consumidores (incluidos los supuestos de incumplimiento dentro de una relación de consumo).

Ello tampoco nos debe llevar a creer que la tutela del consumidor 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 favorable» al mismo²⁰. En efecto, como ya lo hubiera señalado en otra sede²¹, 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)²². 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 constitucionalmente²³.

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.

(...) 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».

**“Cabe una
tutela integral
del consumidor
porque (...)
(...) la persona, al
actuar dentro del
mercado asume un
status especial que es
el de consumidor.”**

20 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).

21 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, pp.145 y ss.

22 ESPINOZA ESPINOZA y SIFUENTES DOMENACK, op. cit., p. 59.

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



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*²⁴. ¿Esto colisiona con el principio de legalidad? ¿se desampara al proveedor? Creo que no. Recordemos que la disciplina del Derecho del consumidor en nuestra experiencia nacional ha tomado la parte procesal del Derecho Administrativo, la normatividad penal en materia de transcurso del plazo prescriptivo y, en el aspecto material, es decir de fondo, los modelos jurídicos en materia de responsabilidad civil. Aquí es necesario distinguir

que, dentro de la denominada responsabilidad civil contractual es pacífico que el principio rector es el de la tipicidad del ilícito y en aquella extracontractual, es el de la atipicidad²⁵.

Debemos tener presente que el inc. e, del art. 5 de la LPC regula «el derecho a la reparación por daños» que corresponde al consumidor. De ello se concluye que, en situaciones fuera de una relación de consumo, si se ha dañado al consumidor, éste deberá contar con la más amplia protección brindada por el ordenamiento jurídico. Evidentemente, esta tutela ya no será de competencia de la CPC ni de la SDC. Ello ya corresponderá al Poder Judicial. En efecto, el fundamento de la cláusula abierta que contiene el texto legal ya citado, implica la posibilidad de otorgar indemnizaciones, facultad que, de acuerdo al art. 2 de la Ley No 27917, del 17.12.02, no tiene la Comisión de Protección al Consumidor

24 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.

25 Permitaseme remitir a mi *Derecho de la Responsabilidad Civil*, segunda edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 72.