

La Tutela Administrativa de los Contratos con los Consumidores en el Ordenamiento Jurídico Peruano y la Influencia de los Modelos Jurídicos Italianos

Juan Espinoza Espinoza*

“El autor distingue los conceptos entre responsabilidad administrativa y responsabilidad civil, asimismo diferencia la aplicación entre una medida correctiva y una indemnización, y cómo los modelos jurídicos italianos han influenciado en las resoluciones adoptadas por la Comisión de Protección del Consumidor.”

Introducción

Los juristas latinoamericanos tenemos en cuenta la cultura jurídica europea. Los civilistas peruanos, particularmente, el derecho italiano. La fuente inspiradora del Código Civil peruano de 1984 en la parte de derechos de la persona (aparte de la doctrina) y en la de contratos ha sido el *Codice Civile* italiano.

Frente a ello, el derecho de los consumidores ha sacudido las estructuras tradicionales del derecho, sobre todo, en materia de contratos y responsabilidad civil. No en vano, en Alemania, en el año 2000, se han incorporado en la Parte General del Código Civil (BGB), Título I, “Personas naturales”, Sección I, “Personas”, las definiciones de consumidor (*Verbraucher*) y de empresario (*Unternehmer*). En Italia, por la Ley No. 52 del 06.02.96, se introdujo en el *Codice*, el capítulo XIV-bis dedicado a los “Contratos del consumidor”, introducido al final del título II del libro IV, el cual está compuesto por cinco artículos (desde el 1469-bis al 1469-sexies), siendo colocado al final de la disciplina general de los contratos. Ahora, esta regulación se trasladó a una legislación especial: el Código de los Consumidores, aprobado por el Decreto Legislativo No. 206, del 06.09.05. De esta manera hay una integración entre el derecho común y la disciplina especial, que es regulada ampliamente por este nuevo texto.

Volviendo a Alemania, en el año 2002, se realizó una modificación más profunda en la parte especial de obligaciones y contratos del BGB para incluir normas especiales y generales de tutela del consumidor, sistematizando así todas las directivas europeas sobre contratos y las leyes especiales alemanas sobre esta materia.

En el Perú, **la Ley de Protección al Consumidor irrumpe en el año 1991 con la aprobación del D. Leg. No. 716** y se ha sucedido una serie de normas que han actualizado este modelo jurídico, incluso después de la dación del T.U.O., aprobado por D.S. No. 039-2000-ITINCI, del 11.12.00. En nuestro sistema, al lado de una **protección judicial** de los derechos de los consumidores, contamos con una **protección administrativa**, la cual ha enriquecido sustancialmente la legislación vigente con una atenta jurisprudencia.

En Perú, a nivel administrativo, la **Comisión de Protección al Consumidor** del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), en adelante, la Comisión, está compuesta por 6 Miembros: dentro de los mismos, se elige un Presidente y un Vice-Presidente. Sus resoluciones son apelables frente a la **Sala de Defensa de la Competencia** del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Si

* 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. Ex – Presidente de la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

las partes en conflicto no están de acuerdo con estas decisiones, pueden interponer una acción contencioso-administrativa frente al Poder Judicial. Por ello, resulta vital interpretar coordinada y armónicamente la legislación especial, conjuntamente con el Código Civil y los principios rectores de la Constitución. Los precedentes judiciales y del Tribunal Constitucional han matizado la interpretación de los modelos jurídicos circulantes en materia de tutela del consumidor en el Perú.

1. La Responsabilidad Objetiva Administrativa Derivada de la Infracción a la Ley de Protección al consumidor

El art. 41 del D. Leg. No. 716, Ley de Protección al Consumidor, reformado por la Ley No. 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, del 12.07.00, establece que “los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente ley”¹. Frente a esta innovación legislativa, que recogió un precedente jurisprudencial administrativo ya consolidado, cierta doctrina ya ha expresado su preocupación y ha advertido que la responsabilidad administrativa del proveedor no debe afirmarse “en términos absolutos”².

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

Protección al Consumidor, en la Resolución Final No. 587-99, del 22.11.99, ha establecido que:

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

Hasta aquí podría pensarse que hay una coincidencia “simétrica” entre la responsabilidad objetiva, diseñada por el Código Civil y la Ley de Protección al Consumidor. Sin embargo, en esta misma resolución, a párrafo seguido, se agrega que:

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

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

1 El artículo completo recita: “Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una Multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro.

La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente será determinada atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI salvo lo dispuesto en el Artículo 45 de la presente Ley”.

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

bien diversa de la responsabilidad objetiva diseñada en el Código Civil.

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

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

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

2. Naturaleza de las “Medidas Correctivas” Dictadas por la Comisión de Protección al Consumidor

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

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

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

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

Los fundamentos de ambas decisiones han sido los siguientes:

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

Observando bien las cosas, parece que la línea divisoria entre una medida correctiva y una indemnización en forma específica por daño emergente es bastante tenue y podría confundirse. No se debe olvidar que la función del resarcimiento en manera específica no se agota en el hecho que las cosas vuelvan a su estado anterior, sino que incluye supuestos dirigidos a aliviar o satisfacer la situación del dañado. La medida correctiva es una sanción administrativa que busca (solo) tratar que las cosas vuelvan al estado anterior. No hay usurpación de funciones del Poder Judicial: tan cierto es ello que cualquiera de las partes involucradas podría contradecir judicialmente, agotada la vía administrativa previa, el mandato de cumplir con la medida correctiva. En efecto, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de

Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, con razón, ha distinguido la **competencia primaria**, que le corresponde a la Comisión de Protección al Consumidor y a la propia Sala del INDECOPI, de la **jurisdicción** de la cual es titular el Poder Judicial, en la Resolución No. 0221-2002/TDC-INDECOPI, del 22.03.02, al precisar que:

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

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

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

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

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

De esta manera, la potestad que tiene la Comisión de Protección al Consumidor de dictar medidas correctivas, corresponde a la competencia primaria que le ha sido

conferida por ley, la cual, en absoluto significa una invasión de la función jurisdiccional, puesto que existe la posibilidad que sus decisiones sean contradichas por el Poder Judicial. Así, el artículo 61 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que: “La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.”

“(…) la competencia del INDECOPI en materias vinculadas a la protección del consumidor es una contribución a la administración de Justicia en el Perú.”

En atención a estas consideraciones, lejos de ver en estas facultades un conflicto de competencia con el Poder Judicial, debemos tener en cuenta que “la competencia del INDECOPI en materias vinculadas a la protección del consumidor es una contribución a la administración de justicia en el Perú. En este sentido, el INDECOPI es un aliado del Poder Judicial. Se trata de un complemento que, por un lado, facilita el acceso del consumidor a mecanismos heterónomos de solución de conflictos, en tanto los costos de acceder a la tutela del INDECOPI son significativamente menores que los costos de acceder al Poder Judicial. Por otro lado, la competencia del INDECOPI en estas materias alivia sustancialmente la carga de trabajo del Poder Judicial”³.

Por ello, siguiendo (y finalizando) con el ejemplo propuesto, si el consumidor perjudicado pretende solicitar indemnización por daño emergente, lucro cesante o daño moral, si fuere el caso, deberá recurrir al Poder Judicial, que es el único órgano competente para ello.

3. La Influencia de los Modelos Jurídicos Italianos en el Derecho de los Consumidores Peruano

La influencia de la experiencia jurídica europea, particularmente la italiana, ha sido decisiva en las resoluciones de la **Comisión de Protección al Consumidor** del INDECOPI, como ya se mencionó, órgano administrativo que decide en primera instancia los conflictos entre consumidores y proveedores, así como de la doctrina nacional, en los siguientes aspectos:

a. En lo que se refiere a la definición de consumidor: El art. 3, a) de la Ley de Protección al Consumidor, prescribe que son:

“Consumidores o usuarios.- Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios”.

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

Si bien es cierto que la experiencia jurídica comparada no tiene carácter vinculante en nuestro medio, la misma, puede servir para observar cómo otros operadores jurídicos interpretan la noción de consumidor. Así, a propósito de los contratos de consumo, en la Directiva Comunitaria 93/13/CEE del 05.04.93, se define como *consumidor* a “toda persona física que, (...) actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional” (art. 2, inc. b). Este concepto ha sido criticado, por cuanto resulta peligroso y discriminatorio asimilar el *status* de consumidor a la situación subjetiva de ser persona natural “pudiéndose encontrar en la misma situación de “sujeción” las personas jurídicas y pequeñas empresas”⁴.

En Francia regía la Ley No. 78-23, del 10.01.78 y posteriormente a la Directiva Comunitaria 93/13/CEE del 05.04.93, a efectos de adecuarse a ésta se promulga la Ley No. 95-96, del 01.02.95. A diferencia del legislador alemán, el legislador francés en ambos cuerpos normativos ha optado por diseñar modelos jurídicos basados en la protección al consumidor *stricto sensu*. Es por ello que se excluye a los empresarios que actúan en el ejercicio de su propia profesión del beneficio de la tutela contra las cláusulas abusivas. Sin embargo, se ha afirmado con razón que esta solución parece muy severa con respecto de los empresarios en posición de desventaja: desde el 28.04.87, la Corte de Casación francesa ha aplicado análogicamente estas normas a los empresarios cuya situación así lo justifique, sean éstos personas naturales o jurídicas⁵. En este sentido, autorizada doctrina ha afirmado que “más allá de las categorías jurídicas, es el estado de debilidad de la parte de un contrato lo que justifica la tutela”⁶.

En la experiencia jurídica italiana, siguiendo muy de cerca a la directiva comunitaria se ha entendido por *consumidor* a “la persona física que actúa con distintos fines a la actividad empresarial o profesional eventualmente desvirtuada” (art. 1469-bis), lo cual generó la justa observación sobre la necesidad de “alargar” esta noción⁷. Como se mencionó, la normatividad contenida en el Código Civil ha sido trasladada al Código de los Consumidores, aprobado por el Decreto Legislativo No.

206, del 06.09.05, cuyo art. 3.1, inc. a, conserva la misma definición restringida de consumidor del derogado art. 1469-bis del Código Civil.

No compartiendo un precedente de la Sala (Resolución No. 101-96/TDC, del 18.12.96 Resolución No. 101-96/TDC, del 18.12.96), la Comisión entendió (siguiendo estos modelos jurídicos) que no solo importa tutelar el último eslabón de la cadena proveedor-consumidor, sino también los eslabones más débiles, así, en su momento, se incluyeron dentro de esta categoría, a las asociaciones y a la universidades nacionales, que por su particular posición, se encontraban en una situación de asimetría informativa. Así, después de las críticas formuladas por especialistas y los no pocos votos discordantes, a nivel de la Comisión de Protección al Consumidor y uno por parte de la Sala de Defensa de la Competencia, en una resolución, esta segunda instancia administrativa ha cambiado la interpretación del concepto de consumidor. En efecto, en esta decisión que se declara precedente de observancia obligatoria (Resolución No. 0422-2003/TDC-INDECOPI, del 03.10.03) ahora también se entienden como consumidores, a “las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios” que “son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo”⁸.

A nivel de legislación comparada, el art. 4 del Código de Protección y Defensa del Consumidor del Brasil, aprobado por Ley No. 8.078, del 11.09.90, reconoce como principio el “de vulnerabilidad del consumidor en el mercado de consumo”. Para calificada doctrina brasileña, la vulnerabilidad es “un estado de la persona, un estado inherente de riesgo o una señal de confrontación excesiva de intereses identificado en el mercado, es una situación permanente o provisoria, individual o colectiva, que fragiliza, debilita al sujeto de derecho, desequilibrando la relación. La vulnerabilidad no es pues, el fundamento de las reglas de protección del sujeto más débil, es apenas el “desarrollo” de estas reglas o de la actuación del legislador, es la técnica para aplicarlas bien, es la noción instrumental que guía e ilumina la aplicación de estas normas protectivas y re-equilibradoras,

4 GIAMPIERI, *L'attuazione della direttiva sulle clausole abusive negli Stati dell'Unione Europea*, en *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura de BIANCA y ALPA, CEDAM, Padova, 1996, 273. En este mismo sentido, ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, en *Rivista di Diritto Civile*, año XL, primera parte, CEDAM, Padova, 1994, 282.

5 ASÌ, GHESTIN y MARCHESSAUX, *L'applicazione in Francia della direttiva rivolta ad eliminare le clausole abusive*, en *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit., 58-59.

6 GHESTIN y MARCHESSAUX, op. cit.

7 DE NOVA, *Considerazioni Introdottrive*, en *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit., 309. Se sostiene, con razón, que también las empresas intermedias también son “débiles” en la cadena de distribución de los productos y, por consiguiente “se encuentran en la situación de sufrir las cláusulas abusivas introducidas por las “empresas fuertes”, de mayores dimensiones y de fuerza contractual superior, con el riesgo de desaparecer del mercado, poniendo siempre más en contacto directo a la gran empresa con el consumidor, es decir, el destinatario final de la producción” (V. CARBONE, *Il commento. La tutela del consumatore: le clausole abusive*, en *Il Corriere Giuridico*, No. 3, IPSOA, 1996, 250). Dentro de esta corriente de pensamiento, se afirma que “la limitación de la tutela al consumidor individual excluye a quien contrata en el ejercicio de la propia actividad profesional y a las empresas de pequeñas dimensiones – también los “eslabones débiles” de la cadena distributiva – frente a los cuales pueden presentarse no disímiles exigencias de tutela” (CABELLA PISU, quien considera que se hubiera incluido dentro de este concepto también a los artesanos y a las empresas familiares, *Art. 1469-bis, comma 3, nn. 1, 2 e 15*, en *Commentario al codice civile. Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura de CESARO, Volumen I, CEDAM, 1996, 120). La misma autora observa que “el régimen resulta particularmente duro para los profesionales intelectuales, que en los contratos con las empresas proveedoras, por ejemplo, de los instrumentos y de las instalaciones profesionales no pueden ser técnicamente considerados consumidores, estando en una posición de debilidad contractual absolutamente análoga a aquella de quien contrata fuera de una eventual actividad profesional” (cit., 120-121).

8 Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, *Sobre los alcances del concepto de consumidor en la experiencia jurídica peruana*, en *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Tomo III, Giuffrè, Milano, 2006, 211-225. Así como ALDANA RAMOS y GAGLIUFFI PIERCECHI, *La noción de consumidor final: el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Protección al Consumidor según el nuevo precedente de observancia obligatoria del Indecopi*, en *Ius et Veritas*, Año XIV, N° 29, 2005, 47 a 61.

en busca del fundamento de Igualdad y de Justicia equitativa”⁹.

Existen tres tipos de vulnerabilidad: la técnica, la jurídica y la fáctica. Respecto de la **vulnerabilidad técnica** se afirma que “el comprador no posee conocimientos específicos sobre el objeto que está adquiriendo y por tanto, es fácilmente engañado tanto por las características del bien como en su utilidad, lo mismo ocurre en materia de servicios”¹⁰. La **vulnerabilidad fáctica** “es aquella desproporción fáctica de fuerzas, intelectuales y económicas, que caracteriza la relación de consumo”¹¹ y la **vulnerabilidad jurídica** es entendida como la “falta de conocimientos jurídicos específicos, conocimientos de contabilidad o de economía”¹². 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.

b. La Ley de Protección al Consumidor **no regula** el fenómeno de las “**ventas agresivas**”, y la Comisión ha resuelto estos conflictos entendiendo que se trataba de una **infracción del deber de idoneidad** que tiene el proveedor: El deber de idoneidad se traduce en la correspondencia de las características del producto o del servicio a las expectativas del consumidor razonable.

Nuestra doctrina, teniendo en cuenta el art. 45 del *Codice dei Consumatori* italiano (que regula los contratos concluidos fuera de los locales comerciales), propone el período de reflexión, el derecho de arrepentimiento de los consumidores y el *recesso*, entendido como apartamiento del contrato. Siguiendo a un sector de la doctrina brasileña¹³ se propone en un sistema como el nuestro, el reconocimiento *per se* del derecho de arrepentimiento, frente a este tipo de prácticas comerciales.

c. En materia de **discriminación por razones de raza**, la Comisión ha sancionado con multas a varias discotecas. Nuestra doctrina, siguiendo el modelo jurídico de la Constitución italiana ha puesto en evidencia la aplicación del principio de **orden público**

en el sentido dinámico, vale decir, el deber del Estado de remover los obstáculos que impidan el pleno desarrollo de sus ciudadanos. En efecto, el orden público, de sólito, es entendido como un conjunto de principios jurídicos, económicos, sociales, políticos, morales que tienen que ver con la estructura y funcionamiento de la sociedad. Frente al concepto estático del orden público, concebido como un límite a la autonomía privada (diseñado en el art. V del T.P. c.c.), se encuentra aquel estático dado como una obligación de un Estado promotor de la satisfacción de las necesidades de sus integrantes¹⁴. Como se mencionó, el segundo párrafo, del art. 3 de la Constitución Italiana, establece que:

“Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país”.

Así, se sostiene que el orden público dinámico “se sustancia de principios y de directivas intermedias respecto a ellos, para iluminar la norma hasta los límites de su componente axiológico” y “admite nuevos espacios de creatividad individual que, en vez de prescribir comportamientos y pretender comparaciones más o menos rígidas entre supuestos de hecho abstractos y supuestos de hecho concretos, indica las finalidades de la acción o los criterios que encaminan su aceptación”¹⁵.

Dos notas curiosas: Hoy leía en el “*Quotidiano Nazionale*” de “*La Nazione*”¹⁶ que el Rector de la Universidad de Siena, Silvano Focardi, sostenía la aplicación de este principio para justificar los baños *unisex*, que están desde hace años en este ateneo. También constato que el problema de la discriminación en los locales abiertos al público no es ajeno en Italia: leo el anuncio publicitario de una fiesta “*Disco Fever*” organizada en Firenze por “*Maracanã*” *Discoristoshow*, con ingreso para invitados y entradas de cortesía (*inviti/omaggio*) y... “*selezione alla porta*”. En Perú se anunciaba: “Nos reservamos el derecho de admisión”.... Conjugó en tiempo pasado, porque mediante la Ley No. N° 27049 del 28.12.98, se incorporó el art. 7-B a la Ley de Protección al Consumidor y ya no se debe hacer este tipo de discriminación. En efecto, se establece lo siguiente:

“Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y

9 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, 120.

10 LIMA MARQUES, op. cit., 270.

11 LIMA MARQUES, BENJAMIN y MIRAGEM, op. cit., 121.

12 LIMA MARQUES, op. cit., 271-272.

13 NERY JÚNIOR, *Da Proteção Contratual*, en AA. VV., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 7ma. Edición, revisada y ampliada, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2001, 492.

14 ESPINOZA ESPINOZA, *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, 249 y ss.; TREJO MAGUIÑA, *Cuando el Derecho a la no Discriminación adquiere rasgos de intolerancia*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 95, Gaceta Jurídica, agosto 2006, 347 y 348.

15 LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, ESI, Napoli, 1993, 346.

16 *Quotidiano Nazionale, La Nazione*, jueves 09.11.06, Año 148, No. 309.

servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.

Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

“La Comisión se alinea a la posición doctrinaria italiana en la que se distingue la causalidad de hecho (que indica quien es el responsable).”

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios”.

d. En lo que se refiere a las **cláusulas vejatorias**, el art. 1398 del Código Civil peruano de 1984 ha copiado el derogado art. 1341 del c.c. italiano (versión 1942). Pero no solo eso: La propuesta legislativa de reforma del art. 1398, se ha inspirado en la Directiva Comunitaria y el *Codice dei Consumatori* di Italia. Así, al lado de la lista de cláusulas que tiene el proyecto, *in fine*, se definen a las cláusulas vejatorias como:

“cualquier estipulación que cause, en detrimento de la otra parte, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de los contratantes que contravenga el principio de la buena fe”.

e. En casos particulares, por ejemplo, en materia de **estacionamiento**, la Comisión ha sancionado a los

proveedores aplicando el **principio de apariencia**. Se puede leer en la Resolución No. 240-2002-CPC, del 10.04.02, una cita del autorizado Falza en la voz comentada en la *Enciclopedia del Diritto*. Así:

“La Comisión considera que en este caso particular, se ha configurado un supuesto de apariencia, que es una situación compleja, en la cual una situación real se manifiesta o significa frente a los terceros de otra manera, vale decir, a través de una situación aparente¹⁷. Este supuesto de apariencia se manifiesta objetivamente, bajo criterios socialmente apreciables¹⁸. Frente a ello, el ordenamiento jurídico considera eficaz la situación aparente, privilegiándola frente a la situación real, a efectos de proteger a los terceros que, confiando en la misma, han celebrado actos jurídicos. Las situaciones de apariencia no son ajenas a las previsiones del Código Civil. Así, se regula al acreedor aparente (art. 1225 c.c.¹⁹), al heredero aparente (art. 665 c.c.²⁰), entre otros. En estos casos, los actos realizados tanto con el acreedor aparente, como con el heredero aparente, tienen efectos jurídicos. En efecto, en el primero, se extingue la obligación por el pago hecho al acreedor aparente y, en el segundo, haciendo una interpretación *a sensu contrario*, el heredero real no podrá reivindicar los bienes transmitidos por el heredero aparente al tercero de buena fe”.

En un **robo cometido en la ventanilla de una agencia bancaria**, la Comisión, siguiendo un sector de la doctrina italiana aplicó la teoría de la **causalidad adecuada** en un supuesto de responsabilidad contractual, frente a una tradicional posición a nivel nacional en la cual se considera que sólo se puede aplicar la teoría de la causa próxima. La Comisión se alinea a la posición doctrinaria italiana en la que se distingue la causalidad de hecho (que indica quién es el responsable), de la causalidad jurídica (que señala hasta cuándo se es responsable).

A propósito del art. 1223 del c.c.italiano (que, al igual que el art. 1321 del nuestro, se ha inspirado en el art. 1151 del *Code* y, de alguna manera, en el art. 100 del proyecto franco-italiano del código de obligaciones y contratos de 1927), se sostiene que esta fórmula se refiere a la “determinación del daño” y no a la inmediatez de la causa²¹. En efecto, “una cosa es emplear la causalidad con el fin de imputar un hecho a un sujeto, en el concurso de otros factores, como la culpa, el dolo, la preposición (de un tercero), el ejercicio de una actividad riesgosa,

17 La situación de apariencia es entendida como aquella en la cual “un fenómeno (materialmente presente e inmediatamente real) manifiesta otro fenómeno (ni materialmente presente, ni inmediatamente real)” (FALZEA, voz *Apparenza*, en *Enciclopedia del Diritto*, II, Giuffrè, Milano, 1958, 687. El autor sostiene que esta manifestación es de carácter objetivo “a través de signos y relaciones de significación socialmente apreciables” (cit.).

18 FALZEA, op. cit., 686.

19 El cual establece que “extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo”

20 El que precisa que “La acción reivindicatoria procede contra el tercero que, sin buena fé, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos.

Si se trata de bienes registrados, la buena fé del adquirente se presume si, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente inscrito, en el registro respectivo, el título que amparaba al heredero aparente y la transmisión de dominio en su favor, y no hubiera anotada demanda ni medida precautoria que afecte los derechos inscritos. En los demás casos, el heredero verdadero tiene el derecho de reivindicar el bien hereditario contra quien lo posea a título gratuito o sin título” (el subrayado es nuestro).

21 SCOGNAMIGLIO, voz *Responsabilità Civile*, en *Novissimo Digesto Italiano*, XV, UTET, Torino, 1968, 651.

la custodia, el ser propietario (aquí se debe responder a la pregunta: *¿quién ha sido?*) y otra cosa es emplear la causalidad para estimar el daño patrimonial, es decir, para determinar la relevancia jurídica de las consecuencias económicamente desfavorables dependientes del hecho ilícito (aquí se debe responder a la pregunta: *¿cuánto debe pagar el responsable?*)²². Por ello, autorizada doctrina sostiene que “es claro que se trata de fórmulas metafóricas, las cuales no pueden ser tomadas al pie de la letra”²³. Un sector de la doctrina italiana sostiene que a lo que se quiere hacer referencia en el art. 1223 c.c.it. es “a las hipótesis en las cuales el hecho hipotético dado por la ley, como fuente de responsabilidad, aunque no produzca en línea directa el daño, cree una situación tal, que a falta del mismo, no se habría producido”. En consecuencia, “en estos casos, parece justo, teniendo en cuenta la finalidad de la ley, vincular a dicho acto, más allá de toda consideración sobre su proximidad, el evento dañino”²⁴. Ello se ve respaldado por una doctrina que afirma que “la función del art. 1223 del Cód. Civil es solamente descriptiva y está contenida en la norma simplemente para indicar la directiva del legislador, según la cual la reintegración del patrimonio del acreedor debe ser integral y atenerse a todos los perjuicios económicos sufridos por el damnificado”²⁵. En jurisprudencia, a propósito de la aplicación del art. 1223, no obstante su redacción, se prefiere hablar de “regularidad causal” (o causalidad adecuada), en el sentido que son considerados resarcibles los daños que entran dentro de las consecuencias normales y ordinarias del hecho dañoso²⁶.

En efecto, 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 vídeo 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 vídeo 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

22 FRANZONI, *Fatti Illeciti*, Zanichelli– Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1993, 86.

23 TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, 20. En este sentido, DE CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducido por MARTINEZ SARRION, Bosch, Barcelona, 1975, 260.

24 SCOGNAMIGLIO, op. cit.

25 VISINTINI, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, traducido por KEMELMAJER DE CARLUCCI, con la colaboración de ATIENZA NAVARRO, BOSSIO, ESPINOZA ESPINOZA, LONGHIN y WOOLCOTT OYAGUE, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1999, 208. En este mismo sentido, se afirma que “la interpretación histórica y la ubicación sistemática del art. 1223 c.c. demuestran, en definitiva, que el criterio de las consecuencias inmediatas y directas, está dirigido a disciplinar el problema del *quantum respondeatur*, para establecer un límite a la resarcibilidad de los perjuicios, comprendidos en una única serie causal dañina vinculada al acto ilícito o al incumplimiento, por consiguiente, es extraño a la disciplina del concurso de causas y a la imputación del evento dañino a su autor” (PINORI, *Il criterio legislativo delle conseguenze immediate e dirette*, en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura de VISINTINI, Giuffrè, Milano, 1999, 78).

26 Casación No. 4186, del 23.04.98, en *Responsabilità civile e previdenza*, con Nota de PELLECCIA, Giuffrè, Milano, 1998, 1409.

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)

Se puede constatar que los operadores jurídicos peruanos, en materia de tutela contractual y extracontractual del consumidor, no sólo tienen en cuenta el *Codice Civile* italiano, sino su nuevo *Codice dei Consumatori* y también su atenta doctrina. Prueba de ello es que no sólo están en circulación traducciones del libro “*Responsabilità Civile e danno. Lineamenti e questioni*” del Profesor Guido Alpa, sino también su “*Diritto dei Consumatori*”, publicadas en casas editoriales peruanas. También está en prensa la traducción del libro “*Il Contratto*” del Profesor Enzo Roppo.

Quisiera terminar estas brevísimas reflexiones agradeciendo al querido amigo y profesor Guido Alpa por su esfuerzo de extender los puentes de comunicación entre Latinoamérica e Italia, y reconociendo también el trabajo que ha hecho el Profesor Sandro Schipani desde hace años en esta misma tarea 📖