

EL APOGEO Y DECADENCIA DEL DEBER DE IDONEIDAD EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

THE RISE AND FALL OF THE DUTY OF SUITABILITY IN THE PERUVIAN CONSUMER PROTECTION LAW

Gustavo M. Rodríguez García*

The term "suitability" is understood as the correspondence between what a consumer expects and what he actually receives. In that sense, to clarify what is meant by "duty of suitability" it is necessary to analyze the concept of "consumer" as well.

However, when it comes to our consumer protection system, can we say it is protecting the reasonable consumer, the average consumer or the negligent consumer? In this regard, what are the implications of opting for the protection of one or the other? In this article, the author seeks to answer these questions through an analysis of national jurisprudence regarding consumer protection.

KEY WORDS: *Duty of suitability; consumer protection; jurisprudence; reasonable consumer.*

Se entiende por "idoneidad" la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que en efecto recibe. En ese sentido, para dilucidar qué debe entenderse por "deber de idoneidad" no puede dejarse de analizar lo relativo al concepto de "consumidor".

Ahora bien, en nuestro sistema de protección al consumidor, ¿se protege al consumidor razonable, al consumidor promedio o al consumidor negligente? Al respecto, ¿cuáles son las implicancias de optar por la protección del uno o el otro? En el presente artículo, el autor busca responder a estas preguntas a través de un análisis de la jurisprudencia nacional de protección al consumidor.

PALABRAS CLAVE: *Deber de idoneidad; protección al consumidor; jurisprudencia; consumidor razonable.*

* Abogado. Magister por la Universidad Austral de Argentina. Profesor de la Facultad de Derecho la Universidad del Pacífico y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, de la Maestría en Publicidad de la Universidad de San Martín de Porres y de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

La historia del deber de idoneidad en el sistema de protección al consumidor es bastante curiosa. Desde la promulgación del Decreto Legislativo 716, el deber de idoneidad fue ganando espacio rápidamente como una de las exigencias más relevantes del sistema de protección al consumidor, al punto que la gran cantidad de controversias presentadas ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [en adelante, Indecopi] importaban plantear la inobservancia de ese deber. La jurisprudencia emitida por dicha entidad durante sus primeros años hizo un esfuerzo por construir un deber de idoneidad con un contenido razonable. Esa construcción jurisprudencial parece haber sobrevivido el paso de los años en el Código de Protección y Defensa del Consumidor [en adelante, CPDC]. Pero se trata de una apariencia. En la práctica, sostenemos, queda poco de esa construcción razonable.

El artículo 18 del CPDC establece que “se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso”. Como puede apreciarse, tal correspondencia entre lo esperado y lo recibido se determina atendiendo a ciertas consideraciones relevantes. Son esas consideraciones las que llevan a la autoridad a arribar a la conclusión de que estamos en un caso en el que el consumidor tiene expectativas **tutelables**. En sentido contrario, entonces, debemos afirmar que no cualquier expectativa del consumidor resulta merecedora de tutela.

La ahora Sala Especializada en Protección al Consumidor resolvió, en tal sentido, que: “[...] el deber de idoneidad se materializa en que los productos y servicios que el proveedor pone en circulación en el mercado respondan a las expectativas de un consumidor razonable”¹.

Asimismo, se desarrolló que “el concepto que subyace a la protección de la idoneidad de los

servicios consiste en garantizar la satisfacción de las expectativas del consumidor [...] sobre la base de esta expectativa, se presume que un producto es idóneo para los fines y usos previsibles para los cuales normalmente éstos se adquieren en el mercado considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, a menos que en las condiciones y términos expresos (contenidos en los documentos, envases, boletas, recibido, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor) se señale algo distinto”².

En suma, las expectativas que resultan tutelables son únicamente aquellas que tiene un consumidor razonable y que se sustentan en una serie de condiciones (garantías) que desarrollaremos enseguida.

A continuación, procederemos a analizar estos elementos y expresaremos nuestra crítica a la actual tendencia jurisprudencial del Indecopi, la cual pareciera reconocer en el deber de idoneidad un deber de perfección por parte de los proveedores. Asimismo, ciertas exigencias lógicas que operan como presupuesto de la protección conferida por la normativa de protección al consumidor, parecen ser relajadas de forma permanente por la autoridad, todo lo cual genera perjuicios para los propios consumidores.

II. LA EXIGENCIA DE RAZONABILIDAD

Mucho se ha debatido respecto del estándar de consumidor **tutelable** en el sistema de protección al consumidor.

Algunos propugnan que el consumidor protegido debe ser el consumidor promedio, sin que se le pueda exigir un juicio razonable dado que, según se sostiene, en un país como el nuestro, la gran masa de consumidores no se encuentra en aptitud de realizar este análisis que, de ser exigido por el sistema, los alejaría de cualquier posibilidad de protección.

Otros hemos defendido el estándar que exige razonabilidad, dado que no hacerlo generaría incentivos perversos. En efecto, la función del estándar de consumidor razonable no es expresar la razonabilidad real de los consumi-

¹ Resolución 272-2010/SC2-INDECOPI del 8 de febrero de 2010.

² Resolución 134-2008/SC2-INDECOPI del 16 de octubre de 2008.

dores peruanos, sino generar incentivos para que tales consumidores se orienten hacia la razonabilidad.

En el conocido precedente de observancia obligatoria de 1996 –dejado sin efecto en un numeral de la Resolución 199-2013/SDC-IN-DECOPI y que ha producido, por ejemplo, que en pronunciamientos posteriores se siga invocando el precedente derogado³ del caso Kuorus– se adelantaba que el deber de idoneidad establecido en el entonces vigente Decreto Legislativo 716 contenía el denominado principio de garantía implícita. Esto es, la obligación del proveedor de responder por el bien o servicio en caso este no sea idóneo para satisfacer las expectativas de los **consumidores razonables**.

La Sala destacó en varios pasajes de su pronunciamiento que el consumidor tutelado era el que actuara razonablemente. Así, señaló que la idoneidad se evaluaba abstractamente considerando lo normalmente esperado por el consumidor razonable. Asimismo, puso de manifiesto el correlato entre el estándar comentado y la regla del Derecho Civil referida a la diligencia ordinaria. Sostuvo que el consumidor razonable debe emplear su diligencia ordinaria, lo cual podría en evidencia que, además, no se trataba de una regla extraña para nuestro sistema legal. Por el contrario, era claro que nadie podía pretender un derecho sobre la base de su falta de diligencia.

Muchas voces, no obstante, han visto a esta regla como una suerte de perversión del sistema de protección al consumidor. Bardales sostiene que es “[...] inaplicable el concepto de consumidor razonable en nuestro contexto o realidad, pues determina trasladar responsabilidades al consumidor en sus procesos de consumo, que no puede entender y menos cumplir”.

El mencionado autor agrega que, “[...] un sistema de protección al consumidor en un país pobre y con una diversidad cultural innega-

ble, hace imposible e inaplicable un sistema concebido sin la identificación e inclusión de millones de consumidores”. Finalmente, concluye que “resulta imposible exigirle a un consumidor comportamientos que se entienden razonables para una minoría en base a principios que a este consumidor no le interesan entender, respecto de un sistema que no ha pensado en ellos”⁴.

Al parecer, para los críticos del estándar el problema estaría dado, como ya hemos adelantado, por su falta de correlato con la realidad. Walter Gutiérrez expresaba en un trabajo suyo que este consumidor razonable es una ilusión en un país con alto grado de analfabetismo y de precaria cultura⁵. Y Julio Durand Carrión afirmaba sin tapujo alguno que el concepto de consumidor razonable es una copia o una importación del Derecho anglosajón, una construcción mítica, según sus términos⁶.

Adelantándose, quizás, a los cuestionamientos a esta línea de pensamiento, Sosa Sacio afirma que nuestra Constitución no protege a los consumidores como quisiéramos que fueran –ni siquiera con motivos pedagógicos–, sino tal cual son. En ese sentido, defiende que el estándar de consumidor aplicable sea el del “consumidor promedio”⁷.

El discurso, en suma, puede expresarse de la siguiente forma: El consumidor peruano no actúa razonablemente. En consecuencia, tutelar solamente al consumidor razonable importa dejar fuera del sistema de protección a una gran cantidad de personas. Para quienes propugnan este discurso, el estándar de consumidor debe expresar nuestra realidad. Debería existir, en otras palabras, un correlato entre el consumidor de nuestra regla y el consumidor de a pie.

Gonzales Barrón lleva este discurso al extremo recalitrante al sentenciar que “[...] hasta un consumidor negligente debe contar con la protección del sistema jurídico, pues no puede

³ Por ejemplo, en la Resolución 1508-2013/SDC-INDECOPI, del 12 de junio de 2013; es decir, en un caso emitido más de cuatro meses después de la resolución en la que se señaló que el precedente invocado había quedado sin efecto.

⁴ Estas apreciaciones en: BARDALES MENDOZA, Enrique. “El concepto de consumidor razonable en el Perú”. En: <http://blog.pucp.edu.pe/item/54292/el-concepto-de-consumidor-razonable-en-el-peru>

⁵ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “Contrato y Mercado”. Lima: Gaceta Jurídica. 2000.

⁶ DURAND CARRIÓN, Julio. “El derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma”. Lima: Asamblea Nacional de Rectores. 2008. p. 137.

⁷ SOSA SACIO, Juan Manuel. “Una mirada constitucional a la defensa del consumidor”. En: “Ensayos sobre Protección al Consumidor en el Perú”. Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico. 2011. pp. 150-151.

castigarse la hipotética culpa de la parte débil de la relación jurídica, pero, en forma paradójica, premiarse el dolo y la prepotencia económica de la parte fuerte”⁸.

Todos estos argumentos –algunos con evidente carga ideológica, otros simplemente apelando a la intuición– fracasan porque pierden de vista qué es lo que pretende el estándar de consumidor razonable. Cuestionan el estándar porque lo consideran una mala foto de la realidad. ¿Quién les ha dicho que el estándar debe ser una foto de la realidad? El estándar tutela al consumidor razonable porque queremos incentivar la actuación o conducta razonable de los consumidores. Si al consumidor le bastara ser torpe para ser tutelado, carecería de incentivos para superar su estado de torpeza. Así de simple y duro.

En primer lugar, entonces, el estándar de consumidor razonable pretende generar incentivos para que los consumidores actúen razonablemente. Esta es una meta que va más allá de lo meramente pedagógico, como podría huecamente argumentarse. Esto tiene que ver con el tipo de consumidor que queremos tener en la sociedad y esa es una cuestión bastante concreta. No es una discusión para las aulas solamente.

En segundo lugar, admitir un estándar menos exigente que el del consumidor razonable (que tampoco puede ser identificado como un estándar de consumidor especializado, vale decirse) generaría costos excesivos para perjuicio de todos los consumidores en su conjunto.

Bullard lo expresa de la siguiente manera: “Asumir que el consumidor puede ser protegido en cualquier caso, sin importar su nivel de diligencia, es asumir que tendrán una suerte de seguro contra su propia irresponsabilidad, brindado por los proveedores. Si el proveedor debe responder incluso en supuestos de consumidores descuidados, se estaría elevando los costos que los proveedores tendrían que asumir para cubrir dicho seguro [...]. Estos costos se trasladan a los precios, con lo que los consumidores no razonables estarían siendo subsidiados en su conducta negligente por los consumidores diligentes”⁹.

En buena cuenta, se produce un caso de riesgo moral en el que los consumidores pierden los incentivos para ser diligentes porque su conducta descuidada se encuentra asegurada por los proveedores.

Sorprende que quienes suelen atacar apasionadamente el estándar de consumidor razonable suelen ser las asociaciones de defensa de los consumidores. Defensores verdaderos de los consumidores deberían estar interesados en que los consumidores sean mejores cada día, en hacer que sean diligentes y no en perpetuar la falta de diligencia.

Hasta aquí, debería quedar en evidencia el por qué es tan deseable mantener un estándar de consumidor razonable. Sin embargo, resulta también interesante abordar la cuestión referida al estándar contemplado por el CPDC. Después de todo, una cosa es que consideremos adecuado el estándar de consumidor razonable y otra muy distinta que ese estándar sea el que nuestra normativa reconoce como el aplicable.

La discusión no es menos interesante. Muchos de los críticos del estándar del consumidor razonable han visto en la promulgación del CPDC un triunfo a sus pretensiones por desaparecer del sistema el mentado estándar de consumidor razonable. Es por eso que vale la pena analizar las razones por las que, para su pesar y tranquilidad de todos los demás, eso no ha ocurrido.

Debemos aceptar, sin embargo, que es sencillo caer en el pesimismo. De hecho, el numeral cuarto del artículo VI del Título Preliminar del CPCD nos hace presagiar la peor de las pesadillas cuando sentencia abiertamente que el Estado reconoce la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo. Sin embargo, creemos que de este reconocimiento –con todas las incorrecciones subyacentes– no se sigue que se haya abandonado el estándar de consumidor razonable.

Compartimos, no obstante, el diagnóstico de Fernández-Maldonado cuando afirma que “convertir al consumidor en vulnerable

⁸ GONZÁLES BARRÓN, Gunther. “El mito del consumidor razonable”. En: Actualidad Jurídica 202. Septiembre del 2010. p. 20.

⁹ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”. En: Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual 10. 2010. pp. 10-11.

no es gratuito, es una renuncia anticipada al logro de dos grandes objetivos, cuya carencia es una de las principales causas de que el sistema económico coexista con fallas del mercado, que perjudican el desarrollo económico del país y que, irónicamente, afectan en mayor proporción a las personas a quien el Código califica como consumidores víctima. Estos objetivos son: Una cultura de mercado y la problemática de la informalidad, dos caras de la misma moneda”¹⁰.

Ahora bien, veamos evidencias de que el CPDC no ha validado la tesis que pretende amparar a los consumidores negligentes. La primera evidencia la encontramos, nada más y nada menos, que en un artículo dedicado a un asunto tan sensible como lo es la revelación de información sobre riesgos y la peligrosidad de los productos o servicios. Es bastante revelador que nuestra primera evidencia sea encontrada en un campo de tanta sensibilidad.

En efecto, al determinarse los criterios que deben ser observados por las advertencias de riesgos y peligros, se señala (artículo 29, literal e) que debe emplearse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor que actúa con la diligencia ordinaria según las circunstancias del caso. Nótese que el CPDC no establece que la información debe ser entendible para cualquier consumidor o para el consumidor promedio o para un consumidor en especial estado de vulnerabilidad. Debe ser comprensible para un consumidor diligente.

La segunda evidencia, bastante contundente también, viene dada por el segundo párrafo del artículo 104 del CPDC. En dicha norma, se regula la responsabilidad administrativa de los proveedores. El proveedor es exonerado de responsabilidad, establece el CPDC, si se acredita la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.

Como puede apreciar el lector, la imprudencia del consumidor libera de responsabilidad al proveedor. El CPDC, entonces, expresa su voluntad de no premiar el comportamiento negligente de los consumidores.

Sin perjuicio de estas evidencias concretas, de una lectura integral de las disposiciones del CPDC queda en evidencia que el consumidor protegido debe comportarse con diligencia.

De hecho, la estructura del CPDC revela que existen ciertos casos tratados especialmente, reservándose un desarrollo especialmente protectorio (por ejemplo, trato preferencial a gestantes, personas con discapacidad, niños, niñas y adultos mayores). Se sigue, lógicamente, que los supuestos que no han merecido un desarrollo protectorio especial están sujetos a la regla de razonabilidad general. No podría ser de otro modo. Si el régimen protectorio fuera el aplicado en todo supuesto, no tendría sentido el desarrollo especial de ciertos supuestos.

En cualquier caso, y para evitar confusiones, consideramos que el CPDC debió seguir la línea trazada por el derogado Decreto Legislativo 1045, el cual establecía expresamente que el consumidor tutelado era el que actuaba con diligencia. Insistimos en que el hecho que no se mencione expresamente no implica que el estándar haya desaparecido. Sin embargo, para evitar confusiones, hubiera sido saludable establecerlo en blanco y negro para no introducir debate a cuestiones que no deberían estar sujetas a controversia.

Finalmente, queremos expresar nuestro escepticismo con respecto a la premisa que sostiene que el consumidor peruano es poco razonable. El consumidor ha demostrado en diversos supuestos que es capaz de reaccionar inteligentemente a supuestos específicos. No encontramos evidencia alguna de que los consumidores en el Perú compren aquello que no quieren comprar o sigan comprando sin problemas el producto que ya los defraudó. El hecho que muchos de los consumidores en el Perú sean pobres no significa que su pobreza los haga torpes.

III. LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO DE REFERENCIA DE IDONEIDAD Y LAS GARANTÍAS

Una vez que ya tenemos claro que el consumidor protegido es el que actúa razonablemente, debemos comprender cómo se determina

¹⁰ FERNÁNDEZ-MALDONADO, Alfonso. “El curioso caso del consumidor “Benjamin Button”. En: Actualidad Jurídica 202. Septiembre del 2010. p. 30.

la expectativa razonable del consumidor. Esta es la forma en la que deben resolverse los casos en los que se alega la presunta infracción al deber de idoneidad.

El análisis implica tres etapas. En la primera etapa, se construye un “Modelo de Referencia de Idoneidad” sobre la base de ciertas variables (garantías). En segundo término, se organiza aquello que ocurrió en la realidad, es decir, lo que el consumidor recibió en los hechos. Finalmente, se compara lo que se aprecia en la realidad con el contenido del Modelo de Referencia de Idoneidad.

Si existe identidad entre lo real y el modelo de referencia, no existirá infracción al deber de idoneidad. Si existen discrepancias, el consumidor razonable no habrá recibido lo que razonablemente esperaba y eso acarreará las responsabilidades que correspondan en el proveedor.

El Modelo de Referencia de Idoneidad, decíamos, considera ciertas variables. Éstas se expresan en garantías, las cuales han sido clasificadas por el CPDC en tres tipos: (i) Garantías legales; (ii) garantías explícitas; y, (iii) garantías implícitas.

Esta distinción conceptual planteada por el CPDC no es más que la consagración normativa de lo que ya se había desarrollado en la jurisprudencia previa del Indecopi. Existe un orden de prelación entre tales garantías. De esta forma, en primer término, las garantías legales son aquellas que vienen dadas por lo dispuesto en las leyes o regulaciones vigentes y, por tanto, no pueden ser desplazadas por las otras garantías.

La lógica detrás de las garantías legales es simple. Recordemos que nuestro consumidor de referencia es el que actúa de forma razonable. En tal orden de ideas, debemos preguntarnos: ¿Un consumidor razonable esperaría que el proveedor que le ofrece un producto o un servicio observe la normatividad vigente?

Dado que la respuesta no puede ser sino afirmativa, es lógico que la observancia del sistema legal forme parte del Modelo de Referencia de Idoneidad. Así, el contenido de las disposiciones legales y regulaciones aplicables se integra al Modelo, sin posibilidad de verse relegado por lo que expresamente se pacte o por los usos y costumbres del mercado.

Asimismo, existen otras garantías denominadas “explícitas”. Estas garantías explícitas se encuentran conformadas por los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor. Así, el contenido del contrato, el contenido de las etiquetas de los productos, el contenido informativo de la publicidad, la información consignada en las boletas de venta o proformas, entre otros, se integran al Modelo de Referencia de Idoneidad. Las garantías explícitas únicamente pueden ser desplazadas por las garantías legales. La solución es lógica, dado que no cabe pactar en contra de lo que el sistema legal establece salvo que la propia normativa así lo permita.

Finalmente, una garantía es implícita cuando, no existiendo regulación que deba ser observada respecto del asunto específico analizado y ante el silencio del proveedor en los contratos u otros medios en los que se pueda plasmar una garantía explícita, debe atenderse a los fines y usos previsibles para un consumidor.

En este caso, juega un importante papel el estándar de consumidor, dado que lo previsible para un consumidor negligente puede no ser lo mismo que para el consumidor razonable. Ya hemos expuesto, en tal sentido, que lo que integra la garantía implícita y, con ello, el Modelo de Referencia de Idoneidad, es lo esperado por el consumidor razonable atendiendo a las circunstancias del caso y a los usos y costumbres del mercado.

Veamos cómo funciona esta dinámica en la práctica. Pongamos como ejemplo el caso de un consumidor que suscribe un contrato con un proveedor a propósito de la adquisición de un televisor. El contrato establece: (i) Una garantía que le permite al consumidor optar por el reemplazo del producto por uno nuevo de las mismas características durante los dos primeros años; (ii) el deber del proveedor de responder cualquier reclamo presentado por el consumidor en un plazo máximo de sesenta días calendario; y, (iii) la exigencia para el consumidor de, en caso invoque la garantía señalada en el punto primero, observar el procedimiento de atención que implica, en primer término, llamar a una central telefónica a fin de recabar un número de atención. Asimismo, el contrato establece expresamente que es el consumidor quien deberá llevar el producto a cualquier establecimiento del proveedor para su reemplazo no existiendo recojo alguno a domicilio.

Puede darse el caso de que el consumidor presenta una denuncia contra el proveedor, alegando que su televisor se malogró y que, al apersonarse a uno de los establecimientos del proveedor, no le quisieron aceptar el producto, dado que tenía que llamar a la central telefónica. Asimismo, argumenta haber presentado un reclamo directo al proveedor y, no existiendo respuesta hasta el día 31, alega la vulneración del deber de atenderlo. Pues bien, aquí en realidad se imputarían dos presuntas infracciones: La del deber de idoneidad y la del deber de respuesta oportuna a los reclamos. Sin embargo, para efectos de nuestro ejemplo, imaginemos que todo ello forma parte de un cuestionamiento por idoneidad. El ejercicio no es tan descabellado como podría creerse si consideramos que las propias disposiciones del CPDC operan también como garantías legales.

En el caso, el Modelo de Referencia de Idoneidad se encuentra integrado por todo lo expresado en los puntos (i) y (iii) pero no lo referido en (ii), dado que el CPDC establece que los reclamos deben ser atendidos en un plazo no mayor de treinta días calendario. Esta garantía legal no puede ser desplazada contractualmente por lo que, respecto de ello, existiría una afectación sancionable para el consumidor.

Ahora bien, en lo referido a la no aceptación del televisor en el establecimiento, debe considerarse que el contrato contiene una garantía explícita sobre el particular. En tal sentido, más allá de lo que al consumidor le hubiera gustado, lo previsible razonablemente no era que se aceptara el televisor, sino que se respetara el contrato.

Así, el consumidor debió llamar primero a la central telefónica y no apersonarse con el televisor en mano en la tienda del proveedor. Respecto de esa cuestión, entonces, su denuncia debe ser desestimada, porque el punto (iii) se encuentra válidamente integrado al Modelo de Referencia de Idoneidad.

Bullard resume lo expuesto en los siguientes términos: “[...] para determinar qué es lo que el consumidor compró o adquirió es necesario reconstruir un modelo ideal de bien, aquel que, dadas las circunstancias, él esperaría haber recibido. El análisis de idoneidad pasa por

la reconstrucción de este bien o servicio que hubiera esperado el consumidor, pero no el concreto y de carne y hueso, sino un consumidor razonable en las mismas circunstancias, para luego compararlo con el bien o servicio que efectivamente recibió. Si se aprecia una diferencia significativa entre ese modelo y lo que se recibió, en perjuicio del propio consumidor, entonces se considera que el bien no es idóneo”¹¹.

La referencia final al perjuicio es sumamente pertinente, dado que podría ocurrir que no exista coincidencia entre el Modelo de Referencia de Idoneidad y la realidad porque, en los hechos, el proveedor le dio más de lo que debía darle al consumidor. En ese caso, aunque no exista coincidencia, no habrá perjuicio.

IV. IDONEIDAD Y REMEDIOS: UNA LECTURA RAZONABLE

El artículo 97 inciso c) del CPDC establece que los consumidores tendrán derecho a la reparación o reposición del producto o a la devolución de la cantidad pagada cuando, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias o por los vicios ocultos, en su caso, el producto adquirido no sea apto para el uso al cual está destinado. No cabe duda que si un proveedor se niega a aplicar alguno de los remedios previamente referidos, será responsable por haber violado el deber de idoneidad. Eso es así precisamente porque el inciso c) del artículo 97 antes referido constituye una garantía legal a favor del consumidor.

Sin embargo, la cuestión que se plantea es otra. ¿Deben los productos ser perfectos? Nótese que la disposición mencionada parte de la premisa de la existencia de defectos de fabricación, elaboración, estructura, calidad, condiciones sanitarias o de posibles vicios ocultos. ¿Tiene sentido que el proveedor sea responsable por el solo hecho de poner a disposición del consumidor un producto con un defecto aunque exprese su disposición a remediar ello en los términos del inciso c) del artículo 97? Nosotros creemos que la respuesta es negativa.

Esta misma solución fue a la que arribó la Sala Especializada en Protección al Consumidor en

¹¹ BULLARD GONZALES, Alfredo. Op. cit.

un caso resuelto en el año 2012. Así, la Sala señaló que: “[Una] interpretación sistemática de las normas sobre el deber de idoneidad en la venta de productos establecidas en el Código, específicamente de los artículos 18, 19 y 97, permiten establecer que la idoneidad no implica *per se* la ausencia absoluta de fallas o deficiencias de dichos productos sino, más bien, el deber del proveedor de actuar y brindar al consumidor alternativas razonables para solucionar el problema oportunamente, por medio de la reparación o sustitución del producto, o devolución de lo pagado, según el caso concreto. Ello atendiendo a que el Código ha dispuesto tales soluciones en términos de derechos de los consumidores”¹².

Lo resuelto es obvio. Lo que un consumidor razonable esperaría es que frente a defectos como los indicados en el artículo citado, el proveedor actúe adecuadamente para superar el problema detectado. Un consumidor razonable no esperaría que los productos sean infalibles, y la explicación económica es elemental: La infalibilidad importaría un costo que ningún consumidor razonable estaría dispuesto a asumir. En otras palabras, los consumidores no sólo no esperan productos perfectos sino que, de hecho, más allá de lo que pueda ser un deseo expresado románticamente, tampoco quieren esa perfección.

La explicación la plantea Viscusi con lucidez: “[L]a respuesta simple de que todos los productos deberían ser completamente seguros es ciertamente no correcta. Los carros serían más seguros si fueran construidos como tanques y si no fueran tan veloces, pero esta mejoría en términos de seguridad se produciría a un costo [...] las firmas no hacen juicios arbitrarios respecto a que tan lejos deberían ir en términos de proveer seguridad a sus productos. El juicio es, de hecho, realizado por los consumidores a través de los precios que están dispuestos a pagar por seguridad adicional. Si los consumidores están informados de los riesgos de diseños alternativos de los productos y adoptan decisiones racionales, los precios que los consumidores estarán dispuestos a pagar reflejarán plenamente el valor que le confieren a la seguridad adicional. La segu-

ridad sí tiene un valor y [...] ese valor es considerablemente elevado aunque, no obstante ello, sea finito”¹³.

La lógica del criterio que hemos comentado ha sido cuestionada por Amaya al sostener que: “[...] por más que al consumidor se le reponga el producto o se ejecute nuevamente el servicio, nada resarcirá o reparará los gastos y el tiempo invertido en reclamar, esperar la revisión del caso y tener que volver a acudir al establecimiento las veces que sean necesarias para encontrar una solución final y, por así decirlo, adecuada. Como lo es el caso de una prenda de vestir comprada especialmente para una ocasión (y que evidentemente se utilizará en otras), pero que tuvo que ser devuelta y cambiada por un defecto en particular”¹⁴.

Es indudable que para un consumidor no será lo mismo un producto perfecto que un producto reparado. Eso no demuestra, sin embargo, que el consumidor haya estado dispuesto a pagar por un sistema que le asegure, *ex ante*, que todo producto puesto en el mercado será perfecto. Amaya no se equivoca al afirmar que estamos frente a dos escenarios distintos; en lo que sí se equivoca el autor es en presumir que el consumidor estaba dispuesto a pagar por la perfección. No hay almuerzo gratis.

En algunos casos, incluso, resulta imposible para el proveedor ser perfecto. Eso ocurre, por ejemplo, cuando existen riesgos o defectos que no son conocidos por el proveedor, dado el estado del conocimiento al momento de la fabricación de éstos.

En buena cuenta, debe ser claro que la idoneidad no depende de las condiciones intrínsecas de un bien, sino que se juzga considerando el **comportamiento** del proveedor frente al desperfecto alegado por el consumidor. La Sala, en el pronunciamiento ya citado, agrega con acierto que: “[L]a razón precisamente de un sistema de remedios en la venta de productos radica en la imposibilidad de asegurar a los consumidores que los bienes que éstos adquieren en el mercado no presenten ningún tipo de desperfecto en su funcionamiento luego de haber sido entregados”¹⁵.

¹² Resolución 2221-2012/SC2-INDECOPI del 19 de julio de 2012.

¹³ VISCUSI, Kip. “Reforming products liability”. Cambridge: Harvard University Press. 1991. pp. 62-63.

¹⁴ AMAYA AYALA, Leoni. “La muerte del deber de idoneidad”. En: Diálogo con la Jurisprudencia 173. Febrero 2013.

¹⁵ Resolución 2221-2012/SC2-INDECOPI.

V. IDONEIDAD Y EL DEBER DE SER PERFECTO SEGÚN EL INDECOPI

El deber de idoneidad, adecuadamente delineado atendiendo al consumidor razonable y a las consideraciones expresadas respecto a la imposibilidad de asegurar la infalibilidad de los productos, ha degenerado.

En efecto, asistimos hoy a lo que no puede ser otra cosa que la decadencia del deber de idoneidad en el sistema de protección al consumidor. Este estatus de la cuestión se expresa en un reciente pronunciamiento de la Sala Especializada en Protección al Consumidor en el que parece consagrarse la idea de que los proveedores deben colocar productos perfectos en el mercado (aunque ya hayamos señalado que eso no es lo que realmente quiere el consumidor).

La Sala, con una composición diferente de Vocales, ha expresado lo siguiente: “[...] teniendo en consideración que: (i) Es el consumidor quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad técnica frente al proveedor en una relación de consumo; (ii) que la venta de un producto defectuoso ocasiona una defraudación de las expectativas del consumidor; y, (iii) que es el proveedor quien se encuentra en la mejor posición de prevenir los efectos ocasionados por la puesta en circulación de productos no idóneos en el mercado, o quien puede reducir los costos que se ocasionan de la forma más económica posible; esta Sala considera que el proveedor es el responsable frente a los consumidores por la puesta a disposición de productos que presenten defectos de funcionamiento”¹⁶.

Agrega, asimismo, que: “[...] el hecho de que los proveedores ofrezcan en el mercado un conjunto de remedios jurídicos –reparación, reposición y devolución del dinero– exigibles por el comprador de un determinado bien frente al vendedor –en caso de que el pro-

ducto se revele defectuoso, inadecuado o de cualquier otro modo no conforme a lo convenido– no enerva el hecho de que el proveedor haya incurrido en una infracción al deber de idoneidad, siendo que las medidas adoptadas por este último únicamente constituirán soluciones residuales ante una infracción que ya se ha consumado”.

Como se puede apreciar, este pronunciamiento consagra el deber de los proveedores de ser perfectos. La primera premisa de la Sala es que el consumidor se encuentra en una situación de vulnerabilidad técnica. Al referirse a la vulnerabilidad técnica lo que pretende señalarse, en realidad, es que existe asimetría informativa entre el proveedor y el consumidor respecto de los posibles riesgos y fallas de un determinado producto. Dicha disparidad informativa, asimismo, impediría que el consumidor advierta todo aquello que resulta comprensible para el proveedor.

Ya hemos expresado en otro trabajo nuestras dudas respecto de la supuesta imposibilidad del mercado de superar espontáneamente los problemas potenciales derivados del dato inicial de la información asimétrica¹⁷. Pero incluso si aceptáramos que tal asimetría informativa existe como una cuestión problemática, con lo dudoso que ello sea así en los tiempos actuales, eso no demuestra en sí mismo que esta solución sea más barata que la de imponer el deber de ser perfecto.

Sobre la segunda cuestión, en efecto, la presencia de defectos seguramente desilusionará a los consumidores del producto pero de ello no se sigue que la expectativa de los consumidores razonables sea la de la perfección de los productos que se le ofrecen en el mercado.

Finalmente, sobre la tercera cuestión, respecto de la mejor posición del proveedor para prevenir o reducir los costos generados por los defectos, ello no necesariamente es así¹⁸.

¹⁶ Resolución 1008-2013/SDC-INDECOPI de fecha 25 de abril de 2013.

¹⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo. “Protección al consumidor e información espontánea: Fuentes de información y autocorrectivos de mercado”. En: Revista de Economía y Derecho 39. 2013.

¹⁸ El pronunciamiento del Indecopi en ningún momento hace un análisis de contraste entre la opción de atribuir responsabilidad en el proveedor y permitir que los consumidores se aseguren contra los riesgos de hacerse de un producto defectuoso. Tampoco considera que el procedimiento de protección al consumidor impone costos a todas las partes involucradas y a la propia administración pública. La declaración, entonces, de que el proveedor suele ser un *cheaper insurer* no encuentra exploración conceptual básica y, como regla general, suele ser, al menos, una declaración apresurada. Argumentando que no es tan claro lo que Indecopi asume como premisa conceptual en su pronunciamiento, puede revisarse: WITTMAN, Donald. “Economic Foundations of Law and Organization”. Cambridge: Cambridge University Press. 2006. pp. 232-237.

y tampoco significaría que el costo de la prevención sea siempre justificado. La decisión de asumir el costo de la precaución depende de muchas cosas y, en particular, de la probabilidad de que el defecto se produzca. El defecto ciertamente impone un costo al consumidor de lo cual no se sigue ni se puede seguir que siempre sea socialmente eficiente evitarle al consumidor sufrir daños.

La perfección asegurada por Indecopi tiene un costo que forma parte del precio que el consumidor deberá pagar por el producto infalible. En otras palabras, el criterio de Indecopi empaqueta un seguro¹⁹ al producto adquirido, lo cual podría elevar el precio de los productos con dos consecuencias: (i) El precio se eleva a tal nivel que un gran grupo de consumidores se ve imposibilitado de acceder al producto; o, (ii) el costo que debe ser trasladado al consumidor no puede ser adecuadamente difundido de modo que se torna poco rentable ofrecer el producto. De esta forma, los consumidores pierden una opción de consumo.

Priest expresa de algún modo esta idea, al señalar que: “[...] la expansión de la responsabilidad por productos defectuosos ha hecho que muchos productos o servicios no sean rentables porque, en esencia, ha atado un contrato de seguro a las ventas de los productos que es más costoso que la valoración del consumidor. Los productos y servicios se han retirado del mercado porque la adición de la prima de seguro eleva los precios por encima de la demanda de un número suficiente de consumidores como para hacer que tales productos o servicios sean comercializables”²⁰.

El panorama cuestionado se complica más si es evaluado en conjunto con la práctica reciente de Indecopi que pasa por invocar el principio pro consumidor de forma impertinente en cualquier momento en que considera necesario para darle la razón al consumidor. En suma, este último criterio adoptado por Indecopi puede generar consecuencias realmente nefastas en el mercado para perjuicio de los propios consumidores que se pretendía tutelar.

VI. LOS PELIGROS DE UN CRITERIO RÍGIDO EN MATERIA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS PROVEEDORES

Como hemos visto, el criterio adoptado por Indecopi y que, a nuestro juicio, importa un deber de perfección, establece que pese a la reparación del producto, su reposición o, incluso, la devolución del dinero pagado por el consumidor, se habrá configurado una infracción sancionable. Naturalmente, la pregunta que debemos hacernos es si ello privilegia al consumidor o no.

En realidad, el criterio adoptado por Indecopi genera desincentivos al ofrecimiento de arreglos que podrían satisfacer las expectativas de los consumidores de forma simple y sencilla. La empresa que sabe que igual sería sancionada por la autoridad pese al ofrecimiento efectuado al consumidor podría estimar que no hace sentido alguno brindar ofrecimiento alguno si es que ello no trae como consecuencia la exoneración de sanción. De esta manera, el consumidor se ve obligado a esperar la decisión de la autoridad que, eventualmente, le pueda dar la razón.

Los efectos de una regla como la mencionada no pueden pasar desapercibidos. La intuición general podría hacernos creer que a medida que exista responsabilidad impuesta a los proveedores por un producto inseguro, por ejemplo, menores serán los incentivos de los proveedores por desarrollar productos inseguros. Sin embargo, esa intuición general podría ofrecernos una panorámica incompleta, en particular si la regla establecida atribuye responsabilidad en los proveedores sin importar las acciones adoptadas frente al “defecto” inicialmente existente.

Piense en un producto tan sensible como un fármaco. Imagínese que una empresa farmacéutica descubre que se ha producido un error y que uno de los lotes del medicamento podría generar algún tipo de peligro en los pacientes que lo consumen. Usted pensaría que lo razonable es que la empresa disponga

¹⁹ No debe pasar desapercibida la gran cantidad de aspectos que deben evaluarse al momento de estructurar un seguro. Un proveedor privado de seguros toma en consideración la necesidad de diversificar el riesgo, la existencia de riesgo moral o los problemas de selección adversa. La autoridad de consumo empaqueta un seguro “a ciegas”. Sobre el particular, puede revisarse: EPSTEIN, Richard. “Products Liability as an Insurance Market”. En: *The Journal of Legal Studies* 3. 1985.

²⁰ PRIEST, George. “Can absolute manufacturer liability be defended?”. En: *Yale Journal on Regulation* 237. 1992. p. 240.

un “llamado” (*recall*) inmediato de todos los productos ofrecidos en el mercado. Y, ciertamente, parece esa la actitud que debiéramos estar interesados en fomentar.

Sin embargo, imagínese que el “llamado” responsablemente efectuado no implica una exoneración de responsabilidad y, por el contrario, atrae la interposición de denuncias contra el proveedor por la exposición al riesgo o peligro. Note usted que bajo la regla del Indecopi, las acciones realizadas por el proveedor no eliminan lo que sería una **“infracción que ya se ha consumado”**. Así, la magnitud de la responsabilidad que se le pueda atribuir después del “llamado” del producto podría generar incentivos para que se omitan hacer los “llamados” que correspondan, ante la masiva contingencia legal que podría afrontar la empresa.

Suele ser frecuente que después de la puesta a la venta de un producto se obtenga información fidedigna respecto de los riesgos asociados a éste. Dado que la existencia de productos defectuosos en el mercado podría implicar cierta responsabilidad para el proveedor, éste tendrá incentivos para hacer “llamados” de estos productos para mitigar de alguna manera la contingencia que podría sufrir a futuro. Sin embargo, si el “llamado” atrae una potencial avalancha de denuncias, todas las cuales serán declaradas fundadas porque no existe exoneración de responsabilidad alguna, el proveedor podría calcular que es mejor evitar el “llamado” y correr el riesgo de una posible denuncia aislada luego de producido y denunciado un daño específico. Y, desde luego, en un escenario como éste, cuanto menos sepa la empresa de la existencia de un posible daño ulterior será mejor, de modo que los incentivos para adquirir información *ex post* sobre la ausencia de defectos en el producto se verán disminuidos de manera importante²¹.

Hemos hecho referencia a las implicancias de todo esto tomando como referencia un producto farmacéutico. Este tipo de observaciones, sin embargo, son aplicables a posibles “llamados” de otros productos²².

VII. CONCLUSIONES

La creencia de que asegurar el ofrecimiento de productos perfectos beneficia a los consumidores debe ser desterrada. Los proveedores toman en cuenta los intereses de los consumidores al desarrollar sus productos dado que tales intereses son revelados por las decisiones de compra y por los precios que responden a tales decisiones. Ir demasiado lejos genera incentivos perversos en los consumidores y la negligencia del consumidor incrementa los costos del proveedor incrementando los precios. Esos precios, por cierto, no suben únicamente para el negligente. Suben para todos los consumidores.

El último criterio que expresa este deber de ser perfecto es económicamente ineficiente y francamente absurdo. Expresa la decadencia del deber de idoneidad. El sistema de protección al consumidor no puede sostenerse en prejuicios o asunciones apresuradas respecto de la dinámica entre proveedores y consumidores. Es fácil perder el rumbo en un ámbito que, además, suele ser manoseado por el discurso político. Es altamente probable que este deber de perfección conspire, incluso, contra el proceso de innovación de las empresas (que evidentemente involucra riesgos) y, por cierto, conspire especialmente contra las empresas (y consumidores) con menores recursos económicos.

La discusión académica en materia de protección al consumidor no puede focalizarse en un debate entre dos mundos: Uno en el que los proveedores responden por todos los defectos en sus productos y uno en el que los proveedores pueden evadir cierta responsabilidad debido a la existencia de estándares más relajados. En ausencia de estándares gubernamentales y reglas estrictas de atribución de responsabilidad, los consumidores pueden elegir entre productos de bajo precio que observan estándares laxos y productos de alto precio en los que los proveedores voluntariamente adoptan estándares rígidos²³.

²¹ BEN-SHAHAR, Omri. “The (legal) pains of Vioxx: Why product liability can make products more dangerous”. *Economist’s Voice* 6. 2006.

²² MCDONALD, Kevin. “Do auto recalls benefit the public?” En: *Regulation Magazine* 2. 2009. El autor considera, entre otras variables, las implicancias en términos de transporte y movilidad flexible derivadas de “llamados” de vehículos con supuestos defectos de seguridad.

²³ RAMSEYER, Mark. “Products liability through private ordering: notes on a Japanese experiment”. En: *University of Pennsylvania Law Review* 1823. 1996. p.1840.

Los políticos, los funcionarios públicos y una buena porción de académicos parecieran asumir que, sin una atribución legal de responsabilidad, los consumidores vivirán en un mundo de desamparo. Lo cierto es que si los consumidores quieren un seguro atado a su producto, los proveedores lo ofrecerán aunque las legislaciones de protección al consumidor no lo exijan. El hecho que la autoridad de consumo quiera consumidores plenamente asegurados no significa que los consumidores quieran asumir las consecuencias de ese aseguramiento pleno mandatorio. Y que esta quiera proveedores perfectos que ponen a disposición del mercado productos y servicios igualmente

perfectos no implica que los consumidores quieran pagar por esa perfección. La política pública en materia de protección al consumidor necesita de un análisis técnico serio. No podemos delinear adecuadamente una política pública de protección al consumidor y, específicamente, no es posible delinear adecuadamente el nivel de rigidez o flexibilidad de las reglas de atribución de responsabilidad sin haber considerado los beneficios y los costos²⁴. Muchos defienden ciegamente la visión protectiva del sistema de protección al consumidor. No obstante, debería ser incontrovertible que resulta sencillo ser proteccionista con dinero ajeno.

²⁴ POLINSKY, Mitchell y Steven SHAVELL. "The Uneasy Case for Products Liability". John M. Olin Center for Law, Economics and Business. Discussion Paper 647. 2009.