

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**SI ADÁN DEVUELVE LA MANZANA PROHIBIDA ANTES DE SER  
ACUSADO, ENTONCES QUEDA PERDONADO, ANÁLISIS DE LA  
SUBSANACIÓN DE INFRACCIONES COMO EXIMENTE DE  
RESPONSABILIDAD SEGÚN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA  
DEL CONSUMIDOR**

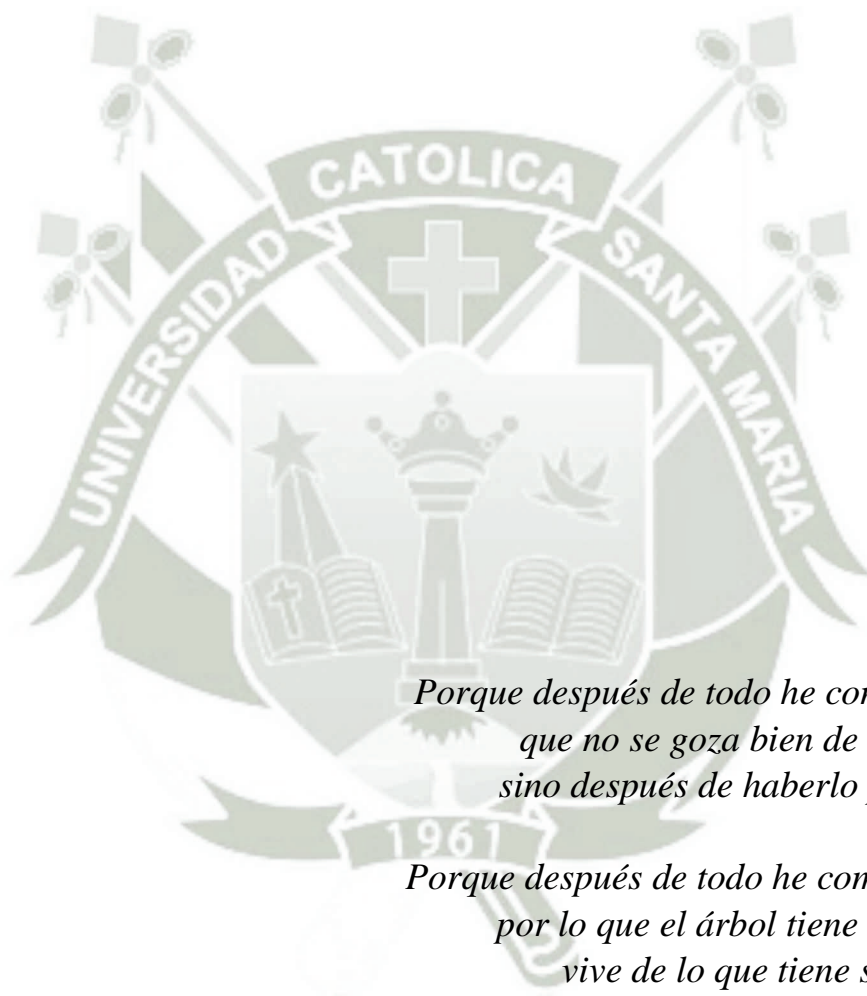
**Tesis presentada por: El bachiller Neira  
Gallegos Gonzalo Renato**

**Para optar el Título Profesional de Abogado**

**Asesor: Dr. William Farfán Rodríguez**

**Arequipa-Perú**

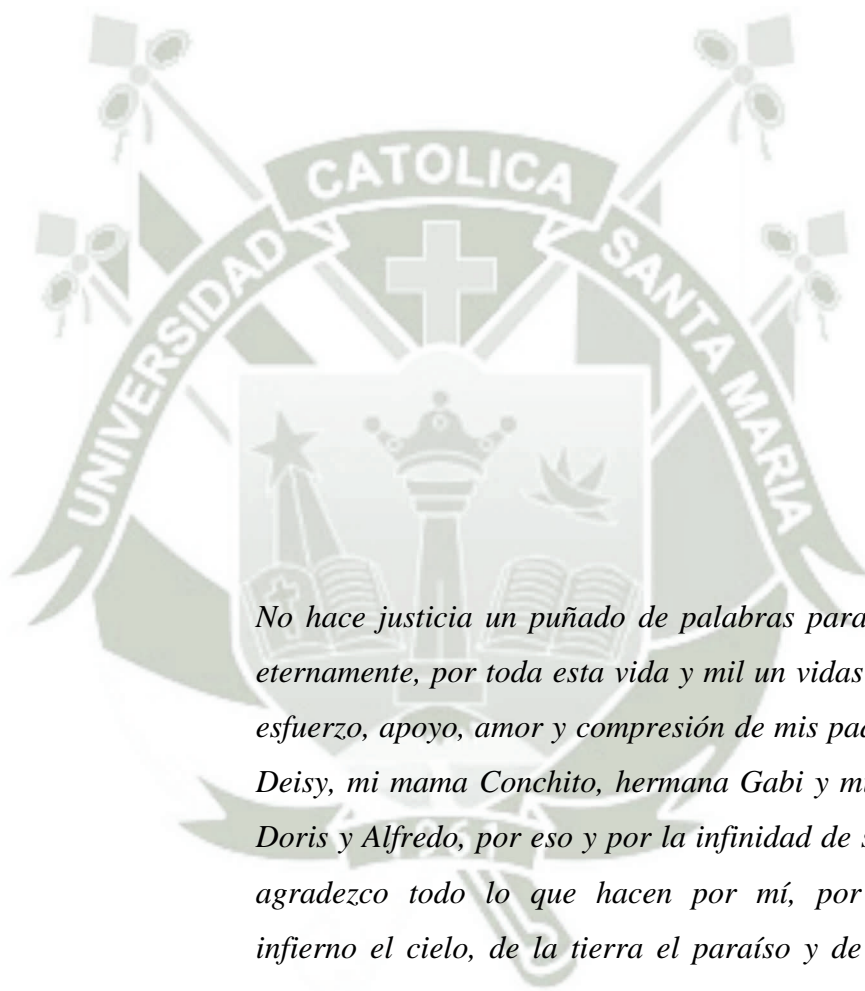
**2017**



*Porque después de todo he comprobado  
que no se goza bien de lo gozado  
sino después de haberlo padecido.*

*Porque después de todo he comprendido  
por lo que el árbol tiene de florido  
vive de lo que tiene sepultado.*

***Francisco Luis Bermúdez***



*No hace justicia un puñado de palabras para agradecer eternamente, por toda esta vida y mil un vidas más por el esfuerzo, apoyo, amor y comprensión de mis padres René y Deisy, mi mama Conchito, hermana Gabi y mis abuelitos Doris y Alfredo, por eso y por la infinidad de su amor les agradezco todo lo que hacen por mí, por hacer del infierno el cielo, de la tierra el paraíso y de la nada el todo, con sincera gratitud y amor les dedico la presente.*

## INDICE

RESUMEN.....	07
ABSTRACT .....	10
INTRODUCCIÓN .....	12
CAPITULO I: CUESTIONES BASICAS EN TORNO AL SISTEMA DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.....	16
1. LA RELACIÓN DE CONSUMO: .....	16
2. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR .....	18
3. LA NOCIÓN DE PROVEEDOR: .....	22
3.1 LOS PROVEEDORES EN LA CADENA DE COMERCIALIZACIÓN DE UN BIEN:.....	23
3.2 LA RESPONSABILIDAD VICARIA DE LOS PROVEEDORES:.....	25
4. OBJETO DE LA RELACIÓN DE CONSUMO: .....	30
5. PRINCIPALES DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES: .....	33
5.1 DERECHO A LA INFORMACION: .....	33
5.2 DERECHO A LA SEGURIDAD:.....	36
5.3 DERECHO A LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS E INTERESES:.....	39
5.4 DERECHO A UN TRATO JUSTO .....	42
6. NOCIÓN BÁSICA DEL DEBER DE IDONEIDAD: .....	45
7. SOBRE LAS GARANTÍAS DEL DEBER DE IDONEIDAD: .....	47
8. EL ROL DEL INDECOPI EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR .....	49
9. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: .....	50
CAPITULO II: SOBRE EL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD INTRODUCIDO POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1308 .....	67
1. LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO ES PURA .....	67
2. DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: MISMO FUNDAMENTO PARA NO EXONERAR POR SUBSANAR LA INFRACCIÓN.....	77

3. EL PRINCIPIO DE NECESIDAD .....	81
4. NATURALEZA JURÍDICA DE UN ATENUANTE Y UN EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: .....	84
5. CONTRASTE DE LA SUBSANACIÓN DE LA INFRACCIÓN CON OTROS ATENUANTES DE RESPONSABILIDAD: .....	92
6. CONTRASTE CON CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DE LEY 27444 Y EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR .....	96
7. COMPARACIÓN DE LA SUBSANACIÓN DE INFRACCIONES CON LOS EXIMENTES DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR: .....	100
8. SI EL CONSUMIDOR NO DEBE SER UN IDIOTA, EL PROVEEDOR MUCHO MENOS .....	108
9. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL Y SU REFLEJO EN LA RELACIÓN DE CONSUMO .....	111
10. EL INTERÉS PARA OBRAR EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: ¿FUNDAMENTO DE LA SUBSANACIÓN DE LA INFRACCIÓN COMO EXIMENTE?.....	114
11. ERRORES DEL CRITERIO RESOLUTIVO DE CONSIDERAR A LA SUBSANACIÓN DE LA INFRACCIÓN ANTES DE IMPUTAR CARGOS COMO PERDIDA DE INTERÉS PARA OBRAR.....	121
12. LA SUBSANACIÓN DE LA INFRACCIÓN COMO ATENUANTE, AUN CUANDO SEA ANTES DE LOS CARGOS SEGÚN EL CRITERIO RESOLUTIVO DE INDECOPI.....	122
13. EL DEBER DE IDONEIDAD: SACANDO LA VUELTA AL PRECEDENTE AMÉRICA MÓVIL .....	125
14. LA TEORÍA DEL CHEAP COST AVOIDER COMO MOTIVO DE LA SUBSANACIÓN DE LA INFRACCIÓN COMO ATENUANTE DE RESPONSABILIDAD .....	134
15. LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS SON DE MERA INOBSERVANCIA DE LA NORMA: NO SE PRECISA DE UN DAÑO NO REPARADO.....	138

CAPITULO III: EL MERCADO Y LA SUBSANACIÓN DE INFRACCIONES COMO EXIMENTE.....	142
1. EL CRITERIO DE EFECTO EN EL MERCADO PARA GRADUAR SANCIONES.....	142
2. ADÁN COMERÁ LA MANZANA PROHIBIDA AUN CUANDO ESTE PROHIBIDA: EL EFECTO EN EL MERCADO DE LA SUBSANACIÓN DE INFRACCIÓN COMO EXIMENTE .....	145
3. LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE Y LA CONDUCTA DE LOS PROVEEDORES .....	148
4. AL PROVEEDOR LE RESULTA EFICIENTE INCUMPLIR SU OBLIGACIÓN .....	151
5. INCUMPLIR LA REGLA GENERAL NO GENERA MAYORES COSTOS DE TRANSACCIÓN: EL TEOREMA DE COASE .....	154
6. ¿Y EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD?.....	156
7. EL ANZUELO PARA ENTABLAR RELACIONES DE CONSUMO .....	159
8. CASOS DONDE SE VIENE APLICANDO LA SUBSANACIÓN DE LA INFRACCIÓN COMO EXIMENTE Y SU EFECTO NOCIVO.....	161
9. EL COSTO DE OPORTUNIDAD QUE ASUME EL CONSUMIDOR .....	167
10. FALTA DE TRASPARENCIA EN EL MERCADO A RAÍZ DEL EXIMENTE DEL DECRETO LEGISLATIVO 1308: ¿Y EL REGISTRO DE PROVEEDORES SANCIONADOS?.....	172
11. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR ESTÁ SIENDO AFECTADO .....	175
12. LA PREVENCIÓN DEL DAÑO COMO EFECTO EN EL MERCADO: LA FÓRMULA DE HAND .....	175
13. LA PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD PARA GRADUAR LA SANCIÓN .....	183
CONCLUSIONES .....	185
PROPUESTA.....	189
BIBLIGRAFÍA.....	195
ANEXOS: .....	206

## Resumen:

El empoderamiento del consumidor y demás discursos de tónica similar fueron los que se pronunciaron al darse el decreto legislativo 1308, publicado en diciembre del 2016, por lo que sirve el presente trabajo de investigación para analizar y revisar a detalle si una de las modificaciones introducidas por el decreto legislativo anteriormente citado realmente supone una contribución que fortalezca al sistema de protección al consumidor, en tanto la norma aludida introdujo una serie de cambios al código de protección y defensa del consumidor, en los cuales se insertó el literal f) en el artículo 108 del código, incorporando un nuevo eximente de responsabilidad administrativa para el proveedor de productos o servicios que fuera denunciado, indicando la norma que la subsanación de la conducta infractora con anterioridad a la resolución de imputación de cargos amerita la exoneración de responsabilidad y la improcedencia de la denuncia. Es así que el presente trabajo de investigación estudia al novel eximente de responsabilidad, analizando las implicancias de este, abordándose los efectos que estos generara en el mercado en tanto la actuación de Indecopi a través de sus entes de protección al consumidor regula la actividad de los protagonistas de la relación de consumo en el mercado, corrigiendo conductas, otorgando medidas correctivas de la infracción que se hubiere cometido e imponiendo las sanciones respectivas como reproche del estado que disuada la comisión de futuras infracciones, ello es que Indecopi en el marco del sistema de consumo actúa como un regulador de vital trascendencia y este nuevo eximente de responsabilidad representa un cambio de paradigmas que se contraponen incluso a su antecedente legislativo y a la jurisprudencia emitida por la propia autoridad de consumo.

El análisis de la subsanación de infracciones como eximente de responsabilidad debe ser enfocado en contraste con su antecedente normativo, en tanto el código de protección y defensa del consumidor desde su dación en el año 2010 y su predecesor indicaban que la subsanación de infracciones con anterioridad a la imputación de cargos es un atenuante de responsabilidad mas no un eximente, ni determinaba la improcedencia de la denuncia que se hubiera promovido. Incluso se observa que dicho cambio obedece al mismo cambio introducido en la Ley 27444, Ley del procedimiento administrativo general, que también fue modificada en diciembre de 2016, que plantea la subsanación de infracciones antes de la imputación de cargos como un eximente, contraponiéndose a su vez a lo dicho por la anterior Ley 27444, que también planteaba que tal circunstancia

era únicamente considerada como atenuante de responsabilidad mas no como eximente. Es así que la investigación planteada apunta a determinar las razones que nos permitan afirmar que dicho cambio legislativo es errado, y no debiera de haberse cambiado la naturaleza jurídica de la subsanación de infracciones previa a la acusación como un eximente, puesto que este debe ser un atenuante, siendo que la modificación legislativa ocasiona un problema en el mercado.

La distorsión en el mercado que se origina a partir de este nuevo eximente se resume en que el proveedor de servicios o productos recibe un incentivo perverso que beneficia excesivamente a su conducta infractora, al darle el incentivo de subsanar y corregir antes que cumplir la norma, ello es que en vez de dar el mensaje al mercado que se debe de cumplir con las normas o condiciones ofrecidas en un producto o servicio desde el principio es que con este eximente se evidencia que aun cuando no se cumpla con la pactado o con lo estipulado por alguna norma es que igualmente se librara de responsabilidad si subsanas la infracción antes que la autoridad de consumo te acuse, entonces claramente se genera un incentivo para el proveedor denunciado de subsanar en vez de cumplir desde el saque con la normas o con lo ofrecido, teniendo vía abierta para tener una conducta totalmente contraria al deber de idoneidad exigido y luego colocar el parche. No obstante de ello, el mercado presenta ahora esta nueva distorsión pues la normativa actual de consumo exige que el proveedor preste el servicio o venda el producto bajo los términos del deber de idoneidad que exige que desde el origen de la relación de consumo sea un bien en estado óptimo, pero el eximente ahora promulga que si puedes vender un bien falto de idoneidad y luego remedas la infracción.

Bajo ese orden de ideas es imperativo reiterar que ante la subsanación de la infracción con anterioridad a la imputación de cargos, la denuncia presentada por un consumidor será declarada improcedente, operando el nuevo eximente, sin embargo ello genera que Indecopi se vea atado de manos para proseguir con el trámite del proceso, en tanto si bien es cierto se puede haber reparado las consecuencias patrimoniales de la infracción ,aunque evidentemente de forma inoportuna, es que aún subsiste la comisión de la infracción puesto que la autoridad de consumo regula el mercado no solo otorgando medias correctivas reparadoras sino que la potestad sancionadora le permite imponer multas, dar medidas complementarias y así cumplir con su función correctora del mercado, sin embargo bajo el escenario de este nuevo eximente es que no se está



cumpliendo función alguna de corrección. Máxime que sistemáticamente el proveedor valiéndose de este eximente de responsabilidad incumpliría sus obligaciones legales y convencionales de forma reiterada y luego subsanará su infracción, generándose una práctica perversa de incumplimiento y remedio subsidiario, mas no de cumplimiento de normas, considerando que las infracciones al Código de protección defensa del consumidor son de mera inobservancia de la norma, y estas quedan plenamente consumadas al infringirse la norma, y los remedios posteriores solo son atenuantes bajo el criterio emitido por la Sala especializada en materia de protección al consumidor de Indecopi.

**Palabras clave:**

Consumidor, subsanación, potestad sancionadora.



**Abstract:**

Consumer empowerment and other discourses with a similar tone were the ones pronounced by the legislative decree 1308, published in December of 2016, so that the present research work serves to analyze and to review in detail if one of the modifications introduced by The aforementioned legislative decree really supposes a contribution that strengthens the system of consumer protection, while the rule referred to introduced a series of changes to the consumer protection and defense code, in which subparagraph (f) is inserted in article 108 Of the code, incorporating a new exemption of administrative responsibility for the supplier of products or services that was denounced, stating the rule that the correction of the infringing conduct prior to the resolution of imputation of charges merits the exoneration of responsibility and the inadmissibility of the complaint. It is thus that the present research work studies the novel exempts from responsibility, analyzing the implications of this, addressing the effects that these will generate in the market while the performance of Indecopi through its consumer protection bodies regulates the activity of the Behavior in the market, correcting conduct, granting corrective measures of the infringement that has been committed and imposing the respective sanctions as a reproach of the state that dissuades the commission of future infractions, that is that Indecopi within the framework of the system of Consumption acts as a regulator of vital importance and this new exemption of responsibility represents a paradigm shift that is counterposed even to its legislative precedent and to the jurisprudence issued by the consumer authority itself. The analysis of the correction of infringements as exempt from liability should be focused on its normative background, while the consumer protection and protection code since its inception in 2010 and its predecessor indicated that the correction of infractions prior to the imputation of charges is an attenuating of responsibility but not an exemption, nor did it determine the inadmissibility of the complaint that had been promoted. It is also observed that this change is due to the same change introduced in Law 27444, law of the general administrative procedure, which was also modified in December 2016, which proposes the correction of infractions before the imputation of charges as an exemption, in opposition to its Instead of what was said by the previous law 27444, which also stated that this circumstance was only considered as attenuating of responsibility but not as an exemption. Thus, the proposed investigation aims to determine the reasons that allow us to affirm that such a legislative change is wrong,

and should not have changed the legal nature of the correction of infractions prior to the accusation as a defense, since this must be a Attenuating, since the legislative amendment causes a problem in the market.

The distortion in the market that originates from this new exemption is summarized in that the service provider or products receives a perverse incentive that benefits excessively to heir offending behavior, by giving them the incentive to correct and correct before they comply with the rule, is that instead of giving the message to the market that must comply with the rules or conditions offered in a product or service from the beginning is that With this exemption it is evident that even if it is not complied with the agreement or stipulated by some rule is that also be released from liability if you rectify the infringement before the consumer authority accuses you, then clearly an incentive is generated for the provider Denounced to correct instead of complying with the norms or offered with the offered, having open way to have a conduct totally contrary to the duty of suitability required and then to place the patch. Nevertheless, the market now presents this new distortion since current consumption regulations require the supplier to provide the service or sell the product under the terms of the duty of suitability that requires that from the origin of the consumer relationship is a good In an optimal state, but the exemption now promulgates that if you can sell a good lacking suitability and then remedy the infringement. In this context, it is imperative to reiterate that before the infringement is remedied prior to the imputation of charges, the complaint filed by a consumer will be declared inadmissible, operating the new exemption, however this will cause Indecopi to be tied by hand to proceed with the processing of the process, while it is true that the property consequences of the infringement may have been repaired, although obviously in an untimely way, is that there still remains the commission of the infringement since the consumer authority regulates the market not only Providing corrective remedial measures, but the sanctioning power allows it to impose fines, provide complementary measures and thus fulfill its corrective function of the market, however under the scenario of this new exemption is that no correction function is being performed. Especially that the supplier systematically using this exemption from liability would not comply with its legal and conventional obligations repeatedly and then will rectify its infringement, generating a perverse practice of non-compliance and subsidiary remedy, but not compliance, considering that violations of the code Consumer protection are

merely a failure to comply with the standard and are fully consumed in breach of the rule, and subsequent remedies are only extenuating under the criterion issued by the chamber specialized in consumer protection of Indecopi.

### **Key words:**

Consumer, rectification, sanctioning power.

### **Introducción:**

Se remonta a un pasaje bíblico que Adán no podía coger la manzana del árbol prohibido, había una norma que lo impedía, y las consecuencias de coger la manzana prohibida era que sea expulsado del paraíso y ¿porque no? Que devolviera otra manzana, sin embargo que pasaría si Adán incumpliera la norma y procediera a coger la manzana prohibida y antes que sea imputado por tales cargos formalmente, es decir que expresamente le comunicaran su infracción, (aun cuando haya sido ya denunciado por algún ser celestial) es que coloca otra manzana en el árbol prohibido, entonces la interrogante que surge es: ¿debiera ser Adán sancionado por incumplir la norma y luego haber subsanado su infracción? ¿O en todo caso dicha subsanación de la infracción sería un atenuante de responsabilidad?, en el primer supuesto supongamos que hay una norma que dice que debe ser exonerado por haber subsanado su infracción antes de imputados los cargos, de tal forma que Adán puede seguir comiendo la manzana del árbol prohibido y luego con calma y antes de que sea acusado formalmente devolver la manzana, quedando perdonado, sin expulsión alguna del paraíso ni otra sanción. En el segundo supuesto solo se atenúa la responsabilidad puesto que la infracción ya se halla plenamente consumada y el devolver la manzana solo repara la consecuencia material, pero no impide que sea sancionado en menor grado y se corrige su conducta, disuadiéndolo en el futuro de cometer la infracción} al expulsarlo unos días del paraíso.

En tal contexto, el decreto legislativo 1308, es una norma promulgada bajo el denominado paquete simplificador de procedimientos administrativos dispuestos por el poder ejecutivo de nuestro país, habiendo introducido dicha normas diversas modificaciones al Código de protección y defensa del consumidor, siendo que se introduce un nuevo eximente de responsabilidad administrativa para el proveedor

denunciado, bajo los términos de la subsanación de la conducta infractora con anterioridad a la imputación de cargos acuñada en el artículo 108 literal f) de la norma precitada, sin embargo dicho cambio representa un drástico giro de la naturaleza jurídica que posea la subsanación de la infracción, en tanto los antecedentes legislativos de esta y la jurisprudencia emitida por la Sala especializada en materia de protección al consumidor señalan que la subsanación de la infracción antes de la acusación por parte de la autoridad de consumo es un atenuante mas no exonera de responsabilidad, entonces el cambio en la naturaleza jurídica acarrea que el deber de idoneidad en la comercialización de un producto o prestación de servicios que se erige como un principio transversal en el sistema de protección al consumidor se haya tergiversado, avizorándose que la incorporación del eximente distorsiona el mercado y fundamentalmente la actuación de los proveedores, es decir que se está escogiendo el primer supuesto planteado con ejemplo de la manzana prohibida y Adán

Atendiendo a los comentarios antes dados, se anota que la presente investigación consta de 3 capítulos y analiza la distorsión que se genera en el mercado a raíz del nuevo eximente de responsabilidad para las infracciones al código de protección y defensa del consumidor, siendo que en el primer capítulo se abordaran las nociones básicas y conceptos previos que se deben de tomar en cuenta en sistema de protección al consumidor, repasando los elementos de la relación de la relación de consumo y principales tópicos normativos que se encuentran presentes en un procedimiento administrativo de esta naturaleza, deteniéndonos especialmente el deber de idoneidad con el que deben ser comercializados los productos y servicios en el mercado, así como los parámetros que nos sirven para medir el deber de idoneidad, más adelante abordaremos las medidas correctivas que puede obtener un consumidor como consecuencia del procedimiento y que reparan dichas medidas correctivas, para posteriormente analizar el rol del Indecopi en el mercado, observando qué objetivos tiene este ente regulador en la materia de protección al consumidor .

El segundo capítulo versara sobre el análisis del eximente de responsabilidad introducido por el Decreto Legislativo 1308 y su impacto en el procedimiento administrativo sancionador tramitado ante la autoridad de consumo, considerando las nociones de naturaleza jurídica de un eximente y de un atenuante de responsabilidad, asimismo se estudiara la actividad punitiva del estado en el seno de un procedimiento sancionador como una potestad pura de sanción, considerando que dicha potestad

sancionadora se halla subrogada únicamente al actuar de la administración sin que los administrados puedan interferir en dicha potestad, aun cuando hayan arribado a un acuerdo o que se haya subsanado la infracción, analizando si las consecuencias patrimoniales entre los administrados en conflicto pueden concluir con la potestad sancionadora del estado. Por otro lado, se revisará la vinculación entre el procedimiento administrativo sancionador y el derecho penal en cuanto a sus eximentes, contrastando la persecutoriedad del estado en los crímenes penales y administrativos como una esfera independiente de la reparación de las consecuencias civiles que pueda efectuar el transgresor de la norma. A su vez se tocará el tema referido al interés y legitimidad para obrar del consumidor denunciante puesto que el nuevo eximente de responsabilidad acarrea que la denuncia sea declarada improcedente por carecer precisamente el consumidor de estas 2 condiciones, sin embargo es relevante considerar la jurisprudencia emitida al respecto y que sostiene una opinión contraria a esta que es emitido por los entes de protección al consumidor de Indecopi.

Es también importante revisar con detenimiento las corrientes jurisprudenciales emitidas por Indecopi sobre la interpretación del deber de idoneidad, en tanto la subsanación de la infracción entendida como un remedio o reparación que ofrece el proveedor luego de cometida esta es un mecanismo secundario, que ha sido tratado bajo la jurisprudencia actual de Indecopi como un atenuante de responsabilidad y no un eximente, siendo este el criterio para la interpretación del deber de idoneidad, sustituyéndose el anterior criterio jurisprudencial que manejaba Indecopi, sin embargo con la incorporación del novel eximente es que se está retornando al anterior criterio resolutorio de considerar que la subsanaciones o reparaciones que ofrezca el proveedor luego de cometida su infracción si se estaría cumpliendo con el deber de idoneidad y al denunciar no prosperaría la denuncia ni se puede imponer sanción alguna, por lo que se analizara ambos criterios jurisprudenciales. Aunado a ello se debe considerar que el deber de idoneidad es interpretado bajo la teoría del *cheapes cost avoider* que es la teoría que inspira el actual criterio de interpretación del deber de idoneidad y que también amerita ser analizado para afirmar que la subsanación de la infracción no debe ser un eximente sino únicamente un atenuante.

Actos seguido y aun el segundo capítulo, se tocarán los tópicos referidos a la técnica legislativa utilizada por el legislador al momento de redactar el código de protección y defensa del consumidor debido a que las infracciones que se cometan a cualquiera de

sus dispositivos son de mera inobservancia de la norma según lo estipulado bajo el artículo 104 de la norma referida, siendo que una vez verificado el incumplimiento de la norma ya se agotó la comisión de la infracción, lo cual nos lleva a examinar que las infracciones en materia de protección al consumidor son infracciones que se agotan en su comisión, sin tener que esperar a que se produzcan algún daño efectivo al consumidor. Sumado a ello se tratará el elemento de daño al mercado como criterio de graduación de las sanciones a efecto de expresar que la subsanación de la infracción con anterioridad de la conducta infractora igualmente ya generó un daño al mercado que es el incumplimiento de la norma para finalmente abordar los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben ser utilizados ante la conducta de los proveedores que subsanen su infracción.

En el tercer capítulo se abordará la implicancias de la subsanación de la conducta infractora en el mercado, analizando el comportamiento que tienen los proveedores al contar con este eximente de responsabilidad, puesto que sistemáticamente la práctica perversa que se está fomentando no es la de cumplir las normas o los términos contractuales o publicitarios ofrecidos, sino que se puede incumplir todo ello y luego cuando se tome conocimiento de una denuncia ( sin que aún se haya imputado cargos ) es que se proceda a subsanar la infracción para evitar ser sancionado, lo cual nos conduce a tocar el tema de labor de Indecopi en el mercado como ente regulador del mismo que ante tal cambio legislativo ve obstaculizada su labor correctora del mercado al no poner sanciones ni medidas correctivas complementarias, realizando también un repaso por la legislación comparada. Finalmente y en base a las conclusiones de la investigación realizada se propondrá un proyecto de ley que revierta el problema advertido, proponiendo alcances legislativos en torno a la subsanación de infracción acaecida con anterioridad la imputación de cargos, para que sea considerada como un atenuante de responsabilidad, y que en caso se deba imponer una sanción pecuniaria que esta sea reducida la mitad y que en el registro de proveedores sancionados se habilite una opción para informar que proveedores subsanaron infracción a efecto de mejorar su imagen en el mercado.

## CAPITULO I: CUESTIONES BASICAS EN TORNO AL SISTEMA DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

### 1. La relación de consumo:

El mercado es el gran escenario en el cual interactúan oferentes de bienes y servicios y demandantes de estos, siendo que los primeros actúan fabricando, confeccionando, elaborando, procesando bienes y prestando sus servicios y los segundos a efecto de satisfacer sus necesidades sean estas primarias o de otra naturaleza deciden comparar tales bienes o procurarse de servicios que necesiten, así el mercado visto desde el punto de vista económico es el intercambio de bienes entre alguien que tiene algo con alguien que necesita de algo, mediante el pago de un precio. Por lo que, desde la compra de un celular a una empresa de telefonía móvil a cambio del pago de una cantidad de dinero, como la contratación de una inmobiliaria para la compra de una casa o la compra de prendas de vestir en una tienda es que en todos esos supuestos se hallan presentes los ofertantes, los demandantes y el producto o servicio materia de la transacción comercial.

Es así que a esta relación comercial de adquisición y comercialización de bienes y servicios se le denomina relación de consumo, sustituyendo a los ofertantes por los proveedores y los demandantes de bienes por los consumidores, observándose que el consumidor de tales bienes y servicios es en buena cuenta un protagonista esencial de esta relación puesto que la totalidad de habitantes de nuestro país, aproximadamente 30 millones, somos consumidores, ello es que el consumidor es el grupo económico más grande que pueda existir, sin lugar a dudas cada persona sea natural o jurídica, mayor o menor de edad actúa desde muy temprana edad como un consumidor de bienes y servicios, desde el niño que debe acudir al escuela y se le presta un servicio educativo, como el adulto que acude a comprarse un auto, ropa, o recurre al cine para entretenerse. Entonces el consumidor es una calidad omnipresente en el quehacer diario de todas las personas, y es precisamente por la naturaleza de esta condición habitual y permanente que nuestra constitución política del Perú consiente de dicha realidad ha dispensado una protección especial para los consumidores.

Precisamente el artículo 65 de nuestra Carta magna señala lo siguiente: *Artículo 65°.* - *El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su*



*disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.* La norma bajo análisis claramente consagra que el consumidor es merecedor de una protección especial, haciendo expresa referencia a que estos tienen derecho la información de bienes y servicios que se encuentran en el mercado, ello es que el estado peruano por disposición constitucional se ha reconocido que los consumidores se hallan en una situación de vulnerabilidad, que amerita que el estado peruano despliegue un marco normativo que permita dotar de adecuada y eficaz protección a sus derechos como agentes económicos que actúan en el mercado adquiriendo bienes y servicios, incluso reconoce la asimetría informativa en las que se encuentra un consumidor, pues este no conoce la información precisa o técnica de lo que adquiere y por ello se garantiza que accedan a la información de los bienes y servicios.

De tal forma que la relevancia del actuar de los consumidores en el mercado es tal que estos sin lugar a dudas han logrado convertirse en el motor dentro de un esquema económico, que cada día impone nuevos y mayores rubros de comercialización de bienes y servicios, de al líque en palabras del jurista Alpa Guido : *El consumidor, entendido como aquel que no hace comercio ni desenvuelve una profesión funcional al intercambio de bienes , ha dejado de ser el aislado comprador en un mercado local de modestas dimensiones y se ha transformado en un elemento de masa, que es objeto de campañas publicitarias y de presión por parte de grupos de producción y de distribución extremadamente organizados.*<sup>1</sup>

Entonces considerando lo dispuesto por el artículo 65 de la Constitución política del Perú, es que nuestro país tuvo una primera norma de consumo bajo el decreto legislativo 716, ley de protección al consumidor, dada en el año de 1997, y luego en el año 2010 se expidió nuestra actual norma de consumo, El código de protección y defensa del consumidor , modificado en diciembre de 2016 por el Decreto legislativo 1308, el cual en su artículo IV inciso 5 señala que la relación de consumo contiene 3 elementos al consumidor, al proveedor y al servicio o producto materia de la transacción, debiendo analizarse las definiciones de cada uno de estos elementos.

---

<sup>1</sup> ALPA, Guido. La persona. Tra cittadinanza e merca/o. Feltrinelli, Milano, 1992, 6 (constitución política comentada tomo 1)

## 2. La noción de consumidor:

Estando a la definición legal aportada por el Código de protección y defensa del consumidor, se observa que bajo los términos del artículo IV inciso 1 los consumidores son aquellas personas naturales o jurídicas que adquieren o utilizan un bien o un servicio, para destinarlo a su disfrute personal, familiar o social, siendo que no deben de destinarlo a su actividad económica como proveedores para ser considerados como consumidores, y en el caso de tratarse de personas jurídicas estas deben de cumplir con otros 3 requisitos los cuales son que sean microempresarios, que actúen en un ámbito ajeno al giro de su negocio y que se encuentren en una situación de asimetría informativa. Considerando lo dicho por la norma distinguimos 2 categorías de consumidores según su calidad de sujetos de derecho, ello son las personas naturales y las personas jurídicas.

La definición de consumidor nos lleva a señalar que un consumidor es aquel que adquiere el bien o servicio para su uso y disfrute personal, familiar o social, ello es que el bien o el servicio es utilizado para satisfacer necesidad propias del sujeto, o de familiares o entorno social, tal es el caso de una persona que recurre a una tienda en un centro comercial para adquirir diversas prendas de vestir, utilizando algunas él, otras se las obsequia a sus familiares y otras a sus amistades, en tal caso observamos que el consumidor es quien adquiere las prendas de vestir pues este ha pagado por estas, sin embargo también ostenta la categoría de consumidor bajo los términos de nuestra norma de consumo quien utiliza las prendas de vestir, sin haber sido esta la que ha pagado el precio de los productos, sin embargo es esta quien la está utilizando y por lo tanto también goza de protección como consumidor ante Indecopi, ello es que ante una eventual denuncia planteada por la persona que usa las prendas de vestir ( no fue la que adquirió el producto) no puede declararse la improcedencia de la denuncia por no ser ella la que pago efectivamente por el servicio, puesto que esta utiliza y disfruta del bien.

Ahora bien el artículo bajo comentario, señala que para ser calificado como consumidor y por ende ostentar dicha categoría como requisito *sine qua non* para la procedencia de una denuncia en materia de protección al consumidor, es que la norma estipula que no se debe de destinar el bien o servicio a la actividad como proveedor que tenga el usuario, ello es que los bienes adquiridos no sean utilizados para realizar actividades

económicas o comerciales que transformen a este consumidor como un proveedor de dichas actividades. Para tal efecto nuevamente me valgo del ejemplo propuesto anteriormente, en el cual una persona adquiere una gran cantidad de prendas de vestir en un centro comercial, siendo que tales prendas son puestas a su vez a la venta en su una tienda de ropa, ello es que compra ropa al por mayor de un gran centro comercial para a su vez luego revender la ropa en otra tienda al por menor, tal como sucede en diversos comercios de nuestro país, en tal caso la persona que adquirió los bienes no califica como consumidor protegido en Indecopi, en razón a que destino los bienes adquiridos a su actividad como proveedor, de allí que su conflicto sea una relación entre proveedor y proveedor y no de consumidor – proveedor, siendo que el eventual conflicto que tengan será resuelto en la vía judicial mas no en la vía administrativa del sistema de protección al consumidor, debido a que como se ha señalado anteriormente es necesario contar con la condición de consumidor para acceder a esta vía.

A tal efecto es relevante considerar lo señalado por la otrora Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI en la Resolución N<sup>a</sup> 0102-2008/TDC-INDECOPI: *la solución de los problemas de asimetría informativa implica identificar, dentro de las dos categorías de sujetos partícipes en las relaciones de consumo, a aquella que se encuentra en mejor posición para conocer la información relevante o para tomar las preocupaciones que fueren necesarias para reducir los riesgos involucrados en una relación contractual, y que viene a ser el proveedor.*<sup>2</sup> O en palabras de la sala especializada en materia de protección al consumidor recaída en la RESOLUCIÓN 0228-2014/SPC-INDECOPI : 8. *Debe tenerse en cuenta que la tutela brindada por el Código a los microempresarios responde a que el sistema de protección al consumidor tiene como finalidad corregir la asimetría informativa entre consumidores y proveedores en el mercado, de modo que los microempresarios, por su tamaño, capacidad económica, organización y/o estructura interna, pueden en, determinados supuestos, padecer de tal asimetría informativa en términos equiparables a los de un consumidor.*<sup>3</sup>

Sobre las personas jurídicas como consumidores, el artículo IV, inciso 1 numeral 1.2 de la norma de consumo señala que estas únicamente califican como tales si cumplen con 3

---

<sup>2</sup> Resolución N<sup>a</sup> 0102-2008/TDC-INDECOPI, expedida por el Tribunal de defensa de la Competencia de Indecopi, fundamento 16.

<sup>3</sup> RESOLUCIÓN 0228-2014/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala especializada en protección al consumidor de Indecopi, fundamento 8

requisitos: que sean microempresarios, que el bien o servicio adquirido no sea destinado a su giro del negocio y que se halle en asimetría informativa, sobre el primero de estos INDECOPI utiliza acertadamente el criterio establecido por la ley 28015 ( artículo 3) que disponen que son microempresarios quienes no superen las 150 UIT de ganancias al año, ahora bien en cuanto al segundo requisito, este resulta similar al ejemplo planteado anteriormente sin embargo ocurre que en ciertos casos los microempresarios como personas jurídicas utilizan ciertos productos o servicios que indirectamente son destinados o se valen de estos para el desarrollo de su actividad empresarial, tal es el caso de una microempresa que vende libros de literatura y contrata un servicio de un tercero de encomienda para cumplir con una entrega, en tal caso la incógnita a plantearnos es : ¿ el servicio de encomienda es un servicio que pueda ser considerado como del giro del negocio de la librería? La respuesta es que no, puesto que dicho servicio se encuadra dentro de los llamados servicios transversales desarrollados por la reiterada jurisprudencia emitida por la Sala especializada en materia de protección al consumidor<sup>4</sup>, sin embargo, respecto de esta materia la misma será desarrollada en líneas posteriores.

Ante ello es preciso subrayar que los microempresarios no deben destinar el bien o servicio adquirido a su giro de negocios, sin embargo resulta frecuente que se utilice ciertos bienes en sus actividades comerciales, los mismos que tiene el carácter de complementarios para llevar a cabo sus actividad como proveedores, ello es que ciertos servicios no forman parte del giro de negocio al cual se dedica el microempresario, sin embargo se valen de tales servicios para lograr cumplir con su actividad de proveedor, siendo que tales servicios bajo la jurisprudencia emitida por la sala especializada en materia de protección al consumidor son los servicios transversales, que si son objeto de cobertura en el sistema de protección al consumidor, no obstante tal y como se dijo se desarrollara el tema posteriormente al tocar la parte referida al servicio y producto como elemento de la relación de consumo.

Ahora bien un tercer elemento respecto de los microempresarios como consumidores es el de la asimetría informativa, la misma que se halla definida en el artículo IV inciso 7 del código de protección y defensa del consumidor, por el cual uno de los agentes de la relación el consumo, el proveedor, dispone de mayor y mejor información sobre los

---

<sup>4</sup>RESOLUCIÓN 0154-2017/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala especializada en protección al consumidor de Indecopi

productos y servicios que comercializa, de allí que el proveedor al intervenir como productor, fabricante, procesador, comerciante del bien o del servicio tienen acceso a información técnica, especializada y detallada sobre las características, funcionamiento, composición y demás información del bien, estando en una posición de información superior que la del consumidor, quien no tiene acceso a dicha información o no en el grado de información que maneja el proveedor, por lo que el microempresario que se dedique a la venta de ropa y compre computadoras, impresoras y demás artículos tecnológicos se halla en una situación de asimetría informativa por no conocer al nivel del proveedor de bienes tecnológicos la información de dichos productos.

Sin embargo, el día a día en materia de protección al consumidor nos pone frente a situaciones por demás interesantes, tal es así que amerita preguntarnos ¿qué ocurre si un consumidor adquiere un bien o servicio y lo utiliza para su goce personal, familiar, pero también lo destina para realizar alguna actividad empresarial? , pues el bien en cuestión tiene una naturaleza que le permite usarlo en ambas dimensiones, tal es el caso de una persona que compra un auto y lo utiliza para pasear, llevar a su familia, pero en ciertos días lo usa para prestar el servicio de taxi, ante dicho panorama se muestra un consumidor mixto, que en momentos sí estaría protegido por la norma de consumo y en otros no, sin embargo nuevamente la sala especializada en materia de protección al consumidor ha fijado criterios sobre el asunto, consagrando la teoría del consumidor mixto, considerado como un consumidor en los términos del código.<sup>5</sup>

Tal es el caso que precisamente la Sala especializada en materia de protección al consumidor señala respecto de la categoría de consumidor mixto lo siguiente en la resolución 3591-2012/SPC-INDECOPI: *10. El precedente de observancia obligatoria dictado en la Resolución 101-96/TDC-INDECOPI a la luz de la Ley de Protección al Consumidor, señalaba que la Sala debía reconocer que podía enfrentarse a zonas grises, en las que no sería sencillo determinar con toda precisión el uso dado a un bien, por ejemplo, el caso de quien adquiere un bien para su uso simultáneo como consumidor y como proveedor: el padre de familia que utiliza el automóvil familiar como taxi en sus horas libres o la madre de familia que usa una máquina de coser para prestar el servicio de confección de vestidos.*

---

<sup>5</sup>RESOLUCIÓN 0493-2017/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala especializada en protección al consumidor de Indecopi

*11. Es por tales motivos que este Colegiado considera que es absolutamente admisible la posibilidad que algunos productos y/o servicios puedan ser sometidos a un uso mixto, es decir, empresarial y particular.*

*12. El Código expresamente señala que en caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se calificará consumidor a quien lo adquiere o utiliza. Ello quiere decir que en el caso que un bien que sea empleado para el uso personal o familiar y a la vez para uno comercial o industrial, deberá calificarse al usuario como consumidor.<sup>6</sup>*

### **3. La Noción de Proveedor:**

La noción de proveedor se encuentra acuñada en el artículo IV numeral 2 del código que regula las relaciones de consumo, siendo estas las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado que prestan servicios habitualmente, encontrando 2 elementos relevantes en esa definición: que sean sujetos naturales o persona jurídica y que los servicios que presten cumplen con el carácter de habitualidad. Al respecto el artículo IV, numeral 8 del código, nos indica que la habitualidad no está ligada a un número de operaciones en el mercado, sino que son aquellas actividades reiteradas para subsistir, ello es que realicen esas actividades para continuar en el mercado, y que se presume la condición de habitualidad por el solo hecho de operar en locales abiertos al público.

Queda entonces claro que no podemos descartar como proveedor bajo los términos del código, a un proveedor por el número de operaciones en las que intervenga, ya que puede ser tan solo una transacción en la que participen al año, pero lo que debe examinarse es si lo prestan con esa vocación de subsistir en el mercado, a tal efecto valgámonos del ejemplo de una persona que es propietaria de una vivienda de 3 pisos, y que alquile una habitación eventualmente a algún tercero, digamos que alquile unas 3 veces al año, sin mayor participación suya, pues no se publicita ni se dedica a ello, en ese caso resulta claro que este no es un proveedor, debido a que no tiene la intención de permanecer como un agente económico en el mercado inmobiliario, por otra parte pongamos el caso de una persona que es propietaria de varios edificios e incluso figura

---

<sup>6</sup>Resolución 3591-2012/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala especializada en protección al consumidor de Indecopi, fundamentos 10,11 y 12.

en el Registro Único de Contribuyente que se dedica a actividades inmobiliarias, y que hace publicidad y ofrece promociones de alquiler de departamentos, y únicamente ha realizado un solo alquiler en un año, en tal caso aun cuando sea una sola transacción, esta si es un proveedor debido a que realiza las transacciones con el ánimo de proseguir en el mercado.

Entonces respecto al segundo baremo sobre la habitualidad hay que identificar si en efecto los proveedores actúan con ánimo de permanecer en este sector del mercado, ello es si se presta el servicio bajo la premisa de seguir operando en el mercado porque ese es un rubro en el cual desean seguir interviniendo y desean que los sigan eligiendo como prestadores del servicio, de tal forma que debe analizarse si la actividad es habitual por tener estos la vocación de permanencia en el mercado <sup>7</sup>, máxime que los proveedores aun cuando no tengan el requisito de la habitualidad serán considerados como tales si operan en establecimientos abiertos al público.

### **3.1 Los proveedores en la cadena de comercialización de un bien:**

Conforme a la definición aportada por el código de protección y defensa del consumidor, se observa que el proveedor del servicio no es únicamente la persona natural o jurídica que presta el servicio o que vende el producto materia de la transacción, en tanto el propio articulado de la norma de consumo dispone de una lista enunciativa mas no limitativa de quienes pueden ser considerados como proveedores, considerando como proveedores al productor, al fabricante, al importador, al comercializador ,etc. A tal circunstancia es de señalarse que desde la elaboración de un bien hasta que este llega a manos del consumidor, es de verse que el producto en cuestión puede pasar por una cadena de producción en la cual intervienen distintos proveedores en distintas etapas, así por ejemplo en el caso de la venta de un automóvil, se aprecia que hay un proveedor A, fabricante del auto marca XY , pudiendo ser el caso que hay un importador B de vehículos XY que los llevan a otra parte del país, y finalmente él lo vende al proveedor C, que es una tienda concesionaria de venta de vehículos XY, en tal caso se aprecia que en la cadena intervienen 3 proveedores, a razón de ser el fabricante del auto ,el importador del auto y el comercializador del auto.

---

<sup>7</sup>RESOLUCIÓN 2528-2013/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala especializada en protección al consumidor de Indecopi.

De allí que el proveedor responsable no se reduce únicamente al vendedor final del producto o el prestador directo e inmediato del servicio, sino que dependiendo del caso también puede implicar que tengan responsabilidad por vulneración a las normas de consumo todos los proveedores intervinientes, así la casuística nos puede presentar el caso de un consumidor que recurre a un taller de mecánica donde se prestan servicios de reparación de vehículos, ocurriendo que el consumidor requiere de un cambio de motor y otras piezas, por lo que el taller de mecánica coloca un motor nuevo y demás piezas nuevas, pero las mismas están falladas. A tal evento se observa que el motor tiene defectos de origen, es decir del fabricante del mismo, entonces la pregunta a plantearse es : ¿ quién es el proveedor responsable frente al consumidor ? la respuesta es que se observan a 2 proveedores responsables, por un lado el proveedor fabricante del motor que elaboro un producto defectuosos, asumiendo responsabilidad por la fabricación defectuosa del motor y por otro lado se aprecia que el proveedor comercializador del motor y quien instalo el mismo ( el taller de mecánica ) es responsable por vender e instalar un producto defectuoso, siendo que ambos proveedores responden frente al consumidor.

Respecto de los proveedores responsables en la cadena de producción, se aprecia que la Sala Especializada en materia de protección al consumidor de Indecopi, mediante pronunciamiento recaído en la resolución N<sup>a</sup> 1630-2014/SPC-INDECOPI, analiza el caso de los proveedores que suscriben contratos de franquicia, sobre el caso bajo comentario se identifica que dicha resolución versaba sobre un consumidor que recurrió a un centro odontológico para someterse a un tratamiento dental, habiendo contratado al consultorio SISDENT, aunque el mismo era una franquicia de otro consultorio dental denominado MULTI DENT, siendo que SISDENT era una persona jurídica diferente de MULTI DENT, contando con su propio ruc y establecimiento, sin embargo SISDENT en virtud del contrato de franquicia suscrito, utilizada los signos distintivos, el know how, procedimientos y nombre de MULTIDENT, ello es que en calidad de franquiciado SISDENT usaba la imagen de MULTIDENT y en el nombre que aparecía en su consultorio era MULTI DENT y se compraba tal cual como una franquicia, aunque la boleta dada al consumidor aparecía que era SISDENT, por lo que SISDENT presto un mal servicio al consumidor, interponiendo este una denuncia no únicamente contra SISDEN como prestador directo del servicio sino que también denunció a MULTI DENT como franquiciante.



El razonamiento de la Sala sobre tal caso fue el siguiente (resolución N<sup>a</sup> 1630-2014/SPC-INDECOPI): 32. *En su apelación, Multident alegó que su empresa era un tercero que no mantenía relación de consumo con el denunciante. Agregó que había otorgado la marca Multident y su know how a Sisdent en atención al contrato de franquicia suscrito y como tal, una vez concluido el procedimiento, velaría porque su franquiciado cumpla con las obligaciones que se le impongan.*

34. *De los actuados en el expediente se observa que efectivamente Sisdent es una empresa que opera la franquicia de Multident en el distrito de Pueblo Libre12. Sobre el particular la franquicia constituye un sistema de comercialización de bienes y/o servicios fundada en una colaboración estrecha y continuada entre dos empresarios diferentes e independientes (franquiciador y franquiciado). A través de este contrato, el franquiciador permite a cada franquiciado que se vincula con él que reproduzca exactamente su sistema de explotación del negocio y pone a su disposición, a cambio de una contraprestación económica, su marca (o/y otros signos distintivos), su saber hacer y sus métodos comerciales y empresariales*

38. *En ese sentido, es claramente evidente que en los contratos de franquicia se presenta la figura de la apariencia jurídica, siendo que la doctrina relativa a la protección al consumidor señala que sobre el particular que: “(...) quien sugiera determinada apariencia queda obligado a cumplir en la medida que la otra parte ha podido creer en ella”. 39. En efecto, la teoría de la apariencia se permite enjuiciar a los proveedores que aportan su buen nombre en el posicionamiento de un producto o servicio a cargo de otro operador, por la defraudación de expectativas que sufra el consumidor de las prestaciones de estos últimos, y es que en materia de protección al consumidor la responsabilidad no sólo se define por las condiciones expresamente pactadas sino principalmente por las expectativas generadas en los consumidores.<sup>8</sup>*

### **3.2 La responsabilidad vicaria de los proveedores:**

Ahora bien es de verse que suele ser recurrente que la prestación del servicio o la venta de un bien, no sea directamente efectuada por quien asuma la titularidad como

---

<sup>8</sup>Resolución N<sup>a</sup> 1630-2014/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala especializada en protección al consumidor de Indecopi, fundamento 32,34,38 y 39.

proveedor, entendiendo dicha premisa como la intervención de un tercero dependiente del proveedor titular, quien es el que presta el servicio u otorga el bien, así las cosas suele darse el caso de contratar a un estudio de abogados, el mismo que al suscribir el contrato lo hace como una persona jurídica, representada por su apoderado legal, y quien presta el servicio al consumidor es el abogado que trabaja para ese despacho, siendo que dicho abogado nunca intervino en la firma del contrato, entonces en caso el consumidor reciba una asesoría legal deficiente, el proveedor como estudio de abogados con personería jurídica propia, no puede exonerarse de responsabilidad alegando que la infracción la cometió uno de sus abogados y este debería ser el responsable, puesto que ellos responden por las actuaciones y omisiones de sus dependientes, aplicándose la figura de la responsabilidad vicaria del código civil.

Al respecto el código civil señala en su artículo 1981 que: *artículo 1981.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.* Sumado a ello el Artículo 165 del código civil indica lo siguiente: *artículo 165.- Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos.*

Asimismo el propio Código de protección y defensa del consumidor, ha insertado dentro de su articulado una figura jurídica propia de la responsabilidad vicaria para el caso de los servicios de salud, en la cual señalan que los profesionales o trabajadores de un centro de salud que se presenten ante el público consumidor, bajo la apariencia de ser parte de un establecimiento de salud, es que el responsable será el establecimiento, puesto que en determinados casos ocurre que médicos alquilan espacios de clínicas y atienden en consultorios propios, sin embargo en caso no informen expresamente al consumidor que no forman parte del centro de salud también este será responsable, a efecto de mejor análisis se cita el artículo 68 que dice : *Artículo 68.- Responsabilidad por la prestación de servicios de salud 68.1 El establecimiento de salud es responsable por las infracciones al presente Código generadas por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, de los técnicos o de los auxiliares que se desempeñen en el referido establecimiento, sin perjuicio de las responsabilidades que les correspondan a estos. 68.2 El establecimiento de salud también es responsable por los actos de los profesionales que de manera independiente*

desarrollen sus actividades empleando la infraestructura o equipos del primero, salvo que el servicio haya sido ofrecido sin utilizar la imagen, reputación o marca del referido establecimiento y esa independencia haya sido informada previa y expresamente al consumidor; sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 68.1. La responsabilidad del establecimiento de salud conforme a esta norma es solidaria.

Y es que al margen de que nos encontremos en una relación de consumo, es de verse que ello no enerva que se hallen presentes los elementos de la contratación civil y en consecuencia también estemos bajo una relación de derecho civil, sin embargo la jurisprudencia vertida por el alto tribunal de protección al consumidor de Indecopi no ha reducido únicamente la aplicación de la responsabilidad vicaria a los servicios de salud, sino que aplica la responsabilidad de los artículos 165 y 1981 del código civil a cualquier caso de relación de consumo.

Así es de verse que en la RESOLUCIÓN 0733-2016/SPC- INDECOPI analiza el caso de un proveedor que no contaba con el libro de reclamaciones, habiéndose entrevistado el personal fiscalizador de Indecopi no con el proveedor sino con un dependiente, y luego se alegó que el proveedor no podía responder por lo expresado por su dependiente, siendo que la resolución señala lo siguiente: 44. Al respecto, para cumplir con la finalidad de verificar las condiciones reales en que los proveedores brindan sus servicios, el funcionario del Indecopi o, como en el presente caso, la autoridad policial simplemente debe entrevistarse con el personal que se encuentre en el establecimiento comercial inspeccionado, para que se le brinde la información solicitada, la cual se entenderá será la misma que otorga el proveedor a sus consumidores. 45. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 165° del Código Civil 8, se presume que el dependiente que actúa en un establecimiento abierto al público representa a su principal para los actos que ordinariamente comprenden a su función. De tal manera que aquella persona que se acerque a un establecimiento abierto al público tendrá la garantía que la persona que lo atiende es un representante del establecimiento, capaz de atenderlo en lo que respecta a sus funciones.<sup>9</sup>

Es menester precisar que estando a lo señalado por el artículo IV numeral 2 del Código de protección y defensa del consumidor, es que no solo las personas de derecho privado

---

<sup>9</sup>RESOLUCIÓN 0733-2016/SPC- INDECOPI, expedida por la Sala especializada en protección al consumidor de Indecopi, fundamento 44 y 45

pueden ser catalogadas como proveedores sino también las personas jurídicas de derecho público, sin embargo considerar que personas de derecho público intervienen en el mercado como agentes económicos, nos conlleva a considerar que en buena cuenta sería el estado peruano a través de diversos entes el que participa en el mercado, ello es que entidades gubernamentales podrían ser susceptibles de ser consideradas como proveedores bajo los cánones de nuestra normatividad de consumo y en consecuencia pasibles de ser sancionado por los entes de protección al consumidor de Indecopi.

Para determinar si una persona jurídica de derecho público es considerada o no como proveedor, se debe analizar el comportamiento de esta a efecto de verificar si esta interviene en el mercado como un agente económico que compite en el mismo, tal cual como lo haría una persona jurídica de derecho privado, al respecto es de considerarse que el estado peruano puede actuar de 3 formas en el mercado según el pronunciamiento recaído en la RESOLUCIÓN 0986-2015/SPC-INDECOPI:

*(i) A título de autoridad: sobre dicho apartado se aprecia que el estado peruano por mandato constitucional actúa en el mercado como un regulador, participando como autoridad de la administración pública que emite normas que regulan la actuación de los agentes económicos en el mercado, supervisando, fiscalizando y sancionando aquellas conductas contrarias al ordenamiento jurídico a través de sus distintos entes reguladores. Asimismo participa resolviendo controversias que surjan entre los agentes económicos. A modo de ejemplo se observa la labor de la Superintendencia de Banca y Seguros, que emite normas para que puedan operar las entidades financieras fiscalizando el cumplimiento de esas normas e imponiendo sanciones ante el incumplimiento de la normativa o en el caso de Indecopi que vigila y defiende la libre competencia sancionando aquellas prácticas restrictivas de la competencia como las prácticas colusorias o el abuso de posición de dominio, o en el caso de protección al consumidor sancionando a los proveedores que no cumplen con el marco normativo de consumo, resolviendo controversias entre los involucrados de la relación de consumo.*

*(ii) en calidad de agente económico: por su parte, el estado peruano también actúa como agente económico, en la medida que compite en el mercado prestando servicios o comercializando productos, de tal forma que desarrolla actividad empresarial o comercial que busca captar la preferencia de los consumidores y usuarios. Así por ejemplo en materia de servicios financieros el estado peruano compite en dicho rubro a través del banco de la nación, la cual busca captar los ahorros del público y coloca*

*créditos en favor de los consumidores que lo soliciten, ofreciendo diversos productos financieros tal cual lo haría una entidad financiera del sector privado.*

*(iii) brindando prestaciones sociales o asistenciales: el estado peruano también presta servicios asistenciales , en el marco de las políticas y directrices emitidas por sus distintas entidades se cumple con labores de subsidio en favor de la población en general, a efecto de atender las necesidades de la población , garantizando el acceso a servicios esenciales, con especial énfasis en los sectores de escasos recursos económicos a efecto de tutelar los derechos de las personas y permitir que lleven una vida digna. El ejemplo de tal dimensión son los servicios de salud brindados por los hospitales públicos o los servicios educativos que prestan las instituciones educativas nacionales <sup>10</sup>*

A raíz de ello y para un mejor análisis de este tópico del estado como proveedor, es relevante considerar el caso analizado por la sala especializada en materia de protección al consumidor recaído precisamente en la precitada RESOLUCIÓN 0986-2015/SPC--INDECOPI y en la RESOLUCIÓN 1927-2015/SPC- INDECOPI, anotándose que en ambos casos la controversia surge debido a que una consumidora recurre al Seguro Social de salud ( ESSALUD) a efecto de procurarse de un servicio de atención médica, donde ESSALUD es una entidad del estado que brinda servicios médicos, sin embargo en los casos de ambas resoluciones se aprecia que la consumidora no fue debidamente atendida, habiéndose negado la atención por diversas circunstancias, lo cual motivo que esta interponga una denuncia ante Indecopi, apreciándose que para el caso de la resolución 0986-2015/SPC-INDECOPI la denuncia fue declarada fundada y para el caso de la RESOLUCIÓN 1927-2015/SPC- INDECOPI la denuncia fue declarada improcedente por no estar en el marco de una relación de consumo, ello es que en este segundo caso se estimó que ESSALUD no estaba actuando como un proveedor de servicios médicos en el mercado sino que actuaba como estado que brindaba servicios de salud de carácter asistencial.

Es decir que para el caso de la RESOLUCIÓN 1927-2015/SPC- INDECOPI esta era asegurada de ESSALUD, sin embargo tenía la condición de asegurada obligatoria puesto que el seguro era en calidad de trabajadora dependiente de un empleador y el estado peruano de forma subsidiaria cubre el fondo del seguro de los trabajadores

---

<sup>10</sup>RESOLUCIÓN 0986-2015/SPC-INDECOPI expedida por la Sala especializada en protección al consumidor de Indecopi.

dependientes, y por tal razón su labor es asistencial en estos casos, no actuando como proveedor, mientras que en el caso de la resolución 0986-2015/SPC-INDECOPI, ahí ESSALUD si actuó como proveedor puesto que la consumidora era asegurada en calidad de afiliada potestativa como trabajadora independiente, y esta contrató el producto ofrecido por ESSALUD, sin embargo pudo haber elegido otro seguro ofrecido por otro proveedor del mercado, de allí que en este último caso ESSALUD actúa en el mercado de seguros médicos ofreciendo a los consumidores que son trabajadores independientes escoger su plan de seguros, y por ende si ostentan en este caso la condición de proveedores.

#### **4. Objeto de la relación de consumo:**

Anteriormente se abordó el tema de los microempresarios como consumidores protegido por el Código de Protección y Defensa del consumidor , o aun sin ser microempresarios y tratándose de personas naturales se observa que en ambos casos se suele emplear a los denominados servicios transversales como aquellas prestaciones de las cuales se valen los consumidores para lograr realizar su actividad como proveedores, lo cual significa que tales servicios no son el giro del negocio del consumidor ni es el servicio que utilizan la actividad empresarial a la cual se dedican, sino que estos servicios son vías secundarias que emplean para lograr su cometido como proveedores.

Atendiendo a ello es de verse que unos de los probables cuestionamientos que pueda esgrimirse en contra de los denominados servicios transversales , viene dada por el hecho que las materias discutidas en la relación de consumo pretendan derivar derechos vinculados al giro del negocio de los justiciables, siendo que pudiera cuestionarse ello, al indicar que los consumidores ( sean personas naturales o jurídicas) no califican como consumidores bajo el ámbito de protección del código puesto que los derechos que pretenden derivar formarían parte de sus actividades como proveedores, sin embargo dicha hipótesis resulta errada, en tanto según se comentó anteriormente es que el servicio transversal es complementario y accesorio al giro de negocios de las partes, ello es que se valen las partes de un servicio para indirectamente realizar sus actividades<sup>11</sup>. Razón por la cual aun cuando la materia objeto del servicio forme parte de la actividad

---

<sup>11</sup>Resolución 0994-2015/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala especializada en protección al consumidor de Indecopi.

económica del litigante es que aun así este califica como consumidor en tanto este se vale de este como un medio transversal que coadyuve a sus operaciones comerciales, siendo que los servicios trasversales si son servicios de consumo.

Al respecto se observa que el giro de negocio o actividad empresarial de una persona, se apoya a su vez en otros servicios complementarios que no forman parte de la actividad económica, sino que son utilizados eventualmente como un medio para lograr un fin, de allí que a estos servicios secundarios se les llama transversales. Ello es que una persona dedicada a la venta de chocolates tendrá como actividad o negocio precisamente la venta de estos apetecibles dulces, ese es su fin, por otro lado este comerciante utiliza servicios financieros para extender cheques de pago a terceros con los que tiene relaciones comerciales o solicita prestamos de entidades financieras para invertirlo en el negocio, o pudiera enviar por encomienda los chocolates a unos puntos alejados, en tal caso estos servicios son un medio para el fin, son transversales, por lo que en caso la entidad financiera a la cual solicito el préstamo no le entregue el cronograma de pago o cobre comisiones no permitidas por ley, podrá recurrir a la autoridad de consumo, o cuando el servicio de encomienda extravíe los chocolates y no cumpla con la entrega es que también podrá ser protegido como consumidor ante INDECOPI, puesto que son servicios transversales<sup>12</sup>.

Analizando el caso de nuestro interés, supongamos que un negociante de chocolates vendió los productos a un tercero y el tercero no cumplió con pagar su precio, en tal caso este interpone una demanda de obligación de dar suma de dinero, y contrata a un abogado para la asesoría legal respectiva, ocurriendo que su abogado no brinda un servicio diligente, no presentando los escritos, no acudiendo a las audiencias, dejando vencer los plazos procesales ,etc. en tal caso este servicio de asesoría legal es también un servicio transversal, pudiendo denunciar la afectación a sus derechos como consumidor el negociante.

Por otro lado, y en el mismo ejemplo propuesto, que pasa si en el contrato de venta de chocolates de nuestro negociante chocolatero con el tercero estos insertan una clausula arbitral, motivo por el cual ante la falta de pago el negociante de chocolates interpone una demanda en la vía arbitral, designando a su arbitro y pagando los honorarios del

---

<sup>12</sup>Resolución 160-2016/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala especializada en protección al consumidor de Indecopi.

centro arbitral respectivo o al árbitro mismo en caso ser un arbitraje ad hoc, en tal caso observamos que el comerciante de chocolates pretende derivar derechos vinculado a su actividad económica principal, ocurriendo que durante el arbitraje el centro arbitral o los árbitros no cumplen con los plazos para emitir las ordenes procesales o para notificar estas, se ausentan de las audiencias, realizan cobros injustificados no pactados en los honorarios, no respeta las reglas acordadas, entre otros supuestos que no respondan a la idoneidad del servicio, ante lo cual este servicio arbitral es un servicio transversal puesto que es un instrumento o camino complementario para coadyuvar a la actividad económica principal, puesto que el negociante de chocolates no tiene por giro de negocios ni actividad principal dedicarse a los arbitrajes, no es un centro arbitral ni es un árbitro por lo que si bien es cierto que actúa para procurarse derechos de su negocio principal, lo cierto es que el arbitraje es la vía no el destino.

De tal manera que ocurrido algunos de los supuestos de servicio carente de idoneidad en el arbitraje es que se puede recurrir ante INDECOPI, ostentando las partes procesales la calidad de consumidores de un servicio transversal, ya que de la misma forma como la entidad financiera presta capital para el negocio es que el abogado también presta un servicio para el negocio, pero no enerva la calidad de la relación de consumo. A mayor abundamiento se hace preciso citar lo dicho por la Sala especializada en protección al consumidor: 25. (.....) *este Colegiado considera que: (i) Por productos o servicios que forman parte del giro propio del negocio, debe entenderse a aquellos (aparte de los productos y servicios ofrecidos por el propio microempresario en el mercado) inherentes a la actividad económica desarrollada por el microempresario, esto es, absolutamente imprescindibles para que la misma se desenvuelva, (.....) y (c) constituyen “productos o servicios que no forman parte del giro propio del negocio” aquellos que pese a ser complementarios y facilitar la actividad económica del microempresario, no son imprescindibles para el desarrollo de la misma. Es el caso de los servicios transversales a todo esquema productivo o de comercialización, como por ejemplo los servicios de publicidad o determinados servicios financieros*<sup>13</sup>

En cuanto al bien o servicio materia de la transacción, estos son de diversa naturaleza debiendo analizarse si estos deben ser onerosos gratuitos, la norma señala que deben ser onerosos ( artículo IV numeral 5 del código) sin embargo, la gratuidad en la entrega de

---

<sup>13</sup>RESOLUCIÓN 0243-2017/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala especializada en protección al consumidor de Indecopi, fundamento 25.



un bien o servicio no enerva la calidad de la relación de consumo, pues aun en ese caso estaremos en esta, así puede darse el caso que se ingrese a un centro comercial en el cual no se haya adquirido nada, cediendo una estructura que le causa daño al consumidor, o al querer ingresar a un establecimiento se nos niega el ingreso sin causas objetivas y justificables. En tales supuestos aun cuando no haya existido un servicio brindado propiamente dicho, ni haberse pagado algún concepto es que igualmente ya estamos en el ámbito de una relación de consumo.

## 5. Principales derechos de los consumidores:

El Código de protección y defensa de los consumidores ha consagrado en su artículo 1 un catálogo de derechos reconocidos en favor de los consumidores, debiendo indicarse de antemano que conforme a lo estipula el artículo 1.2 de la norma referida, es que dicha numeración de derechos es meramente enunciativa mas no limitativa, en tanto no solo son derechos del consumidor los estipulados por el artículo 1, sino que también lo serán aquellos reconocidos por la propia norma de consumo en otros artículos, o los señalados en otras leyes, por lo que la técnica legislativa utilizada es *clausus apertus* y no de *numerus clausus*. Es preciso indicar que de los diversos derechos consignados se explicaran brevemente los principales y que resultan de especial interés para al análisis propuesto. Es así que para agrupar los derechos del consumidor se advierte que estos pueden clasificarse en 4 grandes grupos: derecho a la información, derecho a la seguridad, derecho a la protección de sus intereses y derecho a un trato justo.

### 5.1 Derecho a la Información:

Respecto del derecho a la información, es de anotarse que este se halla definido por el artículo 1.1 literal b) del cuerpo normativo de consumo, el cual indica lo siguiente: *Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.*<sup>14</sup> Nótese que el derecho a la información tiene correlato directo con lo señalado en el artículo 65 de la constitución, puesto que dicho precepto constitucional señala que se garantiza el acceso a la información de los bienes y servicios que se encuentren en el mercado, de tal forma que los consumidores para tomar una decisión

---

<sup>14</sup>Artículo 1.1 literal b) del Código de protección y defensa del Consumidor

de consumo , ello es antes de decidir la contratación de un bien o de un servicio, estos tienen el derecho de recibir la información previa, que contenga todos los elementos necesarios para optar por adquirir el bien o el servicio y la información suficiente para hacer un uso adecuado del mismo ello es que :

- Se requiere de información sobre el producto y servicio
- Se requiere información para hacer un uso adecuado del producto o servicio

Es de verse que claramente la norma consagra un criterio de oportunidad en la entrega de la información, ya que la misma debe de ser información oportuna, sin embargo la norma dice que debe ser información para tomar la decisión de consumo, lo cual involucra que debe ser información a entregarse previamente a que se realice la transacción o incluso para hacer un uso adecuado se requiere que esta sea información brindada con anterioridad, dicho elemento resulta relevante para la materia de la presente investigación, puesto que según se verá más adelante es que la subsanación de la conducta infractora siempre será inoportuna y fuera de la oportunidad a la que la norma les obligaba, no pudiendo en consecuencia subsanarse propiamente la infracción ya que la obligación legal está sujeta siempre a un criterio de oportunidad, el cual es antes de tomar la decisión de consumo.

Ahora bien, lo señalado se halla concordado con la obligación de entregar información por parte de los proveedores en el extremo que el artículo 2 del código de consumo indica lo siguiente: *Artículo 2.- Información relevante 2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios*<sup>15</sup>. De lo cual se desprende que la obligación legal del proveedor es brindar la información en la etapa previa de la relación de consumo, y durante la misma ya que se debe entregar la información relevante para que este decida o no si tomar la decisión de consumo, y luego de evaluada dicha información recién el consumidor entablara la relación. Así las cosas, el ejemplo es que si alguien desea comprar una computadora portátil (laptop), primero el proveedor antes de emitir la factura correspondiente, o suscribir el documento que acredite la compra del bien, debe de informar sobre las características del producto y recién después de entregada esa información en el consumidor decidirá si celebra o no el contrato de

---

<sup>15</sup>Artículo 2.1 del código de protección y defensa del consumidor

consumo. Entonces las normas bajo comentario, preceptúan que la entrega de información por parte del proveedor y el derecho del consumidor es información ex ante, sujeta a ese límite temporal, puesto que razonando sobre la misma es que carecería de lógica y se vaciaría de contenido la obligación legal de la información, en tanto si se permite dar información después de adquirido el producto, esto no tiene sustento lógico, no puede primero venderse la laptop y luego recién informar sobre las características de esta, en tanto luego de comprado el bien no se evalúa recién si se desea comprarlo o no, por lo que de la misma forma la subsanación de la conducta infractora del proveedor supone ya la comisión de una infracción, y no debería de eximirse de responsabilidad pues la infracción ya se halla cometida.

Es de recalcar que el derecho del consumidor y el deber del proveedor sobre la información, debe estar sujeto a determinadas calidades en razón a que el artículo 2.2 del código de protección y defensa del consumidor reitera que: *2.2 La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano*<sup>16</sup>. Aunado a ello es de resaltarse que la información a entregarse debe ser relevante, entendiendo por información relevante *a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumido* según el artículo 2.3 de la norma precitada.

Entonces por información relevante se deberá comprender que los datos a transmitirse son aquellos datos importantes y que sirvan de base para que se tome una decisión de consumo, de tal forma que en caso no se haya brindado tal información, es que el consumidor no hubiese decidido entablar la relación de consumo o este hubiera optado por entablarla pero en términos diferentes, de tal suerte que apartándose de la relación de consumo basada en tal información primigenia, hubiese igualmente entablado la relación de consumo pero bajo otras condiciones, e incluso el artículo analizado señala que para evaluar debidamente la información relevante se estudiaran las omisiones para determinar si lo ofrecido por el proveedor queda desnaturalizado con la omisión informativa. Casuística sobre ello en nuestro país es abundante y penosamente reflejada a diario, así por ejemplo en el caso que la persona A quiera contratar un servicio educativo universitario, la universidad B debe de informarle sobre las acreditaciones,

---

<sup>16</sup>Artículo 2.2 del Código de protección y defensa del consumidor

plana docente, horarios, y otro datos, ocurriendo que el consumidor desea tomar la decisión de consumo basada en que hay horarios de tarde-noche, puesto que él trabaja durante la mañana, y la universidad B promociona carreras universitarias para gente que trabaja, sin embargo el proveedor omite informarle sobre los horarios, entonces tal información si resulta relevante, porque el consumidor no habría escogido a la universidad B al no contar con horarios para la tarde-noche, por lo que la omisión en la que incurre el proveedor si es relevante ya que desnaturaliza su oferta inicial.

Por otro lado, para medir la información relevante debe considerarse que dicha información no debe ser excesiva, puesto que el exceso de información brindado por algunos proveedores es empleado como una estrategia para confundir al consumidor, y ante la saturación de información que no le resulta necesaria no puede comprender o prestar atención a la información verdaderamente importante, por lo que a tal consideración nuestra norma de consumo también prevé este supuesto en el artículo 4.4 indicando que: *2.4 Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de confusión que generarían al consumidor el suministro de información excesiva o sumamente compleja, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado.*

## **5.2 Derecho a la seguridad:**

Nuevamente la Constitución política del Perú en el artículo 65 dispone un precepto rector incorporado como un derecho de los consumidores, resumido en el derecho a la seguridad del consumidor frente a la adquisición de productos y servicios, en el entendido que según lo señalado por la norma constitucional se debe velar por la salud y seguridad de los consumidores, lo cual es refrendado por el artículo 1.1 literal a) de la normativa de protección al consumidor al establecer expresamente el : *a. Derecho a una protección eficaz respecto de los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física.* Dicho derecho establece que los productos y servicios que son objeto de transacción el mercado, no resulten dañinos para los consumidores, no debiendo afectar su salud ni su integridad física, sin embargo la norma bajo comentario introduce la frase “ condiciones normales o previsibles” en razón a que según la naturaleza del bien estos pueden representar un peligro a la seguridad por el estado natural u ordinario del bien, mientras que otros en su forma original o convencional no resultan previsiblemente dañinos. Esto reflejado de modo práctico se puede avizorar en un lapicero de punta fina,

este en su estado normal no es un objeto que pueda considerarse como atentatorio contra la salud, sin embargo, si este es empleado como un objeto punzocortante, definitivamente si es un bien peligroso, aunque la diferencia radica en que previsiblemente no es un bien que afecte la salud e integridad de los consumidores.

A todo derecho reconocido al consumidor se origina un deber impuesto a un proveedor, no siendo esta la excepción, identificándose que los proveedores de bienes y servicios deben de adoptar una serie de mecanismos de seguridad en los bienes que comercializan contenidos en los artículos 25 a 29 del cuerpo normativo de consumo, observando que el artículo 25 señala que : *Los productos o servicios ofertados en el mercado no deben conllevar, en condiciones de uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes*<sup>17</sup>. el artículo en mención reitera el deber de protección de la seguridad del consumidor y secunda que dicho deber de seguridad será diligente y se tendrá por cumplido si se cumple con el bien o servicio no represente un riesgo injustificado o que no pudo ser advertido, según las condiciones normales y ordinarias de uso del bien en el mercado, motivo por el cual nuevamente nos valemos de otro ejemplo como es el caso de un perfume, el cual en condiciones de uso normal, consiste en colocarse el líquido del perfume sobre el cuerpo de una persona y que no ocasione reacciones dermatológicas adversas al aplicarse sobre la piel, se habrá cumplido con el deber de seguridad, sin embargo si los consumidores empiezan a utilizar dicha líquido del perfume para ser bebido, entonces definitivamente este supone un riesgo a la salud, aunque dicho riesgo no le será reprochado al proveedor del perfume, porque el uso normal y previsible de este producto no es para ser utilizado como una bebida, sino que se impregna en el cuerpo y ropa.

El derecho a la seguridad en la salud e integridad física del consumidor también queda manifestado en las consideraciones legales contenidas en la norma de consumo, en el artículo 30 del Código de protección y defensa del consumidor, observando que la norma señala que: *Los consumidores tienen derecho a consumir alimentos inocuos. Los proveedores son responsables de la inocuidad de los alimentos que ofrecen en el mercado, de conformidad con la legislación sanitaria*<sup>18</sup>. Dicha norma regula la inocuidad de los alimentos, máxime que el mercado de bienes comestibles, como lo son

---

<sup>17</sup>Artículo 25 del Código de protección y defensa del consumidor

<sup>18</sup>Artículo 30 del Código de Protección y Defensa del Consumidor

los alimentos en sus diversas presentaciones, es uno de los rubros de mayor demanda, de tal forma que indiscutidamente los consumidores recurren a diversos proveedores para adquirir productos alimenticios y estos son ingeridos por el consumidor, de manera que la incidencia de estos en la seguridad y bienestar son notoriamente directos.

Es de repararse que conforme a la doctrina versada sobre los productos defectuosos, se aprecia que hay 3 tipos de defectos: defectos en la fabricación, defectos en el diseño y defectos en la información <sup>19</sup>, todos estos defectos son producto del fenómeno de la producción en masa, partiendo del episodio histórico de la revolución industrial, donde la producción en masa fue la revolucionaria tendencia comercial de fabricar productos de forma masiva, comercializando lotes considerables de diversos productos que fueron producidos a su vez por otras máquinas, sin embargo dicha producción masiva aparejó que las fallas y defectos también se incrementen, dando lugar a los 3 defectos principales antes reseñados, en los que el defecto en la fabricación hace referencia a deficiencias en la fase de producción del bien, el cual contiene deficiencias estructurales de fondo que afectan las características del producto, por otro lado los defectos en el diseño se producen no únicamente en un solo producto sino que afectan una serie de productos o lote de producción afectando el concepto de estos, es decir que el error es conceptual y distorsiona la idea primigenia de lo que debería de ser el producto y lo que realmente es , afectando su objetivo funcional. En cuanto al defecto de información este se produce en el error en la transmisión de información sobre las características del bien, así como su modo de uso, precauciones, advertencias, instrucciones, en la que por acción se brinda información que no es certera o por omisión no se entrega información que es relevante.

Estos 3 defectos de fabricación, información y diseño originados por la producción masiva de bienes, acarrear que los riesgos para la seguridad en la salud e integridad física del consumidor sean mucho mayores, en cualquiera de sus 3 dimensiones el defecto ataca directamente o a la salud o integridad del consumidor, por lo que la premisa básica y general es que los productos y servicios deben ser inocuos y no ser riesgosos según las condiciones de uso normal del bien. Ante tal panorama nuevamente el deber de seguridad del proveedor y el derecho del consumidor se ven reforzados por

---

<sup>19</sup>De Trazegnies Granda. *La Responsabilidad Extracontractual*, T. II, Lima, 2001, Pp.308

lo dispuesto en los artículos 26, 28 y 29 del Código de protección y defensa del consumidor, al prever que en caso el proveedor estime que hay riesgos sean previsibles o no previsibles, es que deben de adoptar inmediatamente las medidas de seguridad pertinentes mediante la comunicación de alerta de las posibles fallas, el retiro del mercado del bien, la difusión de la información a través de un lenguaje sencillo y que sea fácilmente accesible para mitigar los daños que puedan causarse. Tal situación podemos advertirla en los denominados Recall, que es el llamado a revisión que hace el proveedor de aquellos productos que presumiblemente presentan defectos sean de diseño fabricación, dado generalmente en el mercado de automóviles.

### **5.3 Derecho a la protección de sus derechos e intereses:**

El marco normativo dispensado a la protección del consumidor, así como la emisión de diversas leyes y cuerpos normativos especiales que estipulan otros derechos para los consumidores, bien sea reconociendo prerrogativas en favor de estos, o imponiendo obligaciones legales a los proveedores para que puedan comercializar bienes o prestar servicios de forma adecuada, es que todo ello debe de contar con un adecuado sistema legal que permita garantizar la seguridad jurídica y no quede únicamente plasmada en la teoría de la norma, puesto que la norma debe ser materializada a través de mecanismos legales tangibles que permite una adecuada defensa y protección del consumidor, lo cual desemboca en que ante el incumplimiento de alguna obligación por parte del proveedor dada en el marco de una relación de consumo, surge una controversia y dicha controversia debe ser resuelta a través de procedimientos legales, en los que el estado peruano debe poner a disposición de los administrados las herramientas legales que permitan acceder a dicho procedimiento para la resolución del conflicto<sup>20</sup>. Asimismo, en caso se trate de infracciones a la normativa de consumo que advierta de oficio Indecopi, igualmente se debe de contar con una estructura legal materializada a través de un procedimiento que permita corregir dicha situación e imponer medidas de corrección que salvaguarden el sistema de protección al consumidor.

En dicha línea se han orientado los artículos g) y h) de nuestro cuerpo legislativo de consumo al indicar primeramente que: *A la protección de sus derechos mediante*

---

<sup>20</sup>Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional Peruano en STC N ° 8957-2006-AA, Fundamento N° 8

*procedimientos eficaces, céleres o ágiles, con formalidades mínimas, gratuitos o no costosos, según sea el caso, para la atención de sus reclamos o denuncias ante las autoridades competentes.* Se destacan 3 elementos que sea un procedimiento célere, gratuito o no costoso y que sea conocido por autoridades competentes. Desmenuzando ello se aprecia que el Decreto Legislativo 807, sobre las facultades, normas y organización de Indecopi, señala los plazos para la tramitación de un proceso en materia de protección al consumidor y el TUPA de Indecopi señala que el plazo del trámite es de 120 días hábiles desde la fecha de interposición de la denuncia. Por otro lado, el artículo 126 del Código de protección y defensa del consumidor señala que existe la vía del proceso sumarísimo para la cual tiene como plazo el de 30 días hábiles desde la fecha de notificación de la resolución de cargos para emitir una resolución final de primera instancia, incluso el propio artículo 124 de la norma de consumo señala que los órganos resolutivos de procedimientos sumarísimos son creados para dar agilidad y celeridad a los procedimientos en materia de protección al consumidor.

Sobre la gratuidad o servicio no costoso, el Tupa de Indecopi regula tanto para los procesos iniciados ante la Comisión de protección al consumidor como para los órganos resolutivos de procedimientos sumarísimos que se debe de pagar una tasa de S/ 36.00, monto que no representa mayor gasto y que resulta conforme al artículo 44.1 y 45.1 de la Ley 27444, al establecerse que no puede cobrarse una tasa que no implique un gasto real para el administrado. Es preciso anotar que respecto de las apelaciones y recursos que pueda imponerse en el transcurso del procedimiento, ya el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado al respecto, indicando que en los procedimientos administrativos el cobrar una tasa por derechos de apelación u otro recurso supone una afectación al derecho de defensa, tal pronunciamiento ha sido verito en la sentencia del caso Salazar Yarlenque, recaído en el expediente Exp. N.º 03741-2004-AA/TC.:

*“Entendido como un derecho constitucionalmente reconocido, el debido procedimiento administrativo comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la Administración, bien mediante los mecanismos que provea el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el contencioso-administrativo o el propio proceso de amparo. En este último supuesto, el derecho de impugnar las decisiones de la Administración confluye con el derecho de acceso a la jurisdicción cuando no existan vías propias dentro del propio*



*procedimiento administrativo, o cuando estas se hayan agotado y causado estado en la decisión final de la Administración” (fundamento 19).*

*“El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la Administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y **menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica**” (fundamento 21, énfasis agregado).<sup>21</sup>*

En cuanto a la autoridad competente el artículo 2 literal d) y artículo 27 del Decreto Legislativo 1033, ley de organización y funciones del Indecopi, así como el artículo 125 del código atribuyen la potestad administrativa de resolver conflictos en materia de protección al consumidor, tanto a la comisión de protección al consumidor como a los órganos resolutivos de procedimientos sumarísimos, siendo que consientes de la naturaleza especial del derecho de protección al consumidor, el estado peruano ha otorgado facultades expresas a los entes antes señalados para que en virtud de la especialidad y pericia de sus funciones logren administrar justicia en materia administrativa través de un procedimiento administrativo ,reconociendo que Indecopi tiene competencia primaria para la resolución de conflictos de conflictos entre proveedor y consumidor, o afectaciones a los consumidores. Ello queda ratificado por lo dicho en el artículo 18 del precitado decreto legislativo el cual dispone que no podrá recurrirse ante el órgano jurisdiccional sobre aquellos asuntos atribuidos a la competencia de Indecopi en tanto no se haya agotado la vía administrativa previa y por vía previa se comprende obtener una resolución de la Sala respectiva de Indecopi, aunque dicho criterio no resulta literal puesto que igualmente se entenderá por agotada la vía previa si se obtiene una resolución final de segunda instancia, que no necesariamente será una sala sino que puede ser a nivel de comisiones, en el supuesto que el caso se inicie ante un órgano resolutivo de procedimientos sumarísimos.

---

<sup>21</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N.° 03741-2004-AA/TC, fundamento 19 y 21

Por su parte el artículo 1.1 literal H) de la normativa de consumo señala que los consumidores tienen: *h. Derecho a ser escuchados de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita.* A tal efecto la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional y recaída en el Exp. N.º 03741-2004-AA/TC sostiene que para delimitar el campo de la expresión interés de los consumidores y usuarios, se debe partir de la noción que estos se hallan en una situación de inferioridad respecto del proveedor, ocupando una posición desigual frente a su contraparte de la relación de consumo y que exige la intervención del estado: *13. De otro lado, este Colegiado ha sostenido que cuando la Constitución garantiza la defensa del interés de los consumidores y usuarios, está consagrando un derecho subjetivo que reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir del Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.<sup>22</sup>*

#### **5.4 Derecho a un trato justo:**

Respecto del derecho referido a un trato justo se observa que la noción legal del mismo se halla dispuesta en el artículo 1.1 literal d) que indica lo siguiente: *Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.* Nuevamente el derecho a un trato justo y equitativo es inspirado en un mandato constitucional, el cual es acotado por el artículo 2 de la carta magna, la cual establece que se tiene derecho a igualdad y a no ser discriminado, revelándose que la discriminación es un lineamiento normativo transversal que atraviesa diversos campos del derecho y el derecho de protección al consumidor no es ajeno a ello, razón por la cual se ha insertado expresamente que se proscribe la discriminación en las relaciones de consumo, sancionando las prácticas discriminatorias y reconociéndose que se debe dispensar un trato justo a los consumidores de los bienes y servicios. En el marco de las relaciones de consumo se observa que la interacción entre consumidores y proveedores arroja en determinados casos que estos últimos se niegan a contratar los bienes y

---

<sup>22</sup>Sentencia del tribunal constitucional recaída en el EXP. N.º 518-2004-AA/TC, fundamento 13.

servicios que ofrecen, o pretenden transar sobre ellos en condiciones y términos diferentes que los pactados con otros consumidores, cuando se presentan situaciones objetivamente iguales y en las cuales no hay razón para hacer distinciones sobre la forma, condiciones o alcances de la relación de consumo, obedeciendo tal negativa o condición diferente a causas subjetivas e injustificadas que se basan en razones de raza, sexo, orientación religiosa u otro motivo que no responden a una causa objetiva .<sup>23</sup>

Frente a tal situación, se exige que el estado asuma un rol activo que involucre la puesta a disposición de herramientas legales, y un programa de acciones positivas que permitan restablecer el derecho a la igualdad de aquellos sectores afectados por actos discriminatorios, máxime que las acciones positivas que tiene que desarrollar el estado son ratificadas por la normativa supranacional al a cual se halla adherido como país signatario, tales como el pacto por de los derechos económicos, sociales y políticos, así como al convención americana de derechos humanos. Entonces las denominadas acciones positivas son el accionar del estado para combatir la discriminación<sup>24</sup> y en materia de protección al consumidor, el propio Código de protección y defensa de consumidor desarrolla normas específicas que regulan dicho apartado. Tal es el caso de los artículos 38, 39 y 40 las cuales reiteran la obligación del proveedor de no efectuar discriminación por razón de ninguna índole durante las relaciones de consumo.

Ahora bien, es de verse que en determinadas ocasiones se excluye o impide el ingreso de consumidores a establecimiento o impidiéndoles la permanencia al interior del local, sin embargo, tal restricción únicamente debe obedecer a motivos de tranquilidad de los otros clientes o a por causas de seguridad del establecimiento.

La figura jurídica de prohibición de la discriminación en las relaciones de consumo, ha ameritado que el legislador utilice una distribución de la carga de la prueba especial para este tipo de casos, puesto que a efecto de tutelar el derecho al trato justo de los consumidores se observa que la probanza de una situación discriminatoria resulta compleja para el consumidor, ocurriendo que por la rapidez de los sucesos y la imprevisión de los mismos, no se suele contar con medios de prueba directos que acrediten el hecho discriminatorio en concreto, advirtiendo que los casos de discriminación en relaciones de consumo que tengan pruebas fehacientes y directas

---

<sup>23</sup> Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de los consumidores. Lima: Rodhas, 2012, página 244

<sup>24</sup> González Martín, Nuria. "El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas". Derecho & Sociedad, año 13, número 18, 2002. Lima, página 71

respecto de los sucesos son menores que la generalidad de casos en los que no se cuenta con tales medios de prueba, sin embargo la realidad nos informa que a pesar de la ausencia de medios de prueba directos, es que igualmente si ha existido la práctica discriminatoria y si se ha vulnerado los derechos de un consumidor, por lo que a efecto de corregir el desequilibrio probatorio y equiparar las disposiciones probatorias para ese tipo de casos, es que el artículo 39 del Código de protección y defensa del consumidor, fija reglas probatorias favorables para el consumidor en principio, al indicar que corresponde al consumidor acreditar que se ha producido el trato desigual, acreditado este trato desigual se invierte la carga probatoria y es ahora el proveedor quien deberá de acreditar que tal desigualdad se fundó en una causa objetiva y razonable, si el proveedor logra acreditar la objetividad y justifica el trato desigual, el consumidor deberá ahora de probar que en realidad ello es un pretexto.

Nótese que en la parte final del artículo 39 de la norma de consumo se indica literalmente que para los actos de discriminación en las relaciones de consumo es especialmente atendible el uso de indicios y de otros sucedáneos de los medios probatorios, lo cual enfatiza la naturaleza especial que asume la carga de la prueba en los actos de discriminación, puesto que precisamente la ausencia de medios de prueba directos resulta escasa en una cantidad considerable de estos casos, sin embargo los indicios y otros sucedáneos de la prueba si nos permiten acreditar que hubo una práctica discriminatoria, así por ejemplo en el supuesto que el consumidor X de rasgos afroperuanos desee ingresar a comer a un prestigioso y reconocido restaurant Y, y se le niega el acceso aduciendo que es solo para gente de raza blanca, en tal caso existe discriminación sancionable por la normativa de consumo, sin embargo el medio de prueba directo sería una grabación sea de audio o de video que capte el preciso momento de los sucesos, aunque ello no siempre resulta posible, no obstante si puede ocurrir que se cuente con indicios probatorios, tales como algún documento sea propagando o publicación en algún portal virtual en la que el restaurant Y diga que el público asistente debe ser acorde al modelo social del prestigio del local, sumado a ello que se cuente con testigos, agregándose que se cuente con un reclamo en el libro de reclamaciones y una respuesta en la que señalen que se reservan e el derecho de acceso de los clientes, y puede ocurrir que se cuente con denuncias de otros consumidores

sobre hechos similares, de tal forma que esa cadena de indicios nos permita formar convicción sobre la práctica discriminatoria.<sup>25</sup>

De allí, que los indicios considerados como aquellos hechos o circunstancias precedentes, posteriores o indirectamente vinculadas al objeto de la prueba<sup>26</sup> asuma un rol trascendente en la probanza de los actos de discriminación en perjuicio del consumidor y este énfasis probatorio especial es manifestación del derecho al trato justo que deben dispensar los proveedores y refuerza las posibilidades de acción tanto del estado como de los consumidores.

## **6. Noción básica del deber de idoneidad:**

El propósito de este apartado es dar las premisas básicas y conceptuales del deber de idoneidad que deben asumir los proveedores, en la medida que posteriormente se volverá a tocar el asunto y a explicarlo con mayor profundidad y vinculación con el tema de la presente investigación, sin embargo, resulta trascendente dar a conocer en que consiste el deber de idoneidad y cuáles son los criterios que acompañan dicha premisa. Señalando que el deber de idoneidad es un eje transversal que atraviesa todas y cada una de las prácticas de consumo que hay en el mercado, siendo una figura jurídica omnipresente en las diversas relaciones entre consumidores y proveedores, de tal forma que dicho deber de idoneidad es la obligación legal de mayor importancia que pueda observar un proveedor de bienes y servicios. La transcendencia de este deber radica en que independientemente de la figura jurídica específica en la que se desenvuelva la relación de consumo, es que igualmente el deber de idoneidad se hará presente, así por ejemplo aun cuando estemos frente a un supuesto de servicios educativos que son prestados deficientemente, o servicios inmobiliarios negligentes, o venta de productos comestibles que no son inocuos, es que en todos ellos subyace que el producto no fue idóneo.

En atención a lo mencionado, se debe partir señalando que la idoneidad es aquella correspondencia entre lo que un consumidor espera recibir y lo efectivamente recibido en función a los términos, condiciones, publicidad, así como según los usos, costumbre y normal uso del bien o servicio en el mercado, según lo indicado por el artículo 18 del

---

<sup>25</sup>San Martín Castro Cesar, "Derecho Procesal Penal", Editorial Grijley, Volumen II. Pág. 631.

<sup>26</sup>Dellepiane, Antonio. *Nueva Teoría De La Prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 2004., Pagina 231.

Código de protección y defensa del consumidor. Ello es que un producto es idóneo o cumple con el estándar de idoneidad cuando existe esa relación positiva de correspondencia o cumplimiento de expectativa del consumidor entre lo que le ofrecieron y lo que realmente obtiene, de forma que si la expectativa con la realidad ( lo que espera recibir y efectivamente recibido ) es idéntico, entonces si se cumplió con la idoneidad, no obstante si dicha relación de correspondencia es negativa, donde lo ofrecido no coincide con lo recibido, hay disparidad entre la expectativa con la realidad, entonces el producto no es idóneo . A lo cual el deber de idoneidad consiste en que el proveedor cumpla con entregar al consumidor el bien o servicio según lo que se ofreció en cantidad, características, precio, etc., debiendo el proveedor de cumplir con que exista esa coincidencia entre la expectativa de lo ofrecido y que ello coincida con lo efectivamente entregado al consumidor<sup>27</sup>, debiendo anotarse que la idoneidad y el deber de esta no radica en que se cumpla con todo lo que espera el consumidor sino que únicamente se limita a todo lo que el proveedor hubiera ofrecido y a lo que por ley está obligado, es decir cumplir con lo ofertado, lo negociado y lo contratado. <sup>28</sup>

Lo expuesto queda reflejado en las más diversas relaciones de consumo, tales como si un consumidor adquiere una botella de agua por un litro, esto es lo que espera recibir el consumidor y lo efectivamente recibido debe ser que en efecto que obtenga una botella de agua por un litro, en tal supuesto se cumplió con el deber de idoneidad, pues se cumplió con lo ofrecido según los términos de la transacción, ahora en caso que se entregue al consumidor una botella de agua con 800 mililitros, en tal caso el producto ya no es idóneo, se ha quebrado el deber de idoneidad, pues no hay coincidencia entre lo que se esperaba recibir y lo recibido, si se espera un litro y lo entregado fue 800 mililitros, es esa disparidad la que rompe el deber de idoneidad, para evaluar dicho deber de idoneidad es preciso recurrir al artículo 20 de nuestra norma de consumo el cual está íntimamente vinculado con el artículo 18 y 19.

## **7. Sobre las garantías del deber de idoneidad**

Para poder comprender como se evalúa la idoneidad bajo los términos del artículo 20 de la norma de consumo, planteemos 3 casos:

---

<sup>27</sup>: Espinoza, Juan Y Stucchi, Pierino (Curadores). Normas De La Publicidad. Comentarios – Precedentes Jurisprudenciales. Rodhas. Lima, 2006. P. 121.

<sup>28</sup> Northcote Sandoval Christian ; Criterios Del Indecopi Sobre El Deber De Idoneidad En Revista Actualidad Empresarial Edición N° 290, Paginas X-1 A X-4, Lima,2013

- Un consumidor de servicios financieros, que tiene una tarjeta de crédito, se ha percatado en su estado de cuenta que registra una serie de consumos por operaciones que él no reconoce haberlas efectuado, no habiendo extraviado su tarjeta de crédito, las operaciones son por montos que nunca anteriormente había registrado, en horas de la madrugada y a través de páginas web, incluso hace 4 meses que no utilizaba esa tarjeta de crédito, por lo que al reclamar el banco le informa que igualmente debe pagar esa deuda, puesto que si habría sido el consumidor quien realizó las operaciones.
- Un consumidor desea adquirir un terno que sea de tela casimir, de color azul, de determinadas medidas y que sea de una determinada marca, puesto que eso es lo ofrecido por el proveedor en la publicidad comercial del establecimiento, sin embargo, le entregan un terno de otro tipo de tela, que no corresponde a sus medidas y el terno es color negro.
- Un consumidor adquiere de una tienda por departamentos una refrigeradora, suscribiendo el contrato respectivo de compraventa, en el cual figura la garantía de reparación, los componentes de la refrigeradora, las instrucciones de uso entre otras cosas, sin embargo al operar la refrigeradora se percata que esta cumple con todas sus funciones, menos la función primordial de congelar los alimentos y al revisar el contrato advierte que en ningún momento se pactó que la refrigeradora debía de cumplir con la función de congelamiento de alimentos y bebidas.

Los tres supuestos planteados se encuadran en cada una de las garantías del artículo 20 del Código de protección al consumidor, ello es que en los casos descritos se observa que el bien o el servicio prestado no responde a la idoneidad y calidad exigida al proveedor, puesto que el consumidor no esperaba que le entregaran un terno que él no compró, ni tampoco esperaba que se le diera un refrigerador que no congela, ni tampoco que se le imputen deudas por consumos en su tarjeta de crédito que él nunca efectuó y lo efectivamente recibido fue todo lo que no esperaba. De allí que el artículo 20 señala que para evaluar la idoneidad se debe observar si el proveedor cumplió con 3 garantías: la garantía legal, la garantía expresa y la garantía implícita. Sobre la garantía legal del

artículo 20 literal a) de la normativa de consumo, esta dice que es aquella por la cual un proveedor no puede prestar un servicio ni comercializar un bien sin haber observado las normas legales concernientes a ello, en el extremo que debe de observar imperativamente las obligaciones fijadas por las leyes para que pueda vender un bien o realizar un servicio, y precisamente dicha garantía legal al ser una norma, se entiende que regula la relación de consumo aun cuando no se haya insertado en el contrato y no puede pactarse en contra de ella. Este es el caso del primer ejemplo propuesto anteriormente, en el que para prestar el servicio financiero de tarjetas de crédito, la Superintendencia de Banca Y seguros ha emitido una norma, la resolución SBS 6523-2013( reglamento de tarjetas de crédito y débito) la cual contiene una obligación legal para las entidades financieras, la cual es monitorear el patrón de consumo de sus clientes y ante operaciones inusuales debe de alertarlos y confirmar si ellos están haciendo dichas operaciones, en el caso descrito no se cumplió con ese deber legal y por tanto el servicio fue carente de idoneidad.

Sobre la garantía expresa contenida el artículo 20 literal b) del Código de protección y defensa del consumidor, esta se deriva de los propios términos y condiciones ofrecidos por el proveedor en el contrato, o en cualquier otro medio en el cual consten los términos y condiciones que el proveedor hubiera ofrecido, ello significa que la garantía expresa es aquella por la cual el proveedor está obligado a cumplir con lo ofrecido al consumidor y los términos de dicho ofrecimiento son los que se desprendieron de la voluntad del proveedor, quien informó al consumidor sobre las características y datos del producto o del servicio que presta y que quedaron plasmados en cualquier medio<sup>29</sup>, siendo precisamente garantías expresas por tal motivo. Dicho supuesto de garantía es el segundo ejemplo comentado anteriormente en el cual el propio proveedor, la tienda ofreció un terno azul, de determinada tela, y por determinada marca, constituyendo dichos términos la garantía expresa que debía de cumplirse, no obstante, al entregarse un terno de otras características, no se cumplió con la garantía expresa, y en consecuencia con el consumidor no hubo esa relación de correspondencia entre lo que esperaba recibir y lo efectivamente recibido, vulnerándose de esta forma el deber de idoneidad.

---

<sup>29</sup>Pierino Stucchi, José Antonio Bezada Alencastre, en el artículo Las garantías legales, explícitas e implícitas como parámetros del derecho a la idoneidad de los consumidores en el Perú en [https://works.bepress.com/pierino\\_stucchi/12/](https://works.bepress.com/pierino_stucchi/12/)( 20 de mayo de 2017)



Sobre la garantía implícita, esta se halla recogida en el artículo 20 literal c) de la norma de consumo, la cual señala que ante la omisión o silencio de los términos y condiciones del contrato o de lo pactado, se entenderá que un bien o un servicio responden a los usos previsibles y costumbre que tiene el bien o servicio normalmente en el mercado, conforme a los usos y costumbres del mercado, dicho tenor también es recogido en el artículo 18 del cuerpo normativo analizado cuando indica que : *La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.*<sup>30</sup> La entonces Sala de defensa de la competencia señaló lo siguiente en la Resolución N ° 3125-2011/SC2-INDECOPI: *En lo concerniente a la prestación de servicios de lotería, se ha considerado que la omisión del pago inmediato del premio obtenido por un consumidor afectó la garantía implícita de un juego de loterías instantáneo, pues lo que un consumidor esperaría razonablemente luego de ganar un juego instantáneo es cobrar inmediatamente, pese a que dicha inmediatez en el pago no se encuentre prevista en un contrato.*<sup>31</sup> Es así que la garantía implícita opera cuando no se ha pactado expresamente una condición pero la misma se desprende según los usos y costumbres del mercado.

Es preciso indicar que una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía implícita ni explícita, asimismo la garantía explícita prima por encima de la garantía implícita, ello es que no se puede pactar expresamente que no se va aplicar una norma imperativa o se va aplicar de otra forma, aun cuando ambas partes de la relación de consumo lo acuerden. Si el proveedor informó o se pactó alguna limitación o restricción respecto de algún producto o servicio y este si cumple con el dato que el proveedor informo que se hallaba restringido es que prima lo pactado, tal es el caso de una radio que funciona con Antenas, por ser lo usual en el mercado, sin embargo, si el proveedor informa que la radio no viene con antenas y solo funciona con audífonos es que no podrá oponérsele la garantía implícita.

## **8. El Rol del Indecopi en el sistema de protección al consumidor:**

---

<sup>30</sup>Artículo 18 del Condigo de protección y defensa del consumidor

<sup>31</sup>Resolución N ° 3125-2011/SC2-INDECOPI emitida por la Sala de defensa de la competencia de Indecopi, fundamento 28.

Habiendo revisado las nociones básicas de protección al consumidor, corresponde ahora enfocarnos en otro actor de la relación de consumo, el cual únicamente intervine en determinadas escenas y su participación más que de actor, es la de ser un tercero supervisor y fiscalizador del vínculo consumidor- proveedor. Dicho papel le esta atribuido al estado peruano quien actúa como un tercero encargado de la supervisión, fiscalización, y corrección de aquellas prácticas que resulten vejatorias a las normas de consumo, de tal forma que el estado peruano interviene en el mercado conociendo de aquellas presuntas infracciones a la normativa de protección al consumidor, imputando cargos por dicha infracción, tramita e instruye el procedimiento para finalmente emitir un pronunciamiento final que determine si existe o no una infracción al código de consumo, de ser el caso que existe una infracción el estado se halla facultado para sancionar al proveedor infractor , a efecto de disuadir la comisión dela infracción y como castigo por haber vulnerado la normativa, que en suma corrijan la actuación del proveedor mediante un estímulo negativo e impone medidas correctivas como estímulo positivo para que corrijan la situación afectada en concreto. Tal tarea ha sido atribuida al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad intelectual quien asume competencia primaria para velar por la protección al consumidor a través de sus entes respectivos, ello es los órganos resolutivos sumarísimos en sus diversas oficinas regionales, así como las comisiones de protección al consumidor y la Sala Especializada en materia de protección al consumidor, tal competencia para conocer de dicha materia la hallamos en el Decreto Legislativo 807, Decreto Legislativo 1033 y el propio Código de Protección y defensa del consumidor.

Queda claro entonces que La visión y misión de Indecopi en el marco del sistema de protección al consumidor será la de corregir el mercado, sancionando las infracciones, y reparando las consecuencias aparejadas por la comisión de esa infracción

## **9. Naturaleza del procedimiento administrativo de protección al consumidor:**

Partamos definiendo lo que supone un procedimiento administrativo, a tal razón el artículo 29 de la Ley del Procedimiento administrativo general , ley 27444 aporta una definición legal del mismo indicando en su tenor literal lo siguiente: **Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo:** *Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades,*

*conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.*<sup>32</sup> .Se denota que el procedimiento administrativo es la realización progresiva y sucesiva de diversos actos y gestiones conducidos, instruidos y resueltos por la autoridad administrativa competente cuyo destino es emitir un pronunciamiento referidos a los derechos y obligaciones de los administrados, siendo que esta secuencia de actos tiene por fin la emisión de un determinado acto administrativo que incida precisamente sobre la esfera de derechos de los sujetos del procedimiento.<sup>33</sup> No obstante, el procedimiento administrativo si bien es cierto es el conjunto de actos y diligencias tramitadas por la administración en el marco de sus actuaciones, es que no solo se limita a la parte procedimental sino que se halla sujeta también a los principios rectores del derecho administrativo.<sup>34</sup>

Antes de ingresar a analizar la naturaleza jurídica del procedimiento administrativo tramitado ante INDECOPI en el marco del sistema de protección al consumidor, debe anotarse que es preciso identificar a los actores de este procedimiento administrativo debiendo de recurrir nuevamente a lo informado por la Ley del procedimiento Administrativo General, que en su artículo 59 distingue a 2 sujetos del procedimiento: los administrados y la administración. Los administrados son todas aquellas personas naturales o jurídicas que participen en el procedimiento, agregándose que cuando las entidades de derecho público también son susceptibles de ser consideradas como sujetos de un procedimiento administrativo sin embargo al actuar en tal calidad se sujetan a los derecho y deberes que otros administrados en igualdad de condiciones, no teniendo ningún privilegio ni favor o consideración especial por su condición de entidades públicas sino que actúan como un administrado ordinario. Sobre este caso consideramos que la definición más apropiada serían la de todas aquellas personas naturales o

---

<sup>32</sup>Artículo 29 de ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

<sup>33</sup> Gordillo, Agustín, El acto administrativo (Noción. Nulidades. Vicios. Los actos de gobierno), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 50 y ss

<sup>34</sup> 2 Mans Puigarnau, Jaime M., Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del tribunal supremo de justicia, Barcelona, Bosch, 1979, p. XXX.

jurídicas sean de derecho privado o derecho público son sujetos de un procedimiento en tanto participen en él<sup>35</sup>.

Para el caso de entidades de la administración pública, hallamos que en el marco de un procedimiento de protección al consumidor los administrados pueden ser una persona natural o jurídica de derecho privado frente a un proveedor que tiene calidad de entidad del estado como es el caso del conflicto de un consumidor de servicios financieros que reclama ante el Banco de la Nación quien actúa como un proveedor, pero es una entidad de la administración pública.

El segundo sujeto del procedimiento sería la administración, quien conforme al artículo 59 literal b) de la ley 27444 es toda aquella entidad del estado que independientemente de su régimen jurídico y en el marco de sus facultades es la que se encarga de dirigir el procedimiento, sea iniciándolo, investigando, tramitándolo, impulsándolo, resolviendo y ejecutado, o que realizan cualquier otra diligencia gestión conducente a la tramitación del procedimiento administrativo. Subrayándose que la administración no necesariamente debe ser una entidad del estado como tal, sino que despliegue potestades atribuidas también por el estado, tal es el caso de las entidades de derecho privado que en virtud de la concesión, delegación o autorización de parte del estado cumple con alguna función administrativa como es el caso de los colegios profesionales.<sup>36</sup>

Extrapolando los conceptos de procedimiento administrativo y sujetos del procedimiento contenidos en la Ley del procedimiento administrativo general, y trasladando estos al sistema de protección al consumidor, observamos que el procedimiento de protección al consumidor será aquel conjunto de actos, diligencias y gestiones conducidas por las entes de protección al consumidor de Indecopi que emitirán un pronunciamiento sobre los derechos en conflicto de los administrados, siendo que los administrados que participan como sujetos son el consumidor y el proveedor en la posición de administrados y la administración será ocupada por las autoridades resolutorias de protección al consumidor. Teniéndose presente que los

---

<sup>35</sup>MORAGA KLENNER, C. «La actividad formal de la administración del Estado». En Rolando Pantoja (coordinador). Tratado de Derecho administrativo. Tomo VII. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010, pp. 195 y siguientes

<sup>36</sup> Maravì Sumar Milagros, Sobre La Ley del procedimiento Administrativo General, libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde, Milagros Maravì Sumar, Editorial Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2009, página 22.

procedimientos administrativos referidos a la protección al consumidor serán desenvueltos en el marco de un consumidor o grupo de consumidores afectados por la vulneración a la normativa del código de consumo quienes denunciaran tal hecho ante la administración, o la administración de oficio iniciará un procedimiento a efecto de resolver dicha controversia.<sup>37</sup>

Habiendo definido a los actores del procedimiento administrativo en materia de protección al consumidor es pertinente determinar la naturaleza jurídica de dicho procedimiento, para lo cual es imperativo recurrir al artículo 107 de la norma de consumo : *Artículo 107.- Postulación del proceso Los procedimientos sancionadores se inician de oficio, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del que potencialmente pudiera verse afectado, o de una asociación de consumidores en representación de sus asociados o apoderados o en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores*<sup>38</sup>. Por otro lado, la Directiva N°005-2017/DIR-COD-INDECOPI (Directiva que regula el procedimiento sumarísimo en materia de protección al consumidor previsto en el Código de protección y defensa del consumidor) señala que:*4.1.1. El Procedimiento Sumarísimo se inicia de oficio como consecuencia de una denuncia de parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 del Código. Asimismo, se inicia de oficio como consecuencia de las infracciones referidas en los artículos 5 y 7 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, aprobada por Decreto Legislativo 807.*<sup>39</sup>

El procedimiento según las normas precitadas se inicia de parte o de oficio siendo que un procedimiento administrativo tiene esta naturaleza, es el ser accionado por un interesado que es de parte o que la propia autoridad administrativa de oficio sin necesidad que un tercero lo promueva sea ella quien directamente inicie un procedimiento, sin embargo, existe una tercera naturaleza o categoría de procedimiento administrativo, denominada procedimiento trilateral. El procedimiento trilateral es aquel en el cual ya no está únicamente un administrado frente a la administración, donde no hay contención entre partes, sino que ahora intervienen dos o más administrados

---

<sup>37</sup>Peláez YpanaquéRodrigo, en artículo La naturaleza del procedimiento de protección al consumidor del Indecopi y la oportunidad de desistimiento en aquel, *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho N.º 45, 2014, página 217.

<sup>38</sup>Artículo 107 del Código de protección y defensa del consumidor

<sup>39</sup>Artículo 4.1.1 de Directiva N°005-2017/DIR-COD-INDECOPI

enfrentados entre ellos, o con derechos en conflicto quienes recurren ante la autoridad administrativa para que resuelva el conflicto en particular de los involucrados<sup>40</sup> pero al advertir que dicho conflicto deriva de la vulneración de la normativa también que despliegue su potestad sancionadora y actúa como estado sancionado las vulneraciones a la norma.<sup>41</sup>

Es propicio indicar que la propia ley 27444 regula los aspectos generales del procedimiento administrativo trilateral, al indicar en el artículo 227 que indica lo siguiente: *227.1 El procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración y para los descritos en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la presente Ley. 227.2 La parte que inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación será designada como “reclamante” y cualquiera de los emplazados será designado como “reclamado”*<sup>42</sup>. Entonces la interrogante a plantearse es si el procedimiento administrativo de protección al consumidor conducido por Indecopi es un procedimiento administrativo de parte, de oficio o es un procedimiento trilateral y determinar de qué forma ello se vincula con el eximente de responsabilidad introducido por el Decreto legislativo 1308 sobre subsanación de la conducta infractora con anterioridad a la imputación descargos.

Sobre el particular tenemos que un procedimiento es de oficio ante Indecopi, cuando la autoridad de consumo realiza investigaciones de su propia voluntad, sin haber mediado una denuncia de parte y fiscaliza por ejemplo el cumplimiento de la implementación del libro de reclamaciones, si halla a un proveedor que no cuenta con el respectivo libro, entonces procederá a iniciar el procedimiento administrativo sancionador de oficio entre la administración (Indecopi) que imputa cargos y el administrado infractor (el proveedor). El procedimiento sería de parte si un consumidor recibe un producto o servicio defectuoso y el proveedor no cuenta con el libro de reclamaciones y por ello decide denunciar ante Indecopi tal circunstancia, en tal caso el procedimiento es iniciado a pedido de parte, sin embargo en este último caso se aprecia que hay dos

---

<sup>40</sup> Tirado Barrera, José Antonio, Función y posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador: Reflexiones críticas sobre el llamado trilateral-sancionador. En: Derecho Administrativo en el Siglo XXI. Volumen I. Libro de ponencia del XII Congreso Internacional de Derecho Administrativo, página 633, 2013

<sup>41</sup> Espinoza Espinoza, J, Circulación de los modelos jurídicos de la responsabilidad civil en la tutela administrativa de los derechos del consumidor. Actualidad Jurídica, 197. Lima: Gaceta Jurídica

<sup>42</sup> Artículo 227 de la ley 27444, 2010

administrados en conflicto y un tercero imparcial e independiente que resolverá dicho conflicto, pero quien también velara por el cumplimiento de la normativa de consumo, siendo este último caso el del procedimiento administrativo trilateral.

No obstante, hay opiniones que señalan que el procedimiento en materia de protección al consumidor si bien es cierto es trilateral, este no sería sancionador es decir el estado no debe desplegar su potestad sancionadora si se da el caso de un trilateral, así las cosas, se menciona por ejemplo que: *Ahora bien, la parte que inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación se denomina reclamante y cualquiera de los emplazados será designado como reclamado [...]. Es necesario señalar que en el ámbito de los procedimientos seguidos ante el Indecopi se hace referencia a denunciante y denunciado cuando en puridad dichos procedimientos, en su mayoría, son de naturaleza trilateral y no sancionadora, como por ejemplo los procedimientos seguidos ante la Comisión de Protección al Consumidor.*<sup>43</sup>

La interrogante a formularnos es: ¿estamos frente a un procedimiento sancionador de oficio o un procedimiento de parte, o es un procedimiento trilateral en el cual subiste la potestad sancionadora del estado? A tal efecto es relevante estimar lo señalado por el Expediente 0013-2012-PI/TC: 4. *La segunda justificación esgrimida fluye de la defensa del interés de los usuarios, establecida en el artículo 65 de la Constitución según el cual “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”. La norma prescribe un derrotero jurídico binario que se constituye como un principio rector para la actuación del Estado frente a cualquier actividad económica, y como un derecho personal y subjetivo de los consumidores y usuarios que requieren del Estado una determinada actuación defensiva (STC 0008-2003-PI/TC; STC 1865-2010-PA/TC). Este mandato, proveniente de la naturaleza del Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), tiene como fin la búsqueda del bienestar general y el equilibrio ponderado de los agentes económicos (STC 3315-2004-AA/TC). El Estado mantiene con los consumidores o usuarios no sólo la obligación genérica de garantizar sus derechos a la información, salud y seguridad, sino también otros de naturaleza análoga, tales como la expedición*

---

<sup>43</sup>Guzmán Napurí, C. Tratado de la Administración Pública y del procedimiento administrativo. Lima: Caballero Bustamante, pagina 533, 2011.

*de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales (STC 0858-2003-AA/TC), criterio recogido en el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor.<sup>44</sup>*

No obstante lo comentado existen posiciones que sustentan que el rol del consumidor en aquellos procedimientos en materia de protección al consumidor no son el de una parte, sino que intervienen en calidad de tercero coadyuvante de tal forma que sin ostentar la categoría jurídica de parte procedimental si sería un interesado en el resultado del procedimiento y es por dicho interés que intervienen coadyuvando a la resolución del mismo, que participa brindando su apoyo y colaboración, de tal forma que sin llegar a ser independientemente una parte si tiene interés en la causa y es por dicho interés que es un sujeto que colabora al desarrollo del proceso, pretendiendo que el consumidor sea ese tercero coadyuvante que al verse afectado tiene interés en que se resuelva el conflicto.<sup>45</sup>

De lo revisado se observa que el procedimiento administrativo, se erige como un procedimiento por el cual no solo la administración otorga derechos a los administrados, o acoge las peticiones de estos para otorgar autorizaciones, o vistos buenos para la realización de un determinado acto, sino que su labor también se orienta a fiscalizar, vigilar, controlar y evaluar el cumplimiento de las normas imperativas dictadas por el estado peruano, de tal forma que en el marco de esas facultades de control, es que la administración puede hallar el incumplimiento del marco normativo por parte de los particulares o entidades públicas, incluso quienes contravienen con su conducta las obligaciones legales que debían de observar, ante lo cual surge la otra dimensión del procedimiento administrativo, la cual es corregir el mercado mediante el remedio de la infracción, todo ello canalizado a través del respectivo procedimiento, en el cual la Administración conmina al administrado para que este deje de vulnerar la norma<sup>46</sup>, ergo

---

<sup>44</sup>Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente 0013-2012-PI/TC, fundamento 4.

<sup>45</sup>Ledesma Narvaez, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I. Gaceta Jurídica. 3° edición. Febrero, pagina 236, 2011

<sup>46</sup>Corrientes Córdova, J. A. La protección de los consumidores en Europa Comunitaria: De los tratados fundacionales al de la Unión Europea (Maastricht). En Estudios sobre el derecho de consumo. (2.a ed.). Bilbao: Iberdrola, 1994, pagina8



que ya no cometa la infracción y de esta forma que cesen los daños potenciales o futuros.

Esa segunda dimensión del procedimiento administrativo, de controlar y corregir la conducta del administrado infractor, corrige las fallas en el mercado, corrigiendo las desviaciones y distorsiones en el mismo, y ello es lo que motiva el surgimiento del proceso administrativo sancionador<sup>47</sup>. No obstante el procedimiento sancionador es básicamente un esquema de crimen y castigo, tal como la renombrada obra literaria, la Administración al percatarse que alguien ha contravenido alguna norma, comisión del crimen, y comprobado dicho crimen, previos descargos del acusado, debe imponer una sanción sea esta pecuniaria o de otra naturaleza para reprender al infractor por la vulneración a la norma, y desincentivar la comisión de otras infracciones en el futuro y como refuerzo negativo para que deje de cometer la infracción y refuerzo positivo para que ajuste su conducta a derecho, aparte de dictar las medidas correctivas que corresponda puesto que la infracción puede haberse materializada en afectaciones concretas que ameriten ser corregidas. Lo indicado puede exponerse en el caso referido a la exhibición de la lista de precios, en tanto según el artículo 5 del Código de protección y defensa del consumidor, impone la obligación legal de los proveedores de exhibir la lista de precios de sus bienes y servicios, constituyendo esa la obligación contenida en una norma jurídica, sucediendo que un establecimiento no exhibía los precios de sus productos, entonces el procedimiento administrativo sancionador se alza como la herramienta del estado para corregir esta falla en el mercado, puesto que hay una norma imperativa que se está transgrediendo y con ella se afecta el mercado al no existir información esencial, y de vital relevancia como es el precio del bien, máxime que la propia constitución en su artículo 65 garantiza el acceso a la información de los bienes que hay en el mercado, entonces existe una falla en el mercado y el estado actúa a través del procedimiento administrativo sancionador emitiendo un juicio de reproche, el no exhibir la lista de precios y por tal crimen se impone un castigo, asumamos que sea 1 UIT, en tal caso se cumple con desincentivar la comisión de dicha infracción,

Del ejemplo mostrado en el párrafo anterior, se identifica que el procedimiento sancionador corrige la distorsión en el mercado imponiendo una sanción que

---

<sup>47</sup> Gómez Apac, H. . El procedimiento trilateral: ¿cuasijurisdiccional? Revista de Derecho Administrativo, pagina 10. Derecho de la Competencia. Lima: Círculo de Derecho Administrativo,2011

desincentive la comisión de la infracción, la sanción en este supuesto actúa como refuerzo negativo para que el proveedor conozca que si no exhibe los precios de sus productos deberá pagar una multa y para no pagar dicha multa deberá de no cometer la infracción y en ese momento que opera el refuerzo positivo en la medida que el proveedor procederá a exhibir sus precios para evitar la multa, y aparejado a ello se dictan medidas correctivas de la infracción, ordenándose al proveedor que cumpla con informar sobre los precios de los productos que fueron objeto del procedimiento. En tal caso se observa cómo funciona la premisa del procedimiento administrativo sancionador, mediante la lógica del crimen y castigo. Sin embargo, ocurre que el procedimiento administrativo ostenta un tercer matiz que sin desnaturalizar o viciar de contenido la esencia de un procedimiento sancionador, si incorpora un matiz propio, dicha tercera manifestación se da a través del comentado procedimiento administrativo trilateral, en el cual aún subyace la potestad sancionadora del estado, pero además se resuelve un caso en particular.<sup>48</sup>

Si en un procedimiento administrativo sancionador, los sujetos intervinientes son la Administración como fiscalizador, acusador y sancionador frente a un administrado, y de otra parte un administrado como infractor, se observa que el procedimiento administrativo trilateral ya no se remite a estos 2 actores, sino que interviene una tercera persona o más de ser el caso, en el extremo que dicho procedimiento trilateral involucra un conflicto de intereses y derechos entre 2 o más administrados quienes ocupan posiciones antagónicas, debido a que entre ellos existe una disputa derivada de la vulneración de alguna norma y en virtud a tal conflicto requieren que la autoridad administrativa intervenga como resolutor<sup>49</sup>, de tal forma que los administrados en conflicto ocupan el rol de reclamante y reclamado, o denunciante y denunciado, en la que el denunciante ha visto menoscabados sus derechos debido a una acción u omisión del denunciado, quien debía de haber actuado conforme al ordenamiento jurídico para no menoscabar tales derechos y ante tal incumplimiento es que el denunciante decide

---

<sup>48</sup>Rojas Leo, Juan Francisco. “¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo derecho administrativo en el Perú? Reflexiones en torno a la próxima entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: Autores varios. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Ara Editores, pagina 650,2010.

<sup>49</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. Lima, Gaceta Jurídica, pagina 526, 2011

recurrir ante la administración<sup>50</sup> para que esta conozca del conflicto y emita un pronunciamiento que resuelva la controversia, de tal forma que la parte reclamante es un administrado quien acciona de parte el procedimiento, al ser esta quien mediante escritos, y ofrecimiento de medios de prueba denuncia la transgresión del ordenamiento jurídico y es la administración quien recibe tal denuncia y procede a instaurar un procedimiento administrativo en contra del reclamado.

Reparemos que en principio, este procedimiento administrativo trilateral involucra que se hallen en conflicto 2 o más administrados con derechos contrapuestos, y es la administración quien resolverá dicho conflicto<sup>51</sup>, sin embargo tal facultad resolutoria de una litis particular no enerva en modo alguno la naturaleza sancionadora ni su rol de fiscalizador- sancionador por el incumplimiento de normas legales, puesto que el matiz del procedimiento administrativo sancionador se mantiene, ya que si bien es cierto que en este caso la infracción normativa no fue descubierta por la administración, sino que fue un administrado quien comunico ello y sustento sus argumentos, es que igualmente la autoridad ahora verifica si en efecto se ha incumplido con la normativa considerando lo alegado por el reclamante y por las actuaciones probatorias que esta ordene, de tal forma que una vez se haya formado convicción sobre la comisión de la infracción procederá a imponer la sanción respectiva, habida cuenta que en efecto el administrado reclamado a contravenido el marco jurídico y como consecuencia de ello ha generado una distorsión en el mercado, ocasionando fallas en el mismo cuando debía de haber cumplido con el ordenamiento legal y procede tal como si fuera un procedimiento sancionador<sup>52</sup>.

Aunque al tratarse una controversia particular también debe de ocuparse de corregir la infracción cometida, de tal forma que vista la afectación particular del administrado denunciante debe de otorgar las medidas correctivas en favor de este. De tal suerte que siguiendo el ejemplo planteado puede ocurrir que una persona A decida recurrir a una tienda de ropa, la tienda B, y verifique que esta no exhibe sus precios, es decir que no cumple en ningún extremo con lo dispuesto por el artículo 5 del Código de protección y

---

<sup>50</sup> Rosenberg, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil, Volumen I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, pagina 211, 1955

<sup>51</sup> Gonzales Navarro. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tercera edición, Madrid, Civitas, página 1778,2004

<sup>52</sup> Danós, Jorge. "Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública". En: Ius et Veritas N° 10. Revista editada por estudiantes de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, julio 1995 pagina 861-862.

defensa del consumidor habida cuenta que en ninguna de las prendas de vestir ha consignado los precios de los productos, por lo que constantemente tiene inconvenientes para pagar el precio de una prenda, ya que unilateralmente varían los precios de forma constante, razón por la cual decide interponer una denuncia ante la autoridad de protección al consumidor de Indecopi, para lo cual interpone un escrito de denuncia señalando los fundamentos de hecho y derecho, adjuntando los medios de prueba que acrediten la infracción y solicita que cumpla con informar los precios de sus productos para que el denunciante pueda tomar una decisión de consumo, recordándose que el reclamado es la tienda denunciada.

Ante ello se observa que será la administración a través del órgano de consumidor de Indecopi quien evaluará si se ha cometido o no la infracción, pudiendo valerse de los medios de prueba del denunciante u ordenando otras diligencias probatorias, y si finalmente confirma que se ha cometido una infracción a la norma procederá resolver el conflicto de intereses entre los administrados, otorgando una medida correctiva para ese caso en particular y por ende concediendo el derecho al denunciante y conminando al denunciado a que le informe sobre los precios de sus productos, sin embargo también impondrá la sanción <sup>53</sup>para desincentivar la conducta infractora y que está ya no vuelva a ser cometida en el futuro, puesto que la norma incumplida era una obligación legal de observancia obligatoria, que el estado vigila en su cumplimiento y debe corregir esa falla del mercado por lo que también se impone una sanción.

Atendiendo a lo dicho, es preciso reparar en lo expuesto por la Sala especializada en protección al consumidor que señala en la resolución 3448-2012/SPC-INDECOPI : 18. *En ese escenario, la acción del particular, es decir de un consumidor en la iniciación del procedimiento sancionador y el hecho de que pueda canalizar una pretensión de resarcimiento particular, no menoscaba ni resta al hecho de que dicha intervención particular es también una forma en que la autoridad toma noticia directa de un acto contrario al cumplimiento de la ley que, precisamente, por tratarse de una infracción que viola o desconoce el mandato legal que la administración tiene confiado cautelar en su cumplimiento, no le pertenece ya al denunciante y, más bien, forma parte del deber ineludible de intervención al que está obligada la autoridad de conformidad con*

---

<sup>53</sup> Moisset de Espanés, Luis. "Sanciones conminatorias o "astreintes". En: Actualidad Jurídica, Suplemento mensual de Gaceta Jurídica, N° 113, página 48,2003

*lo dispuesto en el artículo 63° inciso 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General*<sup>54</sup>.

De lo revisado, y antes de proceder a dar una respuesta definitiva a la interrogante sobre la naturaleza de un procedimiento administrativo en protección al consumidor, se observa que el procedimiento trilateral implica tanto la resolución de la disputa entre proveedor con un consumidor como reclamante y reclamado, así como la manifestación del estado quien emite ese juicio de reproche al proveedor y le impone la sanción pertinente del caso para corregir su conducta en el mercado, siendo que ambas dimensiones de sancionador y el inicio del proceso de parte, subyacen en el procedimiento trilateral, por ello se manifestó que este tipo de procedimiento no desvirtúa ni desnaturaliza el carácter del procedimiento administrativo sancionador sino que ambos coexisten.

Es así que el procedimiento administrativo en materia de protección al consumidor es un procedimiento trilateral, que puede ser iniciado de parte aunque también es un procedimiento sancionador en el cual el estado despliega su potestad punitiva al verificar que el proveedor ha incurrido en alguna practica que contravenga a las normas de consumo, de tal forma que una siendo un procedimiento de parte en el cual se disputa un conflicto de intereses particulares también el estado actúa en su rol de corrector y sancionador<sup>55</sup>, subsistiendo la naturaleza sancionadora del estado en el procedimiento trilateral. De tal forma que el accionar de la autoridad de protección al consumidor no se limita únicamente a otorgar medidas correctivas reparadoras de la infracción para el consumidor afectado sino que en su rol de fiscalizador del mercado ,corrige la conducta del proveedor mediante una sanción que evite que este en el futuro cometa la infracción, teniendo la sanción un efecto disuasivo y así para evitar la multa evitara cometer la infracción o cuando menos empleara mayores medidas para evitarla y reducir las ocasiones en las que cometa la infracción.

A mayor abundamiento las propias normas emitidas por la autoridad de consumo para regular el procedimiento sumarísimo en protección al consumidor han señalado lo siguiente: *Directiva N° 004-2010/DIR-COD-INDECOPI, Reglas Complementarias*

---

<sup>54</sup>Resolución 3448-2012/SPC-INDECOPI expedida por la Sala Especializada de protección al consumidor de Indecopi, fundamento 18.

<sup>55</sup> Ossa Arbelaez, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía. Colombia, Editorial Legis, pagina 126, 2000

*Aplicables Al Procedimiento Sumarísimo En Materia De Protección Al Consumidor*, 4.3.1. *El Procedimiento Sumarísimo se inicia de oficio, por denuncia de parte, lo que le otorga una condición trilateral que no altera la naturaleza sancionadora de dicho procedimiento.*<sup>56</sup>Incluso la Directiva 075-2017-INDECOPI/COD señala que **4.1. Postulación del Procedimiento Sumarísimo: 4.1.1. El Procedimiento Sumarísimo se inicia de oficio como consecuencia de una denuncia de parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 del Código. Asimismo, se inicia de oficio como consecuencia de las infracciones referidas en los artículos 5 y 7 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, aprobada por Decreto Legislativo 807.<sup>57</sup>**

Máxime que de los propios pronunciamientos vertidos por la autoridad de consumo se observa que estos hacen referencia directa a que los procedimientos en materia de protección al consumidor son procedimientos trilaterales, a modo de ejemplo se observa que en reiteradas oportunidades el consumidor denunciante suele interponer recurso de apelación en contra de la resolución final de primera instancia, cuestionando que la multa impuesta resulta ser muy leve y que debe de imponerse una multa más gravosa, sin embargo dicho recurso de apelación es improcedente puesto que no le corresponde al consumidor cuestionar la cuantía de la multa ya que esta es la manifestación del estado en su ejercicio de potestad sancionadora y cita el artículo 227.1 de la ley 27444 que regula los recursos impugnativos en el caso de procedimientos trilaterales, indicando que al ser un procedimiento trilateral pero también sancionador, es que solo puede recurrirse aquellos actos sujetos a la esfera de dominio del consumidor, más no los que corresponden al estado, a tal razón se observa que la RESOLUCIÓN 0925-2017/SPC-INDECOPI expresa lo siguiente : 13. *En el régimen general de los recursos impugnativos de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General también se contempla el requisito del interés legítimo para habilitar a los administrados a impugnar, en particular en el capítulo que regula los procedimientos , similares al presente procedimiento en lo que respecta a la pretensión de los denunciantes frente a la denunciada el artículo 227.1 de Ley 27444 dice que Contra la resolución final recaída en un procedimiento trilateral expedida por una autoridad u órgano sometido a*

---

<sup>56</sup>Artículo 4.3.1 de Directiva Nº 004-2010/DIR-COD-INDECOPI

<sup>57</sup> Artículo 4.1.1 de Directiva 075-2017-INDECOPI/COD

*subordinación jerárquica, sólo procede la interposición del recurso de apelación. De no existir superior jerárquico, sólo cabe plantear recurso de reconsideración*<sup>58</sup>

Bajo los considerandos precedentes, es posible afirmar que el procedimiento administrativo en protección al consumidor es un procedimiento trilateral, en el cual conviven tanto la potestad sancionadora del estado para reprender al infractor, como el legítimo interés del consumidor afectado que goza de un derecho y reclama su restablecimiento para ese caso en particular. Es así que identificada dicha naturaleza esta nos permite vislumbrar que el procedimiento no únicamente tiene por objeto reparar las consecuencias patrimoniales sufridas por el consumidor, ello es que no solo tiene por finalidad verificar si debe o no otorgarse medidas correctivas, sino que también se conserva la potestad sancionadora del estado, por lo que el eximente de responsabilidad insertado en el artículo 108 literal f) del Código de protección y defensa del consumidor, acuñado bajo la subsanación de infracciones con anterioridad a la imputación de cargos como eximente, es una medida legislativa errónea que desvirtúa completamente la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador en materia de defensa del consumidor, puesto que parte de la premisa errada que el proceso debe archivarse y ser improcedente la denuncia por haberse reparado la infracción, pero ¿y dónde queda la sanción del estado?.

En efecto, la subsanación de la infracción antes de imputarse cargos no debería ser considerada como un eximente de responsabilidad, habida cuenta que la infracción cometida no únicamente involucra la dimensión trilateral del procedimiento, ello es que no solo importa que verificada la infracción se corrija esta para reestablecer el derecho del consumidor afectado que promovió la denuncia, sino que también el matiz sancionador se hace presente pues el estado debe imponer la sanción que corrija la conducta para evitar que este sea cometida en el futuro y se deje de seguir afectando al consumidor, así como dar las medidas correctivas complementarias a las que hace referencia el artículo 116 de la norma de consumo. No obstante, el eximente introducido únicamente considera el procedimiento en su fase de resolución de conflictos entre 2 administrados, considerando que como el consumidor afectado ya tuvo la reparación de esa afectación la denuncia es improcedente y se debería de archivar el caso, ello es que

---

<sup>58</sup>RESOLUCIÓN 0925-2017/SPC-INDECOPI expedida por la Sala especializada en protección al consumidor de Indecopi, fundamento 13.

para que opere el nuevo eximente basta con que posiblemente se haya otorgado las medidas correctivas que la autoridad eventualmente daría al final del procedimiento para decir que el caso debe ser desestimado.

El problema de dicho razonamiento, radica en que tal como se ha mencionado dicho eximente solo considera la vertiente de un procedimiento trilateral puro, en el cual se debe resolver el conflicto entre los administrados, sin embargo en materia de protección al consumidor también existe la naturaleza sancionadora del mismo, no pudiendo dejarse de lado dicha vertiente, pues el nuevo eximente en realidad estaría disponiendo que este procedimiento ya no tiene la naturaleza de sancionador y es exclusiva y excluyentemente un procedimiento trilateral, de tal forma que el razonamiento lógico , aunque con lógica equivocada, del nuevo eximente es la siguiente :

<p><b>Premisa mayor:</b></p> <p>El consumidor que denuncia ante INDECOPI una afectación de sus derechos quiere que la autoridad corrija tal situación y se conceda el derecho</p>	<p><b>Premisa mayor:</b></p> <p>Un consumidor que compra un televisor defectuoso denuncia ante INDECOPI la infracción de sus derechos y quiere que se corrija la situación, entregándole un nuevo televisor o su dinero</p>
<p><b>Premisa menor:</b> la autoridad administrativa otorga medidas correctivas reparadoras que beneficien al consumidor afectado si se verifica que un proveedor infringió la norma</p>	<p><b>Premisa menor:</b> la autoridad administrativa otorga medidas correctivas reparadoras que beneficien al consumidor afectado si se verifica que un proveedor vendió un televisor defectuoso</p>
<p><b>Conclusión:</b> La denuncia debe ser declarada improcedente si el proveedor ya subsana la infracción, pues ya no hay derecho alguno que concederse, estando eximido de responsabilidad el proveedor pues la autoridad administrativa daría una medida correctiva reparadora semejante.</p>	<p><b>Conclusión:</b> la denuncia debe ser declarada improcedente si el proveedor ya dio un nuevo televisor al consumidor o le devolvió su dinero habiendo subsanado la infracción, pues la autoridad administrativa ordenaría una medida correctiva reparadora semejante.</p>



El esquema antes planteado es básicamente la esencia del eximente contenido en el literal f) del cuerpo jurídico de protección al consumidor, teniendo su piedra angular en la subsanación de infracciones, sin embargo dicho esquema obedece a un planteamiento equivocado, puesto que el mero hecho de que posiblemente ya no habría una medida correctiva reparadora que la autoridad de consumo pueda ordenar al final del procedimiento no acarrea que dicha circunstancia sea catalogada como un eximente, puesto que el procedimiento aun cuando es trilateral no es trilateral puro o exclusivo, sino que este sigue siendo un procedimiento sancionador, en el cual el estado debe de desplegar su potestad sancionadora, y es ahí donde reside el error en el planteamiento de este eximente, puesto que no ha considerado la naturaleza sancionadora de este y ha mutilado la potestad de sanción de Indecopi, habiendo retirado la naturaleza sancionadora del procedimiento con este novel eximente .

Al respecto es relevante traer a colación que la Directiva 004-2010/DIR-COD-INDECOPI que en su artículo 4.3.1 reitera que el procedimiento es trilateral y se inicia de oficio por denuncia de parte, pero no se altera la naturaleza sancionadora del procedimiento, sin embargo este eximente considera que la subsanación de infracciones altera sustancialmente la naturaleza sancionadora y la erradica, puesto que solo basa su atención el eximente en el interés que tenía el consumidor para iniciar el procedimiento que era obtener una medida correctiva reparadora.<sup>59</sup> Al respecto es preciso considerar lo señalado por la otrora Sala de Defensa de la Competencia N<sup>a</sup> 2 ( hoy Sala especializada en protección al consumidor) mediante la Resolución 2075-2010/SC2-INDECOPI expreso que : *“En efecto, pese a que los procedimientos administrativos sobre protección al consumidor iniciados a instancia de parte, como el presente, implican el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, no es menos cierto que en ellos se discuten derechos subjetivos e intereses legítimos de índole particular, por lo que también tienen naturaleza trilateral”*.

Entonces la propia jurisprudencia emitida por Indecopi reconoce que el procedimiento en materia de protección al consumidor es de índole trilateral sancionadora, un trilateral mixto, donde hay el interés de los administrados y la potestad de sanción del estado. A mayor abundamiento se observa el Informe de Juan Carlos Morón Urbina que reafirma

esta naturaleza mixta de trilateral- sancionador, indicando que no puede afirmarse que estemos frente a un procedimiento sancionador puro, sino que también presenta rasgos de un procedimiento trilateral y por ello tiene esta doble naturaleza de rasgos trilaterales y sancionadores<sup>60</sup>. A efecto de un mejor y mayor entendimiento se reitera que la jurisprudencia vertida por la más alta autoridad de protección al consumidor ha consagrado que el procedimiento en materia de consumo es trilateral mixta, donde existe la potestad sancionadora del estado propia de un sancionador, pero también se dirime una disputa de intereses entre las partes en conflicto, el consumidor y el proveedor que actúan como administrados enfrentados tal como lo indica la Resolución 1324-2012/SC2-INDECOPI.<sup>61</sup>

Habiendo dado cuenta de esta naturaleza mixta del procedimiento trilateral-sancionador, se reitera que al haber introducido la subsanación de la infracción como un eximente de responsabilidad si ocurre antes de imputar cargos se está suprimiendo esta naturaleza mixta, que ha sido consagrada por la doctrina y jurisprudencia de Indecopi y únicamente subsiste la naturaleza de un procedimiento trilateral puro, vaciando de sentido y atando de manos a la autoridad de protección al consumidor para que pueda también desplegar su actividad sancionadora, no pudiendo imponer sanción y por ende se está contraviniendo los pronunciamientos vertidos, que en buena cuenta debiliten el sistema de protección al consumidor, ya que el procedimiento sancionador es el mecanismo coercitivo y eficaz que permite desalentar la comisión de infracciones corregir el mercado, a modo de conclusión se observa que la *RESOLUCIÓN 2249-2012/SC2-INDECOPI* señala : 37. *En conclusión, si bien en los procedimientos administrativos en materia de protección al consumidor iniciados por denuncia de parte se encuentra presente el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración con el propósito de cautelar el interés público involucrado en la defensa de los consumidores; también en ellos se discuten derechos subjetivos e intereses legítimos de índole particular, por lo que debe reconocerse además su naturaleza trilateral.*<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Informe emitido el 9 de febrero de 2012 por el doctor Juan Carlos Morón Urbina en el EXPEDIENTE 229-2011/PS-INDECOPI-PIU

<sup>61</sup> Resolución 1324-2012/SC2-INDECOPI expedida por la entonces Sala de Defensa de la Competencia N<sup>o</sup> 2 de Indecopi

<sup>62</sup> Resolución 2249-2012/SC2-INDECOPI expedida por la entonces Sala de Defensa de la Competencia N<sup>o</sup> 2 de Indecopi

Es pertinente comentar en este punto lo señalado por el Tribunal Superior de resolución de controversias del Organismo Supervisor de Inversión Privada en telecomunicaciones, el cual también analiza casos de protección al consumidor en materia de servicios de telefonía vinculados a la calidad del servicio de forma similar que los órganos de protección al consumidor de Indecopi, y este a través de sus pronunciamientos que analizaba disputas entre consumidores de servicio de telefonía y las empresas operadoras, reitera que el procedimiento es sancionador- trilateral en los cuales la solicitud del administrado afectado en sus derechos no es dirigida en contra del otro administrado, sino que la petición se dirige a la autoridad administrativa y que sea esta la que inicie las acciones para verificar la trasgresión de la norma y como consecuencia de esa verificación de la infracción decidir si concede o no medidas correctivas para el afectado.<sup>63</sup>

Incluso es de considerarse que la participación del consumidor afectado en calidad de denunciante no puede ni debe incidir en el actuar punitivo del estado pues este solo comunica la noticia del crimen administrativo, mas no puede determinar si hay o no sanción puesto que ello solo involucra a la actividad de fines públicos y el consumidor solo con su denuncia pretende resarcir un interés privado.<sup>64</sup>

## **CAPITULO II: SOBRE EL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD INTRODUCIDO POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1308**

### **1. La potestad sancionadora del estado es pura:**

Se comentó en el último apartado del capítulo anterior que la potestad sancionadora del estado no debería verse afectada por la subsanación de la conducta infractora con anterioridad a la imputación de cargos, puesto que analizado dicho eximente este únicamente funda su naturaleza de eximente en el hecho que el consumidor ya habría sido resarcido en cuanto a las afectaciones particulares que este individuo en concreto habría sufrido, y como ya no persiste tal daño ya no debería de proseguirse con el séquito del procedimiento administrativo, sin embargo dicha consideración es errada puesto que el procedimiento es trilateral- sancionador, y precisamente la dimensión

---

<sup>63</sup> Resolución N ° 005-2012-TSC/OSIPTTEL expedida por el Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTTEL, fundamentos 45 a 47

<sup>64</sup> GÓMEZ APAC, Hugo. Redescubriendo al procedimiento trilateral. En: Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: UPC, 2009, p. 388 y 389

sancionadora del procedimiento ha sido desbaratada de forma equivocada, puesto que la potestad sancionadora del estado aún subsiste, y se halla plenamente vigente para ser desplegada puesto que la potestad sancionadora del estado es pura<sup>65</sup>, esta no se ve afectada por los remedios, paliativos o subsanaciones a la infracción que efectúe el proveedor en tanto la infracción ya fue cometida y ya se consumó la vulneración a la norma, incluso aun cuando el proveedor llegue a un acuerdo con el consumidor y este se desista es que igualmente el proceso puede continuar si se observa que hay una afectación a terceros o al interés general, y el estado proseguirá con la potestad sancionadora ya que esta no pertenece al ámbito de disposición de los sujetos sino que es una facultad propia del estado.

Es decir que con la subsanación de la conducta infractora, el proveedor estaría ofreciendo una solución al conflicto hacia el consumidor, notándose que el consumidor ni siquiera se ha desistido del procedimiento administrativo que ha incoado, sino que el proveedor unilateralmente procede a enmendar su conducta y ofrece un remedio que cubra la medida correctiva que alcanzaría el consumidor al final del procedimiento, sin embargo dicha subsanación es entendida como el arreglo entre las partes en conflicto, aunque se reitera que ni siquiera es un arreglo bajo un acuerdo puesto que el proveedor unilateralmente es quien brinda la solución, no obstante en todo caso ello obedece únicamente a la solución de la disputa del caso en particular, en la medida que las partes pueden transar, disponer, conciliar, o acordar sobre la afectación en particular que han sufrido, sin embargo no pueden transar, conciliar, o disponer respecto de algo que no les pertenece, como lo es la sanción que deba imponer la autoridad de protección al consumidor ( el estado ) por la infracción a las normas del ordenamiento jurídico peruano, ya que este juicio de reproche y posterior sanción, así como actuar como árbitro que regule el mercado y desaliente la comisión de infracciones a través de la potestad exclusiva y excluyente del estado.

De tal forma que la subsanación de la infracción supone el arreglo particular del proveedor al problema del consumidor, pero ello no supone que el estado pierda su potestad sancionadora, lo cual significa que la solución de los privados no afecta a priori la potestad del estado como entidad pública, puesto que estos no pueden disponer de

---

<sup>65</sup>MESTRE, Juan. En: Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al profesor García de Enterría. Civitas. 1991, Vol.III. pág. 2497.

algo que no les pertenece lo cual es la sanción que el estado pueda imponer, entonces con el eximente de responsabilidad insertado por el decreto legislativo 1308 se está otorgando a la subsanación de la infracción el carácter de solución del privado que enerva también la potestad del estado. Entonces el nuevo eximente no permite que el estado manifieste su potestad sancionadora, máxime que el encargo constitucional es el de la defensa de los consumidores y a través de este eximente no se está cumpliendo con dicho fin y la potestad sancionadora debe ser impartida con arreglo a los principios y mandatos de nuestra carta magna, a tal efecto la sentencia del tribunal constitucional recaída en el EXP. N.º 01514-2010-PA/TC4. *La aplicación de una sanción administrativa constituye una manifestación de la potestad sancionadora del Estado, por lo que su validez, en el contexto de un Estado de derecho respetuoso de los derechos fundamentales, está condicionada al respeto de la Constitución y de los principios en ésta consagrados. Por ello la administración, en el desarrollo de procedimientos administrativos disciplinarios, está vinculada al irrestricto respeto de los derechos constitucionales procesales y a los principios constitucionales que la informan.*<sup>66</sup>

El estado no puede ni debe agotar su potestad sancionadora por la mera subsanación de la conducta infractora como un eximente de responsabilidad, puesto que dicha subsanación es unilateral y que únicamente refleja la solución a la medida correctiva reparadora, subsanando el error del caso particular del consumidor denunciante y limitándose a la afectación que este reclama ,sin embargo sobre ello es que únicamente abarca la posible medida correctiva a ordenarse, adquiriendo sentido que en todo caso ya no sea necesario dar la misma, sin embargo ello es una consecuencia accesoria de la comisión o no comisión de la infracción. A efecto de mejor comprensión se parte de la premisa que el estado es el vigilante del cumplimiento de las normas, asumiendo la facultad de reprender y castigar a los infractores de la ley, puesto que el mandato es claro, no deben desobedecer las reglas de juego, si las desobedecen serán sancionados y se les obligara a corregir lo que hubieran afectado, es decir se comporta como un padre que reprende a sus hijos que desobedecen las normas que este impone, a lo cual el ejemplo a analizarse es:

---

<sup>66</sup>Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional peruano en el EXP. N.º 01514-2010-PA/TC, fundamento 4.

- Un padre impone una norma a sus hijos que es no destruir ni deteriorar las pertenencias de cada uno de los hermanos, si uno de ellos destruye el objeto de otro la sanción es que no podrá ver televisión y como medida correctiva tendrá que pagar el objeto o devolver otro idéntico. Así las cosas, si el hijo A rompe el celular de su hermano B, su padre los castiga con la sanción de no ver televisión y deberá de devolver un nuevo celular o darle el dinero del mismo.
- La potestad sancionadora del padre de A y B es castigar con la sanción de prohibir ver televisión, ahora en caso de que el hijo B antes de ser acusado por su padre devuelva el celular nuevo, ello implica únicamente que ha corregido la infracción y ha cubierto la posible medida correctiva a ordenarse, pero ¿ello implica que ya no sea sancionado? Al enterarse el padre de la destrucción del celular de su hijo A, es que su otro hijo B le dice lo siento, igual voy a ver televisión porque ya le entregué un nuevo celular, la pregunta es ¿debe o no sancionar a su hijo B?

Para contestar a la interrogante se debe tener en consideración las siguientes premisas o ingredientes sobre la potestad sancionadora del estado: «*quien tiene la potestad de ordenar, mandar y prohibir, ha de ostentar la potestad de sancionar, pues sin ésta resultarían inoperativas aquéllas*<sup>67</sup>. Asimismo considerar la RESOLUCIÓN 251-2014/SPC-INDECOPI: **12. Así, el particular que, con legítimo interés, activó una acción ante la autoridad para que ésta inicie el procedimiento administrativo puede perder interés en el resarcimiento de su pretensión, lo cual no afecta ni determina la conclusión del procedimiento una vez que ya se ha impuesto una sanción administrativa, pues la autoridad debe actuar conforme a su competencia en la persecución del probable incumplimiento ya conocido del marco legal cuya cautela tiene confiada. El consumidor una vez que ya se ha sancionado al infractor, únicamente tiene dentro de su dominio de disposición la expectativa por el resarcimiento, más no la actividad punitiva del Estado respecto de la infracción.**<sup>68</sup>

Revisados los 2 ingredientes antes mencionados observamos que el primero de ellos responde a la eficiencia de contar con la potestad de sanción para poder hacer cumplir

---

<sup>67</sup>De Palma Ángeles, En la recensión a su libro «Derecho administrativo sancionador», realizada por. En: RAP No. 135-1994, página 564

<sup>68</sup>RESOLUCIÓN 251-2014/SPC-INDECOPI expedida por la Sala especializada en protección al consumidor de Indecopi, fundamento 12.

las normas del bloque normativo, ya que sin la potestad de sancionar las normas administrativas se tornan inoperativas en sumo grado o eficientes en un bajo grado, ya que al no poder sancionar, nadie castiga el incumplimiento y entonces ante la ausencia de sanción puedo transgredir la norma sin mayor consecuencia, y el segundo ingrediente es un pronunciamiento vertido por la sala especializada en materia de protección al consumidor de Indecopi, que señala que la potestad sancionadora del estado es pura y aun cuando el consumidor tenga un interés particular de resarcimiento para una afectación del consumidor, es que logrado este resarcimiento para él, no se afecta la imposición de una sanción.

Considerando ello se afirma que la respuesta a la interrogante planteada, es que no debe de exonerarse al hijo B por la infracción cometida, a pesar de que haya subsanado su infracción antes de ser acusado, de la misma forma como la autoridad de protección al consumidor no debe exonerar al proveedor que subsana su infracción antes de la actuación de cargos, en razón a que representa un despropósito el contar con toda una estructura normativa de mandatos imperativos que ordenen a los proveedores cumplir con las normas de mercado y luego estos subsanando la infracción, se exoneren de responsabilidad, tornando en inoperativas dichas normas, puesto que le resultara más sencillo subsanar la infracción del consumidor denunciante que cumplir con las normas y ante la ausencia de castigo puede proseguir vulnerando la norma tantas veces lo desee y únicamente cuando se lo denuncie procederá a subsanar la infracción.

Sumado a ello, la propia jurisprudencia en materia de protección al consumidor a través de la resolución precitada enfatiza que la potestad de sanción del estado no se perjudicada por los acuerdos a los que arribe el consumidor y el proveedor, y esta puede subsistir, máxime que en la resolución aludida se aceptó el desistimiento y conclusión del proceso porque fue una transacción extrajudicial en la cual el consumidor expresamente se desistió del procedimiento y de la pretensión, sin embargo en la subsanación de la infracción es únicamente la voluntad del proveedor quien ofrece una solución al consumidor, siendo que este no desiste del procedimiento y tampoco celebra una conciliación, por lo que en este caso se observa que el hecho de no poder dar una medida correctiva no torna en inerte a la potestad de sanción, puesto que la misma no puede verse afectada por la manifestación unilateral de una sola de las partes de la relación de consumo, y este eximente trasciende a la expectativa del interés probado de

las partes y afecta la facultad sancionadora al exonerar de responsabilidad y determinar la improcedencia de la denuncia.

Y es que el estado peruano a través de las entidades de la administración pública son los encargados de velar por el adecuado y fiel cumplimiento de la normativa, vigilando el cumplimiento y reprochando a quienes no cumplen con las normas, tal es el fundamento de la potestad sancionadora del estado, que ante la verificación de un incumplimiento de la norma debe de sancionar al infractor, sin perjuicio de que este repare la afectación en particular que ha causado, tal es el caso de una persona natural jurídica que contamine el medio ambiente y vierta residuos en una laguna, al respecto se aprecia que no bastara con que este limpie y retire los residuos que ha vertido a la laguna, sino que se le debe reprochar tal conducta y para ello opera una sanción, de la misma forma en el mercado la protección al consumidor involucra que los proveedores infractores de la norma no vuelvan a cometer la infracción, y para ello la sanción opera como mecanismo disuasivo y coercitivo, puesto que lo que busca a dicha sanción es la paz social y materializar ese matiz de economía social de mercado. En dicha corriente encontramos lo expresado por la Corte Suprema de la republica Sentencia. N° 86-97: *TERCERO: Que, en primer lugar, es válido concebir que el poder punitivo del Estado se manifiesta a través de dos potestades sancionadoras, la penal y la administrativa, pues en ella subyace un elemento común consistente en el mandato imperativo de la ley que recae sobre cierta conducta del sujeto que la infringe, en búsqueda de la sana convivencia social que resulta siendo la aspiración última del Estado.*<sup>69</sup>

Precisamente de aceptar que la subsanación de infracciones con anterioridad a la imputación de cargos, ello es cuando la denuncia ya ha sido interpuesta supone negar a la potestad sancionadora su finalidad de alcanzar la paz social en protección del consumidor, puesto que dicho poder punitivo al no ser materializado no podrá compeler a los infractores de la norma de consumo a actuar conforme a derecho y se desprotege al mercado en general, más aun si el consumidor ya denunció el hecho infractor.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup>Sentencia expedida por la Corte Suprema de la Republica en la Sentencia. N° 86-97, fundamento Tercero

<sup>70</sup>Ochoa Cardich César, Límites de la potestad sancionadora del INDECOPI y las garantías del administrado en los procedimientos administrativos del Derecho de la Competencia en Revista IUS ET VERITAS No. 13, página 185.



Refuerza la posición de que la potestad sancionadora del estado es pura, y en consecuencia que el consumidor beneficiado con algún arreglo otorgado por el proveedor no puede disponer de esta, la reiterada jurisprudencia que declara improcedente los recursos impugnatorios de apelación interpuestos por estos en contra de la sanción que impone la autoridad de consumo al proveedor infractor, lo cual representa que en reiteradas ocasiones el consumidor denunciante interpone recurso de apelación en contra de resolución final que impone una sanción al proveedor infractor, cuestionando que la cuantía de la multa impuesta resulta muy generosa y solicita que se le imponga una sanción más gravosa, de tal forma que si se impuso una multa de 1 UIT el consumidor apela dicho extremo señalando que la multa debería ser mayor, sin embargo en cada uno de estos casos la Sala Especializada en materia de protección al consumidor se ha pronunciado y ha señalado que es improcedente dicha apelación, es decir es negada de plano sin entrar a analizar el fondo del recurso impugnatorio, debido a que la sanción es una manifestación del poder punitivo del estado y como tal no le corresponde al consumidor solicitar una mayor o menor sanción puesto que escapa a su esfera de decisión y de facultad tal aspecto, siendo que al ser la potestad de sanción una potestad arrogada al estado es este quien decide en qué medida despliega dicha potestad y por ende el consumidor denunciante carece de legitimidad e interés para cuestionar la sanción.

Al respecto es de apreciarse lo expresado por la alta autoridad de protección al consumidor que ha manifestado en la RESOLUCIÓN 0233-2017/SPC-INDECOPI: **10. Al respecto, este Colegiado considera necesario advertir que la legitimidad para obrar reconocida a los denunciantes en los procedimientos de protección al consumidor solo involucra el derecho a denunciar una presunta conducta ilícita, pero no incide en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, por ser esta una actuación motivada estrictamente por fines públicos.**<sup>71</sup> De dicha resolución es posible desprender que el consumidor afectado y que promueve el proceso no goza de facultades de disposición del poder punitivo estatal ya que su actuación se limita al interés particular que tiene en el procedimiento sin afectar la potestad sancionadora que es pura, incluso la corriente jurisprudencial de INDECOPI secunda dicho argumento al indicar que la sanción tiene el efecto disuasivo de cometer infracciones a efecto que el

---

<sup>71</sup>Resolución expedida por la Sala Especializada en protección al consumidor en la RESOLUCIÓN 0233-2017/SPC-INDECOPI, fundamento 10.

estado en el marco de sus competencias y atendiendo la finalidad pública verifique el correcto cumplimiento de las normas, por lo que dicha potestad no puede verse perjudicada ni abdicada pro el hecho que el consumidor denunciante cuestione esa sanción afectándola, sobre dicho supuesto se aprecia la RESOLUCIÓN 0156-2017/SPC-INDECOPI: **16: (...) Efectivamente, la sanción administrativa persigue una finalidad pública por parte del Estado que es desincentivar conductas ilícitas, razón por la cual no admite como motivación posible un afán retributivo a favor del particular denunciante. En tal sentido, es la propia Administración Pública la encargada de establecer la procedencia y naturaleza de la sanción a imponer, de modo tal que cumpla con los fines públicos antes citados.**<sup>72</sup>

El razonamiento de la máxima autoridad de consumo es que la sanción no persigue retribuir o reflejar en favor del consumidor denunciante su comunicación de denuncia, pues así este haya denunciado y obtenido una medida correctiva a su favor, es el estado quien decide si impone o no una sanción, en qué grado la impone, por lo que de la misma forma ese valor retributivo negado también es aplicable para los supuestos en que se subsana la conducta infractora por parte del proveedor, en razón a que dicha subsanación es en beneficio del consumidor, obteniendo la medida correctiva que podría obtener en sede administrativa, pero ello no afecta la potestad de sanción puesto que esta persigue desincentivar la comisión de ilícitos y no solo retribuir al consumidor afectado.

Entonces la subsanación de la conducta infractora del proveedor antes de imputarse cargos, es entendida por el decreto legislativo 1308 como una retribución exacta entre la medida correctiva que obtendría el consumidor y la sanción a imponerse , ergo que al haberse subsanado la infracción ya no corresponde otorgar una sanción, puesto que la retribución es si hay una infracción, hay una medida correctiva reparadora para el consumidor y hay sanción, y en sentido contrario si no hay infracción porque la he subsanado, no hay medida correctiva reparadora y no habría sanción, siguiendo este esquema un modelo de retribución, sin embargo tal como ha señalado la autoridad de consumidor que no existe un esquema de retribución entre la denuncia y el interés de

---

<sup>72</sup>Resolución expedida por la Sala Especializada en protección al consumidor en la RESOLUCIÓN 0156-2017/SPC-INDECOPI, fundamento 16

esta con la sanción a imponerse, ambas son independientes y puede concederse una y no la otra o viceversa.

Es de destacarse que otro de los argumentos empleados por la Sala especializada en protección al consumidor, es que el consumidor no tiene interés legítimo en la multa ya que esta le pertenece al estado, sin embargo revisando este apartado ¿Cuál es el interés legítimo del consumidor? Habida cuenta que la potestad de sanción y su fines no son el interés legítimo del consumidor, hallando que la respuesta resulta meridianamente clara, por cuanto el interés legítimo del consumidor es obtener una medida correctiva reparadora, es decir que se subsane la infracción cometida en contra del consumidor denunciante, y claro resulta atendible y natural considerar que el consumidor denunciante tenga por interés que el estado ordene el restablecimiento de su derecho y dicho restablecimiento solo podrá ser cumplido si el proveedor subsana su infracción, de manera que una vez desaparezca la conducta infractora desaparecerá el daño al derecho del consumidor, y este es canalizado a través del otorgamiento de una medida correctiva reparadora del consumidor, disfrazada bajo la subsanación de la conducta infractora, y es este el interés válido y legítimo del consumidor. Aunque si este es el interés legítimo del consumidor y no la potestad de sanción, entonces ¿Porque razón la subsanación de la conducta infractora debe acarrear la improcedencia de la denuncia y en consecuencia la pérdida de la potestad sancionadora?

La incógnita planteada revela la contradicción entre el razonamiento jurisprudencial de la alta autoridad de consumo y el eximente de responsabilidad introducido por el Decreto legislativo 1308, en el extremo que si el interés del consumidor es la obtención de una reparación del derecho, traducido en la subsanación de la infracción por parte del proveedor y este no tiene ningún otro interés legítimo, es que dicho eximente no debería extender sus efectos a la potestad sancionadora del estado, sin embargo lo que el eximente irradia es tal fin, decide que la denuncia es improcedente y se archiva el caso eximiendo de responsabilidad y dicha exoneración acarrea que el estado ya no pueda ejercer su poder punitivo, entonces el eximente amplía el interés legítimo del consumidor y lo extiende indebidamente al interés legítimo del estado que es la sanción y desincentivar la comisión de infracciones, cuanto ello no debería de ser así. La subsanación de la infracción únicamente implicaría la satisfacción del interés legítimo del consumidor, pero no se extiende al interés legítimo del estado, impidiendo que este

cumpla con su función, por lo que la subsanación no debe ser un eximente de responsabilidad sino un atenuante, en tal caso el estado si puede sancionar y cumplir con sus fines, pero moderando su poder punitivo.

Lo dicho ha sido ratificado a nivel de directiva que regula procedimiento sumarísimo de protección al consumidor: 5.2.2. *No procede la apelación del denunciante respecto de la cuantía de la multa impuesta en cualquier tipo de procedimiento iniciado ante los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos.*<sup>73</sup> Siendo que precisamente el fundamento normativo de tal disposición descansa en que no le corresponde al consumidor cuestionar la multa debido a que esta es la manifestación del poder punitivo del estado, y como tal esta es de interés exclusivo del estado y no es del interés legítimo del consumidor, y bajo esa misma lógica es que la subsanación de la infracción que supone la concesión del interés legítimo del consumidor no debe afectar el interés del estado de ejercer su facultad de sanción.

En base a lo comentado se trae a colación la RESOLUCIÓN 0302-2017/SPC-INDECOPI que señala: 19. *En tanto que la determinación de la magnitud de una infracción es un presupuesto para la aplicación de la potestad punitiva del Estado, la cual responde a la defensa y tutela del interés público asignada exclusivamente a la Administración, el denunciante carece de legitimidad para cuestionar a través de un recurso impugnativo la multa impuesta por la autoridad, a su contraparte. 20. En consecuencia, corresponde declarar improcedente dicho extremo del recurso de apelación interpuesto por el señor Bedón, pues no cuenta con legitimidad para cuestionar la graduación de las sanciones impuestas a Dercocenter, en tanto la imposición de una sanción responde a la defensa y tutela del interés público asignada exclusivamente a la Administración.*<sup>74</sup>

Después de todo, la potestad de sanción del estado es asimilable a la potestad de sanción del maestro de escuela que castiga al alumno que golpeó a su compañero y le rompió los lentes, ordenado que le compre unos nuevos anteojos, pero también sancionándolo con una suspensión de 3 días, y en caso este alumno infractor de la norma se anticipe y

---

<sup>73</sup>DIRECTIVA Nº 005-2017/DIR-COD-INDECOPI

<sup>74</sup>Resolución expedida por la Sala Especializada en protección al consumidor en la RESOLUCIÓN 0302-2017/SPC-INDECOPI, fundamento 19.

compre unos nuevos lentes, igualmente deberá ser sancionado, tal vez ya no con la suspensión de 3 días, podría ser de un día u otra sanción más benevolente, pero la potestad de sanción no se desvirtúa ni queda desnaturalizada por la presencia de esta subsanación de la infracción antes de la acusación.

## **2. Derecho penal y derecho administrativo sancionador: mismo fundamento para no exonerar por subsanar la infracción.**

La literatura universal nos ha regalado diversas piezas literarias dignas de ser conservadas en los anuarios de la historia, las más trepidantes y de mayor interés han estado vinculadas a los dramas y miserias del hombre, siendo que en los lectores siempre ha despertado el atractivo de una historia donde el protagonista debe de enfrentarse en situaciones límite y más aún si este es perseguido por alguien y podemos asistir a un espectáculo de juicio y juzgamientos del comportamiento del hombre. De allí que novelas en las que se halle presente la acusación por un delito, el juzgamiento y encarcelamiento del protagonista de una historia, sea un ensayo de ficción de la realidad del derecho penal, que los lectores vemos como una recreación del modelo actual de represión penal con el que cuenta el estado. Así por ejemplo gozamos de ejemplos como la obra de Los Miserables, donde su protagonista es encarcelado durante largos años por haber robado unas piezas de pan, siendo obligado a devolver el pan robado y la pena obtenida fue la de años de cárcel, o las aventuras del detective Sherlock Holmes quien magistralmente guiado por Arthur Conan Doyle nos regalaba misteriosas historias de robos de joyas u otras piezas de gran valor para que luego de descubierto el criminal, este devuelva el objeto robado y luego era enviado a la cárcel de la célebre Scotland Yard.

La idea subyacente en tales obras literarias era la de Crimen y Castigo, tal cual como el nombre de otra laureada obra, en la que su protagonista un joven estudiante carente de medios económicos decide prestarse dinero de una anciana usurera, y este decidió luego asesinarla por tal motivo, sin embargo preso de su pánico y de su mente acusadora, se entregó a la policía rusa y fue enviado a prisión por varios años, haciendo honor al título

de la obra se observa nuevamente que hay un crimen y hay un castigo. Y es precisamente el crimen y el castigo uno de los fundamentos del derecho penal, en razón a que el estado en su ejercicio de poderes de policía persigue a aquellos sujetos que contravienen el ordenamiento jurídico y vulneran el derecho de terceros o del propio estado, actuando como investigador del delito, procesando al responsable e imponiendo una sanción al respecto, sin perjuicio de la reparación de la situación afectada o reparación civil del afectado, como es el caso de los robos, el estado persigue al ladrón ,le impone una pena pero también ordena que devuelva el dinero robado a la víctima, de tal forma que el estado vigila el cumplimiento de las normas jurídicas y protege al afectado.

El estado es el guardián de las normas, actúa vigilando el cumplimiento de estas, fiscalizando que el ordenamiento jurídico que contiene mandatos imperativos dictados por el estado no sea vulnerado, y una vez producida una transgresión de las normas se debe actuar castigando al infractor, ese es el fundamento del derecho penal que castiga el crimen, así por ejemplo el estado da normas para combatir la corrupción, todo funcionario público debe observar las normas de auditoría gubernamental, prohibiendo su quebrantamiento y si este se produce deberá de sancionar al responsable, existiendo el delito de corrupción y en efecto el estado sanciona con una pena de cárcel e inhabilitación al funcionario corrupto.

Nuevamente lo descrito amerita plantearnos una interrogante: ¿cuál es la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador? La respuesta llana que se ofrece es que de la misma forma que el derecho penal, el derecho administrativo sancionador es una expresión o manifestación del estado respecto de su rol de castigar o sancionar aquellos ilícitos de los sujetos que contravienen el ordenamiento jurídico, sancionando a los infractores que cometen en buena cuenta “ crímenes administrativos”, de tal forma que el derecho administrativo sancionador obedece a la lógica de crimen y castigo y es en buena cuenta una manifestación del derecho penal, puesto que también exige la comisión de infracciones ( delitos administrativos por así decirlo ) , procesa al responsable ( el delincuente) y finalmente impone una sanción ( una pena), actuando en cada una de estas fases el estado con su poder punitivo. Derecho penal y derecho administrativo sancionador ciertamente tienen diferencias propias y

naturales, pero en su esencia y función son sumamente semejantes, valiéndonos del ejemplo anterior, si el derecho penal busca encarcelar al funcionario corrupto, el derecho administrativo busca imponerle la sanción de destitución al funcionario infractor<sup>75</sup>, por los mismos hechos se le inicia un procedimiento administrativo sancionador, donde una vez verificado el acto de corrupción se le impone la sanción de destitución, retirándolo de la entidad y prohibiendo su ingreso a otra entidad pública por determinado tiempo, en ambos casos el poder punitivo del estado se manifiesta.

Para nuestro caso de interés, el procedimiento administrativo en materia de protección al consumidor y el sistema en general de protección al consumidor canaliza su función a través de un procedimiento administrativo sancionador, tal como lo hemos revisado dicha naturaleza del procedimiento basada en la potestad pura del estado de sancionar<sup>76</sup> y de esta forma corregir la fallas en el mercado, tal cual como funcionaría el proceso penal, puesto que al comprobarse la infracción a la norma de consumo debe actuar corrigiendo la falla, e imponer la sanción que corresponda para evitar que esta sea cometida en el futuro y para reprocharle al infractor su proceder ilícito, entonces el esquema es similar al proceso en materia de derecho penal, en ambos casos hay un ilícito, una conducta antijurídica que el estado desapruueba, entonces observemos el siguiente ejemplo:

<b>Derecho penal</b>	<b>Derecho administrativo sancionador en protección al consumidor:</b>
<p>El artículo 121 del código penal señala: El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. (.....)</p>	<p>El artículo 67. 1 Del Código de protección y defensa del consumidor señala: El proveedor de productos o servicios de salud está en la obligación de proteger la salud del consumidor, conforme a la normativa sobre la materia.</p> <p>Artículo 68.- Responsabilidad por la prestación de servicios de salud 68.1 El</p>

<sup>75</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel e IÑIGO SANZ, Rubiales. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General y Práctica del Derecho Penal Administrativo, segunda edición, España, Editorial Arandazi, 2010, p 189.

<sup>76</sup> Lozano Cutanda Y Otros. Diccionario De Sanciones Administrativas, Primera Edición, España, Editorial Ustel, 2010, Pp. 842 Y 844.

	establecimiento de salud es responsable por las infracciones al presente Código generadas por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades
Ocurre que un médico de una clínica de salud privada realiza una operación de cirugía estética a su paciente, y en dicha operación de forma negligente le causa una serie de heridas de gravedad en el rostro, deformando parte del mismo.	Ocurre que un médico de una clínica de salud privada realiza una operación de cirugía estética a su paciente, y en dicha operación de forma negligente le causa una serie de heridas de gravedad nel rostro, deformando parte del mismo.
Luego de interponer su denuncia ante el ministerio público ese le imputa el delito de lesiones graves, por las heridas sufridas por el paciente en su rostro.	Luego de interponer el paciente la denuncia ante la comisión de protección a al consumidor, se le imputa la infracción al artículo 67.1 por las heridas sufridas por el paciente en su rostro
El estado, juez penal, en virtud de su potestad de sanción (derecho penal) verifica el delito e impone una pena privativa de libertad, independientemente de la reparación civil para que le paciente se haga una nueva operación al rostro que pueda sanar las heridas.	El estado, Comisión de protección al consumidor en virtud de su potestad de sanción (derecho administrativo sancionador) verifica el delito e impone una pena privativa de libertad, independientemente de la medida correctiva reparadora para que el paciente se haga una nueva operación al rostro que pueda sanar las heridas.

Pregunta: si el médico que realizo la operación negligente y causo las heridas subsana dicho error entregando al paciente un monto de dinero para que se realice una nueva operación que restaure completamente el rostro del paciente o el mismo realiza una nueva operación: ¿el estado peruano, juez penal debe exonerar de responsabilidad al médico por haber subsanado el delito? Misma premisa y la pregunta es: ¿el estado peruano, Comisión de protección al consumidor, debe exonerar de responsabilidad al médico por haber subsanado el delito? La interrogante derivada de ello se resume en



que ¿debe ser considerada la subsanación de infracciones con anterioridad a la imputación de cargos un eximente de responsabilidad? La respuesta a tales incógnitas es negativa por cuanto la potestad de sanción tanto en el derecho penal como en el derecho administrativo sancionador resultan independientes de la reparación del interés particular del denunciante, el poder punitivo es puro y el estado independientemente de la subsanación de la afectación para el denunciante debe actuar el marco de sus poderes de policía, y reprochar a quien cometió la infracción para que no vulva a cometerla y resguardar de esta forma el orden jurídico.

### **3. El principio de necesidad:**

Precisamente la necesidad del estado peruano de hacer cumplir sus normas ,y no permitir que estas sean burladas imponen a este la obligación de fiscalizar el cumplimiento de la normativa y emitir una serie de normas que prohíban la comisión de ciertas conductas, y es tal circunstancia lo que motiva que el estado como garante de la paz social y guardián del orden público no permita la comisión de ilícitos que supongan contravenciones a la norma y que causan daño, y ante tales infracciones se exige que el estado responda sancionando tales prácticas, a tal exigencia de actuación se le ha denominado el principio de necesidad y este principio nace con el derecho penal, puesto que de la misma forma que un ilícito administrativo, el estado debe de castigar y sancionar a los infractores de la norma que hayan cometido delitos, pues se necesita que no queden impunes tales crímenes. En el procedimiento administrativo de protección al consumidor el estado tiene la misión constitucional de defender a los consumidores conforme al artículo 65 de la carta magna y demás normas sectoriales. Es el encargado de regular el mercado por lo que cualquier contravención a la norma es una infracción, en la cual se exige que el estado a través de la autoridad de defensa del consumidor castigue al infractor.<sup>77</sup>

El principio de necesidad plantea que el estado como máximo protagonista de la vigilia del orden jurídico cuente con herramientas que tornen en eficaz sus mandatos, en suma que las normas dadas sean operativas y que no sean letra muerta, por ello encuentra en

---

<sup>77</sup>Liñán AranaLuis Alberto, Compatibilidad De Las Instituciones Del Proceso Civil En El Procedimiento Administrativo Sancionador De Protección Al Consumidor A Cargo Del INDECOPI en Revista PRAECEPTUM, Año 1 Número 1, INDECOPI, Lima, 2014, página 15.

la potestad de sanción la herramienta útil para hacer cumplir las normas.<sup>78</sup> La definición del principio de necesidad puede ser la siguiente: *El principio de necesidad de pena se presenta como una exigencia adicional a la culpabilidad. La pena adecuada a la medida de culpabilidad, tendrá que ser además necesaria para responder a las exigencias de prevención general y especial.*<sup>79</sup> Es decir que el principio de necesidad surgido en el derecho penal exige que la pena a imponerse se necesaria para desalentar la comisión de delitos en el futuro cumpliendo una función preventiva, en la cual esta pena sea lo suficientemente gravosa para que para ese delito en particular ya no vuelva a ser cometido puesto que de cometerse sabrá que sanción le puede corresponder.

El principio de necesidad plantea que la pena o sanción (poder punitivo del estado) cumpla con función preventiva, que se prevenga los ilícitos, puesto que esta pena será el mensaje preventivo a los ciudadanos que las acciones tienen reacciones, de tal forma que la sanción a imponerse sea un elemento disuasivo, de forma preventiva tanto para los ilícitos que están por cometerse o aquellos que ya cometidos para que no se repitan posteriormente, de tal forma que la magnitud de esa sanción sea la estrictamente necesaria para cumplir esos fines.

Sobre la base de lo expuesto es preciso indicar que el principio de necesidad sustentado en el Ius Puniendi del estado realza la necesidad de actuación del estado para resguardar el bloque jurídico que regula la conducta de las personas y ello es logrado con esa facultad de sanción de tal forma que : *quien planteaba que, a través de la amenaza de pena, una persona que estaba al borde de cometer un delito, apreciaría desde una perspectiva de costo-beneficio, los perjuicios que podría evitar de abstenerse de tal conducta, es decir, la pena ante los beneficios que podría adquirir si la cometiera*<sup>80</sup>. O dicho por la autoridad de consumo de Indecopi en la RESOLUCIÓN 2249-2012/SC2-INDECOPI: 15. *En caso la conducta lesione intereses colectivos o revista una especial gravedad, el mecanismo de reacción estatal suele poseer carácter represivo, a través de la imposición de una conducta gravosa o negativa. Para ello, la Administración ha sido investida de una potestad sancionadora que se manifiesta en la imposición de multas a*

<sup>78</sup>Espinoza- Saldaña Barrera, Eloy. Principios, ámbito subjetivo de aplicación y fuentes del procedimiento administrativo: En busca de la racionalidad perdida y una protección del administrado hoy casi inexistente. En: Autores Varios. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Ara Editores, pagina 64-66.

<sup>79</sup>En <http://www.infoderechopenal.es/2013/03/principio-de-necesidad-en-derecho-penal.html>, (12 de mayo de 2017)

<sup>80</sup>Lesch, Heiko, "La función de la pena", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 44-46.

*los administrados, con la cual se persigue tanto un fin represivo (castigo) como un fin de prevención (desaliento de futuras conductas similares).<sup>4</sup> En resumen, puede afirmarse que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración es consustancial a sus funciones de gestión del interés público. No debe olvidarse que el poder punitivo del Estado es único y se manifiesta a través de dos potestades sancionadoras paralelas: la penal atribuida a los órganos jurisdiccionales y la administrativa en manos de la administración pública. Como consecuencia de ello, las sanciones administrativas y penales tienen la característica común de ser manifestaciones del ius puniendi genérico del Estado.*

Entonces habida cuenta de la naturaleza compartida entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, en los que ambos comparten el principio de necesidad se observa que la subsanación de la conducta infractora antes de la imputación de cargos desemboca en la improcedencia de la denuncia y en el archivo del procedimiento, ello es que es un eximente de responsabilidad, no obstante dicho eximente anula el principio de necesidad y desconoce los fundamentos y alcances del mismo, puesto que independientemente de la subsanación de la infracción, la norma ya ha sido vulnerada y se ha evidenciado la comisión de un ilícito administrativo, donde la vulneración a la norma de protección al consumidor refleja que un proveedor ha quebrantado la ley y es deber del INDECOPI actuar y sancionar dicha conducta, puesto que resulta necesario que el ente encargado de la regulación y moderación del mercado manifieste un pronunciamiento que encause la conducta del proveedor, no solamente para reparar el daño ocasionado al consumidor afectado sino con miras al mercado en general y sustentado con el poder de policía de no pasar por alto las desviaciones de la norma deben de imponer una sanción, siendo que dicha sanción es la manifestación del principio de necesidad tanto en la graduación de la sanción como en el fin que debe cumplir esta.

De esta forma cuando un proveedor cometa una infracción, este actúa con pleno conocimiento que la amenaza de sanción por su actuar antijurídico es bastante generosa y el costo- beneficio de cometer una infracción es favorable para cometer la infracción puesto que conoce que el eximente de responsabilidad es subsanar su infracción, pero ya le generó una ganancia inicial y la subsanación es posterior y puede darse con mucho tiempo después y siempre que el consumidor llegue a denunciarlo, siendo este un

mensaje erróneo para el mercado, de tal forma que el nuevo eximente de responsabilidad no cumple con el principio de necesidad propio del derecho administrativo sancionador, aplicable al procedimiento de protección al consumidor.

#### **4. Naturaleza jurídica de un atenuante y un eximente de responsabilidad administrativa:**

El cambio introducido por el decreto legislativo 1308 incorpora, como ya se ha comentado, un eximente de responsabilidad que resulta nuevo en el Código de protección y defensa del consumidor, sin embargo dicho eximente no resulta novedoso únicamente para la legislación de consumo sino que dicho cambio parte de otro cambio introducido en la Ley del procedimiento administrativo general, ley 27444, la cual también modifica y consagra a la subsanación de infracciones con anterioridad a imputarse cargos como un eximente de responsabilidad administrativa. Entonces el Código de protección y defensa del consumidor básicamente recoge el eximente insertado en la ley 27444 y lo repite, sin embargo dicha cambio es radical y sustancial, puesto que la legislación administrativa y nuestra propia norma de consumo desde su dación ha considerado a la subsanación de la infracción como un atenuante de responsabilidad, ello es una circunstancia que permite aminorar o graduar la sanción a imponerse, en tanto consideraba que la subsanación de la conducta infractora importaba que ciertamente debía de imponerse una sanción, pero esta debería de ser atenuada y ser más benevolente por haber operado dicha subsanación, y tal atenuante fue estipulado o desde la dación de la ley 27444 y desde la promulgación del código de protección y defensa del consumidor en el año 2010.

Entonces este cambio legislativo introducido a finales del año 2016 representa un cambio en la naturaleza jurídica de una circunstancia, que pasa de ser un atenuante de responsabilidad a un eximente, o dicho en términos simples el cambio radica en que ya no es considerada la subsanación de la infracción como un elemento para imponer una menor sanción, sino que ahora es considerada un elemento para no imponer ninguna sanción, de tal forma que si un proveedor incurría en una infracción al artículo 18 y 19 de la norma de consumo por haber vendido un departamento sin los acabados que ofreció, y el consumidor denunciaba ello y antes de imputarse cargos el proveedor

inmobiliario cumplía con dar los acabados al departamento, anteriormente dicha subsanación ameritaba que la autoridad admitiera la denuncia y al imponer una sanción no le coloque 1 UIT, sino que por la subsanación se atenuaba la sanción y se imponía 0.5UIT o una amonestación, sin embargo debido al cambio en la naturaleza jurídica de esta circunstancia ahora la autoridad de consumo está obligada a decir que ya no puede imponer ninguna sanción puesto que no hay responsabilidad del proveedor inmobiliario, lo cual resulta equivocado.

En tal punto, es menester contrastar los textos anteriores de la Ley 27444y el Código de protección y defensa del consumidor antes de sus modificaciones con las mismas:

<p><b>Ley 27444- ley del procedimiento administrativo general</b></p>	<p><b>Decreto legislativo 1272 que modifica ley 27444)</b></p>
<p><b>Artículo 236-A.- Atenuantes de Responsabilidad por Infracciones:</b></p> <p>Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, las siguientes:</p> <p>1.- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235.<sup>81</sup></p>	<p><b>Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones:</b></p> <p>1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:</p> <p>f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.<sup>82</sup></p>

<sup>81</sup>Artículo 236-A de la anterior Ley 27444.

<sup>82</sup>Artículo 255, inciso 1 literal f) de la Ley 27444, insertado por el Decreto legislativo 1272

<p><b>Código de protección y defensa del consumidor, Ley 29571:</b></p> <p>Artículo 112 - Criterios de graduación de las sanciones administrativas: Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios: (...).Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:</p> <p>1. La subsanación voluntaria por parte del proveedor del acto u omisión imputado como presunta infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.<sup>83</sup></p>	<p><b>Decreto Legislativo 1308, modifican Código de protección y defensa del consumidor</b></p> <p>Artículo 108.- infracciones administrativas:</p> <p>(.....) Sin que la presente enumeración sea taxativa, pondrán fin al procedimiento administrativo la resolución de la autoridad administrativa que declara la improcedencia de la denuncia de parte en los siguientes supuestos: (.....)</p> <p>f) Si el proveedor subsana o corrige la conducta constitutiva de infracción administrativa con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos<sup>84</sup></p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

El cambio en la naturaleza jurídica resulta evidente, la subsanación de la infracción es un eximente de responsabilidad y deja de ser un atenuante, sin embargo revisando la naturaleza jurídica de ambas instituciones es posible afirmar que mientras un atenuante de responsabilidad involucra la existencia de una circunstancia que permite reducir o aminorar la sanción a imponerse graduándola en beneficio del infractor, puesto que si es cierto cometió la infracción se reconoce su enmienda y aunque no borra la comisión de la infracción si reduce sus impactos, es que se atenúa su responsabilidad, mientras que un eximente de responsabilidad supone que el presunto infractor no ha cometido la infracción, bien sea porque la conducta que se le imputa resulta falsa o porque existiendo el hecho de la presunta infracción esta no les atribuible a él, o no le es imputable, de tal forma que él no es responsable por dicha infracción. Sin embargo para

<sup>83</sup>Artículo 112, inciso 1 del anterior código de protección y defensa del consumidor

<sup>84</sup>Artículo 108 literal f) del código de protección y defensa del consumidor, modificado por el Decreto Legislativo 1308.

el caso del eximente recogido por el decreto legislativo 1308 la infracción si ha sido cometida, y en efecto dicha infracción es plenamente imputable al proveedor y este solo reduce sus impactos subsanándolos y dicho razonamiento nos lleva a preguntar ¿ por que el Decreto Legislativo 1308 considera dicha circunstancia como un eximente de responsabilidad ? , lo cual nos lleva a plantearnos otra pregunta ¿debiera seguir siendo considerada la subsanación de infracciones antes de imputarse cargos como un atenuante de responsabilidad?

La respuesta a las incógnitas planteadas deben ser respondidas desde el análisis de la naturaleza jurídica de los eximentes de responsabilidad y de los atenuantes de responsabilidad, advirtiéndose que la naturaleza de un atenuante es tal como se dijo anteriormente la de rebajar la sanción a imponerse, pero dicha reducción de la sanción implica que la autoridad de consumo ha verificado la comisión de una infracción y esta efectivamente existe, solo que por haber sido subsanada se considera que el administrado infractor ha colaborado a la enmienda y por ello se reduce la sanción, por otro lado el eximente de responsabilidad parte de la premisa que no existe la infracción, bien sea porque es otra persona la que incurrió en la comisión de la infracción, no hay nexo de causalidad, o la infracción no le es imputable al presunto infractor, aunque en todos estos esos casos subsiste la premisa de que la infracción no ha sido cometida por el proveedor denunciado.

Habiendo reparado en las naturalezas jurídicas de uno y otro, se observa que la subsanación de la conducta infractora presupone la existencia de una infracción, es decir que si se ha cometido la infracción, y después de dicha comisión se procede a reparar o subsanar la misma, pero la infracción ya se encuentra consumada, supuesto que resulta muy distinto al de una circunstancia que exonera de responsabilidad en la que la infracción no ha sido cometida por el proveedor.<sup>85</sup>

De allí que respondiendo a las incógnitas planteadas, se afirma que el eximente insertado por el Decreto Legislativo 1308 no tiene fundamento jurídico alguno que permita sustentar su tesis de considerar la subsanación de infracciones antes de la acusación como un eximente de responsabilidad y por el contrario debió de mantenerse la subsanación de la conducta infractora como un atenuante de responsabilidad, habida

---

<sup>85</sup>Rodríguez Collao, L., Punibilidad y responsabilidad criminal, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pagina 16, 1995, pp. 361-370.

cuenta que la naturaleza de dicha conducta es la de reducir la sanción<sup>86</sup>, puesto que la infracción ya ha sido plenamente cometida y la desviación del proveedor respecto del ordenamiento jurídico fue consumada, por lo que partiendo de la base que la infracción existió, es que no puede exonerarse de responsabilidad toda vez que un eximente opera cuando no se le puede imputar la infracción al administrado y en el presente caso la infracción si le es imputable al proveedor, quien reconociéndola subsana dicha infracción, de tal forma que se está confundiendo las naturalezas jurídicas de ambas instituciones.

Entonces se observa que las circunstancias atenuantes de responsabilidad pueden ser definidas de la siguiente forma, *Ahora bien, cuando se trata de atenuantes genéricas que identifican una menor antijuridicidad del hecho o una menor culpabilidad de su autor, ellas producen como consecuencia una menor punibilidad o posibilidad de sanción del delito, y van a determinar una pena concreta menor.*<sup>87</sup> O estando a lo dicho por uno de los autores de la Ley del procedimiento administrativo general y que comenta precisamente las circunstancias atenuantes indica que *Como se sabe las circunstancias atenuantes son las particularidades de tiempo, lugar, condición, modo, o estado previstas por el ordenamiento que pueden aparecer o no en el momento de la comisión del ilícito. Ellas ocasionan que una misma falta administrativa pueda ser legalmente sancionada de diferentes maneras con medidas punitivas contextualizadas a cada caso, de suerte que cuando concurren se propende aminorar el quantum o la modalidad de punición administrativa*<sup>88</sup>

De lo anotado se desprende que la naturaleza jurídica del atenuante presupone la existencia de una infracción, es decir que la responsabilidad administrativa ha sido determinada y lo único que se halla en discusión es la magnitud de la sanción a imponerse, de tal manera que se pueda predicar un menor grado para dicha sanción, aunque teniendo claro que la infracción existe, de tal forma que analizando a la subsanación de infracciones antes de la imputación de cargos, observamos que precisamente tal como su propia denominación lo indica está ya parte de la premisa que

---

<sup>86</sup>Baigun, D., Naturaleza de las circunstancias agravantes, Buenos Aires, Edit. Pannedille, 1971, p. 51.

<sup>87</sup> Prado Saldarriaga Víctor, Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal en Revista Themis Edición N° 68, 2016, página 34, Lima



existe una infracción, que dicho ilícito administrativo ya ha sido cometido y ahora el administrado infractor procede a efectuar la reparación de dicha infracción, sin embargo la comisión de la infracción subyace a esta subsanación, entonces partiendo desde el rótulo de dicha circunstancia modificatoria de la responsabilidad administrativa observamos que esta fue diseñada desde sus orígenes para ser catalogada como un atenuante de responsabilidad.

Nuevamente vale utilizar otra pregunta: ¿cómo puede señalar el Decreto legislativo 1308 que este exonerado de responsabilidad por la infracción de la cual se te acusa, si en efecto el infractor es responsable de la comisión de esta? O traducido en otro ejemplo más concreto ¿Cómo puede decirse que Adán esta exonerado de responsabilidad por el robo de la manzana prohibida si en efecto él fue quien robo la manzana? las preguntas reflejan una profunda dicotomía y contradicción puesto que la naturaleza de una y de la otra es incompatible, el error en el concepto y en la lógica nos indica que no puede ser responsable por una infracción y al mismo tiempo ser exonerado de responsabilidad, es decir no puede haber cometido la infracción y subsanarla y aun así que se exonere de responsabilidad.

Por otro lado, y conforme se mencionó se aprecia que la naturaleza jurídica de un eximente de responsabilidad radica en que el hecho infractor no le es imputable al acusado de la infracción, bien sea porque él no cometió la infracción, hay un tercero responsable de la misma o porque obedeció a causas externas, de lo cual se puede deducir válidamente que en cualquiera de esos supuestos se encuentra como común denominador que él no es responsable por la infracción, por lo tanto no tienen ninguna obligación legal de reparar las consecuencias de la misma al afectado, y el estado no puede emitir ningún juicio de reproche sobre este, en el sentido que no puede atribuirle responsabilidad alguna y por el contrario lo declara absuelto de los cargos acusados y no puede manifestar su potestad de sanción. De allí que contraste la naturaleza jurídica de un eximente de responsabilidad, con la naturaleza jurídica de la subsanación del infracción antes de la imputación de cargos se detecta que ambas son contrarias y persiguen fines distintos, por cuanto en la subsanación de la infracción, el acusado de esta si es responsable de la infracción y si tiene la obligación legal de reparar sus consecuencias, habiéndose verificado que efectivamente incumplió la norma y el estado tiene expedita su facultad sancionadora, sin embargo con el vigente artículo 108 literal

f) del Código de protección y defensa del consumidor, considera que a pesar de esta naturaleza contradictoria se debe asimilar la subsanación de la infracción como un eximente de responsabilidad, aun cuando no cumple con ningún requisito para ser considerada como tal.

A tal efecto es de verse lo expresado por la RESOLUCIÓN 1448-2012/SC2-INDECOPI: 29. *En distinto escenario nos encontramos cuando se pretende aplicar lo dispuesto por el artículo 236°-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General:14. Dicho artículo regula expresamente una circunstancia atenuante de la responsabilidad administrativa. Ello significa que, si en la tramitación de un procedimiento administrativo la autoridad administrativa determina que el administrado ha incurrido en una infracción a la normativa aplicable al caso, determinando así responsabilidad administrativa, las acciones del proveedor destinadas a subsanar la conducta infractora con anterioridad a la notificación de imputación de cargos, serán valoradas como un atenuante de la sanción que corresponda imponer.*<sup>89</sup>

Es pertinente indicar que la propia Sala especializada en materia de protección al consumidor ha vertido jurisprudencia referida a la subsanación de infracciones con anterioridad a la imputación de cargos, en la cual claramente consideran que la misma tiene una naturaleza reductora de la sanción o atenuante de responsabilidad, puesto que consideran que la sola infracción es mérito suficiente para determinar que ha existido un ilícito administrativo que ha quedado consumado, así en la generalidad de casos suele darse que un proveedor comercializa un producto defectuoso y la sola comercialización de ese producto ya implica una infracción, por lo que el hecho de subsanar su infracción mediante la reparación del defecto solo atenúa la responsabilidad. A mejor explicación se transcribe lo señalado por la alta autoridad de protección al consumidor que en la RESOLUCIÓN 00812-016/SPC-INDECOPI indica lo siguiente: 18. *Precisamente, ello se ajusta a lo dispuesto en el artículo 112° del Código, el cual describe una serie de supuestos que deben considerarse como circunstancias especiales atenuantes en la graduación de la sanción, en los cuales se revele, de manera voluntaria y oportuna, una conducta reparadora por parte del proveedor que cometió una infracción o generó un daño al consumidor. En atención a ello, la aplicación oportuna de remedios deberá ser*

---

<sup>89</sup>RESOLUCIÓN 1448-2012/SC2-INDECOPI, expedida por la Sala Especializada en materia de protección al consumidor de INDECOPI, fundamento 14

*tomada en cuenta como una circunstancia atenuante para la graduación de la sanción, pudiendo llegar incluso hasta una amonestación. 19. Ahora bien, como se puede apreciar de lo alegado por la denunciada en su recurso de apelación, Derco no ha negado la existencia de desperfectos en la dirección del vehículo (referidos a rigidez en los giros y presencia de sonidos), más aún ha señalado que cumplió con repararlos, ¿y que estos no se volvieron a presentar; sin embargo, como se ha señalado precedentemente y en anteriores oportunidades., la venta de un producto defectuoso en el mercado (que en el presente caso ha sido un automóvil) constituye por sí misma una infracción al mismo, sin perjuicio del ofrecimiento o de la solución posterior que el proveedor pudiera brindar al consumidor, el cual podría ser considerado como una circunstancia atenuante para la graduación de la sanción, en caso se demuestre que constituyó un remedio inmediato y satisfactorio<sup>90</sup>*

Conforme se observa de la resolución precitada la subsanación de la conducta infractora ostenta una naturaleza atenuante de la sanción , en tanto la infracción ya existe y se halla plenamente cometida de manera que la desviación de la conducta del proveedor es el hecho infractor punible consumado, y las reparaciones enmiendas o subsanaciones a su infracción aun cuando sean inmediatas y satisfactorias,, únicamente son un atenuante de responsabilidad , a lo cual se agrega que el razonamiento de la Sala especializada en materia de protección al consumidor de Indecopi parte de la premisa que la infracción existe y como tal la subsanación es una acción posterior a esta, y por tanto es una medida residual que no es compatible con un eximente de responsabilidad en el cual se parte de la no imputación de la infracción al proveedor, supuesto de hecho y derecho que es negado en la subsanación de la conducta infractora. Incluso, es de verse que los proveedores denunciados alegaron ello, que habían subsanado su infracción antes de imputarse cargos y por lo mismo que carecía de objeto que se emitiera un pronunciamiento de fondo, alegando que al subsanar su conducta habían actuado conforme a las normas, pero ello no desbarata la comisión inicial de la infracción.

Nuevamente es valedero utilizar un caso analizado por el máximo órgano de protección a al consumidor de Indecopi, el cual versa sobre una consumidora que había adquirido de un proveedor un artefacto doméstico , una lavadora , la cual a los pocos días de ser adquirida presento una serie de fallas, sin embargo el proveedor denunciado alega como

---

<sup>90</sup>RESOLUCIÓN 00812-016/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala Especializada en materia de protección al consumidor de INDECOPI, fundamento 18 y 19

defensa que al tomar conocimiento de dichos desperfectos procedió a cambiar la lavadora defectuosa por otra nueva a efecto de cumplir con la garantía ofrecida, y que la consumidora se habría negado, en primera instancia la decisión de la comisión de protección al consumidor fue la de declarar infundada la denuncia al estimar que el proveedor habría subsanado su infracción con los remedios ofrecidos, sin embargo el máximo colegiado resolvió declarando fundado el recurso de revisión interpuesto por la consumidora denunciante, indicando que el ofrecimiento de remedios, reparaciones que tengan por efecto subsanar una infracción no exime de responsabilidad al proveedor denunciado puesto que la infracción en efecto ha sido cometida y ello ya supone por sí sola que se vulneró el derecho del consumidor y a las normas de consumo, cabiendo únicamente que se atenúe la responsabilidad.

Dicho razonamiento recayó en la RESOLUCIÓN 3354-2013/SPC-INDECOPI: 30. *Así, en anteriores pronunciamientos, la Sala ha señalado que la aplicación de los remedios no puede liberar o exonerar a los proveedores de la obligación de brindar productos idóneos en el mercado, sin perjuicio de lo cual es conveniente precisar que si se verificara que el proveedor otorgó inmediatamente y de manera satisfactoria el respectivo remedio frente a la falla de su producto, dicho proveedor debe ser visto de una manera más benevolente en tanto evidencia una disposición por enmendar la falta de idoneidad en la que incurrió.*<sup>91</sup>

### **5. Contraste de la subsanación de la infracción con otros atenuantes de responsabilidad:**

Según puede apreciarse en líneas precedentes, se mencionó que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal derivan de la potestad de sanción general del estado, quien es el encargado de velar por la represión y desaliento de las conductas antijurídicas imponiendo penas y sanciones para aquellos que transgredan al ley y dictar las medidas de reparación respectivas en caso fueran pertinentes, sin embargo la semejanza de ambas ramas del derecho no se agota en el fundamento de estas sino que es posible contrastar el eximente del código de protección y defensa del consumidor con otras circunstancias idénticas tanto a nivel de cuerpos administrativos sancionadores de otros sectores como en el derecho penal. Al respecto empezaremos por analizar la semejanza del eximente analizado con el existente en el derecho penal aunque a

---

<sup>91</sup> RESOLUCIÓN 3354-2013/SPC-INDECOPI expedida por la Sala Especializada en materia de protección al consumidor de INDECOPI, fundamento 30

diferencia de su homólogo ubicado la norma de consumo, el derecho penal señala que la subsanación o reparación del daño ocasionado a la víctima es un atenuante de responsabilidad y no un eximente.

Es así que el artículo 46 del Código penal peruano contiene aquellas circunstancias atenuantes de responsabilidad, destacando para objeto de nuestra investigación la contenida en el literal f), al respecto la cita textual es la siguiente: *Artículo 46°.* - *Circunstancias de atenuación y agravación 1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: (...) **f. Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado.*** Nótese que el código penal consideraba a la reparación del daño como un atenuante de responsabilidad, de manera tal que la norma penal afirma que será más benevolente con aquel criminal que habiendo cometido el delito decide subsanar el mismo reparando el daño ocasionado, lo que es traducido en la subsanación voluntaria del delito y sus consecuencias.

Tal eximente contenido en el artículo 46. 1 de nuestro código penal no es sino una adaptación de su homólogo contenido en la ley 27444 y en el código de protección y defensa del consumidor, rotulado bajo la subsanación voluntaria de la conducta infractora antes de la imputación de cargos, aunque en la norma penal ni siquiera se establece un criterio de oportunidad para subsanar el daño ocasionado, puesto que no diferencia si esta subsanación es antes o después de la acusación de cargos, es decir que aun sea antes igualmente será un atenuante de la sanción, entonces dicho atenuante de responsabilidad penal bien puede ser comparado con la subsanación de la conducta infractora que acarrea la improcedencia de la denuncia del consumidor y el archivo del caso, contenido también en la ley 27444 a raíz del decreto legislativo 1272, puesto que en materia de protección al consumidor el eximente introducido tiene por finalidad resarcir el daño sufrido por el consumidor, lo que significa que el consumidor afectado al ver reparada las consecuencias sufridas por este ya no tiene necesidad de recurrir a la autoridad de protección al consumidor, puesto que ya no podría obtener la medida correctiva que solicito en su denuncia, por cuanto ya se le ha reparado el daño sufrido.

No obstante, la medida correctiva disfrazada bajo la subsanación de la conducta infractora del proveedor es un símil de la reparación del daño o la reparación de las consecuencias generadas por la comisión de un delito, siendo ambos sustancialmente

semejantes en sumo grado, y el derecho penal ha estimado de forma acertada que tal circunstancia es un atenuante de responsabilidad más no un eximente del mismo, puesto que en ambos casos se trata de reparar o subsanar el daño sufrido por la víctima, de tal suerte que en materia de derecho penal puede ocurrir que una persona A sea abogado de la persona B, y B le paga la suma de S/ 1000.00 mensuales para la asesoría profesional en un caso judicial, sin embargo A no realiza ninguna gestión y al enterarse B que en efecto no se ha efectuado ninguna diligencia en su caso judicial a pesar de haber venido pagando mes tras mes por el servicio de patrocinio judicial, no se ha cumplido con el servicio, en tal caso si denuncia penalmente al abogado A por el delito de estafa , la reparación del daño ocasionado a B es devolverle su dinero, en cuyo caso el delito existe solo que se han reparado sus consecuencias y es un atenuante de la pena a imponerse, por otra lado si denuncia B tal hecho ante el órgano de protección al consumidor ( sea órgano sumarísimo o comisión ) y A devuelve el dinero entonces la denuncia será archivada y declarada improcedente operando el eximente de responsabilidad del Decreto legislativo 1308, al haberse subsanado la conducta infractora, sin embargo en este último caso se observa que en situaciones igualmente semejantes se adoptan dos caminos diferentes, cuando por la semejanza del poder de sanción de ambas y por tratarse de manifestaciones del estado en sus deberes de policía se deberían considerar ambas situaciones como atenuantes de responsabilidad.

A raíz del ejemplo planteado puede anotarse otro el cual consiste en que un consumidor recurre a un supermercado en el cual suele ocurrir que se puede guardar mochilas, bolsos o maletines en unas gavetas, similares a los lockers dándole al consumidor una tarjeta para identificar en que gaveta guardo sus objetos, ocurriendo que al retornar a por sus pertenencias el personal de atención se niega a darle estos objetos, entonces el consumidor decide interponer una denuncia por apropiación ilícita ante el ministerio público y a su vez una denuncia en materia de protección al consumidor por falta al deber de idoneidad del artículo 18 y 19 del código de protección y defensa del consumidor, en tal caso cabe interrogarnos ¿cuál es el daño sufrido por el consumidor? : La respuesta es la no devolución de sus pertenencias, tanto en vía penal como en sede administrativa de protección al consumidor ese sería el daño sufrido por la víctima, entonces en el caso de derecho penal si se devuelve las pertenencias el dependiente será responsable igualmente, pero en materia de protección al consumidor se absolverá de todo cargo y la denuncia es improcedente. En atención al ejemplo propuesto se advierte

que la lógica de uno y otro como atenuante y eximente de responsabilidad obedecen a un mismo supuesto y por tanto no debieran ser diferentes<sup>92</sup>. Máxime que en ambos casos se analiza la reparación del daño al afectado, lo cual no enerva la acción punitiva del estado.

Sobre la naturaleza de este atenuante en materia penal encontramos que la doctrina se ha pronunciado al respecto indicando que: *Lo esencial radica en la decisión espontánea del delincuente de reparar en lo posible el daño ocasionado u otras consecuencias negativas generadas por su accionar ilícito. De esta manera, él revela una actitud positiva que debe meritarse favorablemente en la punibilidad del delito que aquél hubiera cometido*. De dicho aporte doctrinario puede extraerse un punto interesante, el cual radica en que el estado premia dicha reparación del daño debido a que su objetivo es sancionar a los sujetos que vulneran la norma, y por dicha vulneración existen consecuencias, pero al apreciar el afán voluntario de reparar la vulneración la norma, estima que en ese caso la sanción debe ser proporcional y no tan severa, la misma lógica funciona en materia de protección al consumidor debido a que el proveedor que espontáneamente subsana su infracción denota que desea reparar el daño causado y por ende el juicio de reproche que debe emitirse debe ser uno que considere tal situación, puesto que resultaría injusto sancionar en la misma magnitud a un proveedor que subsana su infracción voluntariamente con otro que no ha efectuado reparación alguna.

Por otra parte, es de considerarse el siguiente aporte doctrinario: *Sin embargo, es pertinente comentar una atenuante similar del Código Penal de 1924, “que la reparación debe ser espontánea, es decir, voluntaria y, naturalmente antes de la respectiva sentencia. Se entiende que la reparación debe partir del autor, y no de terceros”. Ella, por lo demás, tal como lo admite la doctrina colombiana, incluye “los eventos de la restitución, reparación del daño o indemnización de perjuicios, compensaciones, etcétera”*<sup>93</sup> claramente se desprende de dicha cita, que lo que se repara son las consecuencias sufridas por el afectado del ilícito, es decir que independientemente de la comisión de una infracción que vulnera los mandatos legales obligatorios del estado, también dicho incumplimiento puede afectar a un sujeto en particular en cuyo caso la infracción reviste mayor gravedad pero si logra repararse el

---

<sup>92</sup>VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “Derecho Penal. Parte General”. Cuarta edición. Bogotá: Comlibros. 2009

<sup>93</sup> PEÑA CABRERA, Raúl. “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Tercera edición. Lima: Sagitario. 1987. p. 264

daño, sea mediante una indemnización, restitución de lo afectado u otro similar se resta ese componente que agravaba la sanción y corresponde que el estado ejerza su potestad de sanción de forma benévola reduciendo esta. Entonces se identifica que la sola comisión de la infracción es por sí sola una conducta antijurídica reprochable que implica per se un apartamiento de la ley que es censurado, sin embargo, si dicha conducta antijurídica deviene a su vez en una afectación para un tercero evidentemente se debe reparar ese daño y la infracción es más grave, pero esa gravedad adicional que en suma agrava la sanción a imponerse puede ser restada si se subsana el daño

Es por ello que para el consumidor que adquiere un producto alimenticio y este es vendido en condiciones insalubres por un proveedor, que ha perdido dinero por dicha compra, se denota que si en caso no se hubiera materializado la compra, la sanción a imponerse podría ser de 1 UIT, sin embargo en caso de haberse dado la compra la sanción sería de 2 UIT, pero subsanando la infracción y devolviendo le dinero se reduce la sanción a imponerse, ese es el planteamiento del derecho penal y debiera ser también el planteamiento en materia de protección al consumidor y que de hecho lo fue hasta diciembre de 2016, y es a raíz del decreto legislativo 1308 que se ha variado todo el esquema.

## **6. Contraste con circunstancias eximentes de responsabilidad de ley 27444y el código de protección y defensa del consumidor**

Estando a lo mencionado anteriormente se aprecia que la subsanación de la conducta infractora acaecida con anterioridad a la imputación de cargos es un eximente introducido tanto a nivel de la Ley del procedimiento administrativo general como a nivel del Código de protección y defensa del consumidor, sin embargo a efecto de demostrar que dicha circunstancia no ostenta la naturaleza de un eximente es preciso comparar esta con los otros eximentes que obran en la ley 27444 y en nuestra norma de consumo a efecto de verificar que en todos estos su naturaleza en efecto es la de exonerar de responsabilidad puesto que la infracción no le puede ser imputable al administrado a diferencia de la subsanación de la infracción donde si le es plenamente imputable a este . A tal propósito se revisa el artículo 255 de la norma administrativa que consagra a dichos eximentes los cuales son: *1.- Constituyen condiciones eximentes*



*de la responsabilidad por infracciones las siguientes: a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.*

*b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.*

*c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.*

*d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.*

*e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.*

*f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.<sup>94</sup>*

Empezando por el caso fortuito y fuerza mayor es de anotarse que en caso ocurran actos de la naturaleza o un acto del hombre que imposibilite a un administrado cumplir con una obligación legal y actuar conforme a las normas imperativas resulta que quedara exonerado de responsabilidad en razón a que dichas fuerzas externas y ajenas a su voluntad, fueron las que interfirieron en su conducta, por lo cual se trata de un suceso imprevisible, irresistible y extraordinario que determino que cometa una infracción , es decir forzado por tales circunstancias frente a las cuales no pudo oponer resistencia, así por ejemplo en el caso de una empresa minera que se encuentre transportando residuos tóxicos en un camión que se dirige a un vertedero autorizado y en el camino sufra un asalto y estos delincuentes botan los residuos tóxicos, entonces estamos frente a un caso de fuerza mayor, en el que ciertamente los residuos son del administrado y ciertamente se han botado en lugares prohibidos, sin embargo ello obedeció a una fuerza externa y por tanto la infracción no le es imputable a él, son causas ajenas.

El obrar en cumplimiento de un deber legal también supone que la conducta del presunto infractor no sea antijurídica, sino que ha actuado conforme a derecho, por lo que el juicio de reproche por haber vulnerado una norma no puede emitirse, puesto que dicha vulneración fue realizada bajo el amparo de la ley, aunque igualmente la

---

<sup>94</sup>Artículo 255 de la ley 27444, Ley del procedimiento administrativo general

infracción no le puede ser imputada al administrado. En cuanto a la incapacidad mental que afecte la aptitud para comprender la infracción esta también no permite atribuir responsabilidad al infractor ya que no se puede culpar por la comisión de un ilícito a un inimputable que carece de criterio lógico y discernimiento suficiente para comprender las consecuencias de sus actos, entonces aquí el eximente de responsabilidad se funda en que no hay culpabilidad. Por otro lado, respecto de la orden obligatoria por parte de una autoridad competente en el marco de sus funciones supone también la exoneración de responsabilidad por razones de obediencia debida en la que es la propia autoridad la que imparte una instrucción imperativa y es función de esta y del administrado cumplir dicha función por lo que su conducta no es antijurídica y precisamente por ello es que no hay lugar a responsabilidad.

En cuanto al error inducido por parte de la administración debido a una disposición confusa o ilegal, también se observa que no existe el elemento de culpabilidad debió a que la razón por la cual un administrado pudiera cometer una infracción tiene su origen en el cumplimiento de una disposición que la propia administración le ordeno cumplir a través de una disposición y si esta resulta confusa o ilegal, dicha confusión o ilegalidad que son las que en definitiva determinan que el administrado actué de esa forma, son únicamente imputables a la administración mas no al administrado, no encontrándose culpa en este. Así por ejemplo puede darse el caso hipotético de que en un procedimiento en materia de protección al consumidor sobre rotulado de productos alimenticios, la autoridad de consumo ordene como medida correctiva que el proveedor cumpla con rotular los alimentos según una norma técnica y esta norma técnica días después es derogada, en cuyo caso si el proveedor no cumple con dicha medida correctiva se debió a que la disposición de la autoridad de consumo fue confusa, no siendo culpable por dicha aparente infracción. Aunque en caso la orden sea confusa, es decir no esté bien descrita e identificada podríamos estar frente a un supuesto de falta de tipicidad.

En todos los casos anotados es preciso extrapolar las razones puntuales por las cuales tales circunstancias son consideradas como eximentes de responsabilidad , en el primero de ellos es por causas externas ( fuerza mayor ,etc) es decir no hay el elemento de culpabilidad, en el segundo caso se cumple un deber legal o legítima defensa y no existe el elemento de antijuricidad, en el tercer caso el administrado es incapaz mentalmente

por lo que no hay el elemento de culpabilidad, en el cuarto caso de la orden obligatoria de la autoridad se observa que no está presente el elemento de la antijuricidad y en el último caso sobre disposiciones confusas o ilegales falta el elemento culpabilidad o tipicidad. De lo cual desprendemos válidamente que son eximentes de responsabilidad bien porque sean actos u omisiones que no son antijurídicos, que no son típicos o que no son culpables. Ello nos conlleva a vincular tales elementos con la teoría del delito que señala que hay delito o crimen cuando una acción es típica, antijurídica y culpable, entonces tales elementos pueden ser extrapolados en materia de derecho administrativo sancionador y ser incorporados a la categoría de infracción administrativa.

Es decir que una infracción administrativa al Código de protección y defensa del consumidor que acarrea una sanción tiene como elementos que se trate de una acción típica, antijurídica y culpable, precisamente la tipicidad es uno de los principios del derecho administrativo sancionador contenido en el artículo 246 inciso 5 de la ley 27444, aplicable al procedimiento de protección al consumidor, de tal forma que si una infracción no está prevista en el código o en otra norma con rango de ley, esta no resulta sancionable y un proveedor no está obligado a actuar conforme a este si no está tipificada, de la misma forma si el proveedor actúa cumpliendo las leyes entonces su conducta no es antijurídica o si actúa por orden de una autoridad administrativa entonces tampoco resulta antijurídica su conducta, por otro lado si su comportamiento es por causas de fuerza mayor o caso fortuito no es culpable o si actúa por error inducido por la administración igualmente no es culpable. En virtud de lo expuesto se aprecia que si resulta posible identificar a los elementos de la teoría de delito en las infracciones administrativas y que la ausencia de cualquiera de esos elementos son los que determinan que no haya responsabilidad, y por ende sean considerados como eximentes de responsabilidad.

Sin embargo, para el caso de la subsanación voluntaria de la conducta infractora con anterioridad a la imputación de cargos observamos que si se cumplen todos y cada uno de los elementos que configuran la teoría del delito, y que en suma se hayan presentes también en las infracciones, puesto que la subsanación de la infracción si implica que haya una acción u omisión debidamente tipificada en la norma como infracción, sumado a ello si es una conducta antijurídica por cuanto se ha vulnerado una norma, y si es un comportamiento culpable imputable al infractor y no concurre ninguna de las

circunstancias eximentes a las que hace referencia el artículo 255 de la ley 27444, entonces un claro ejemplo de ello serían los proveedores de servicios educativos que deciden no permitir el ingreso a clases de los alumnos que no pagan la pensión, pero antes de imputarse cargos se permite al alumno el ingreso a clases, subsanando su infracción. Sin embargo, si es una acción típica, la norma de consumo en el artículo 74 literal e ) de la norma de consumo señala que no puede prohibirse el ingreso a clase, es una acción antijurídica puesto que se ha contravenido la norma y es culpable por cuanto él fue el responsable de impedir el ingreso a clases, de allí que el resultado sea que ha cometido una infracción y no puede ser exonerado, sin embargo el novel eximente del Decreto legislativo 1308 proclama lo contrario, lo cual supone una clara equivocación.

Bajo el ejemplo propuesto, un proveedor que subsana su infracción, implica que precisamente se ha cometido la infracción por ser esta típica, por haber actuado de forma ilícita o antijurídica y él es el culpable , existiendo un nexo casual que le permite atribuir a él la comisión de la infracción, entonces él es imputable por dicho ilícito administrativo, y la naturaleza de la subsanación no es la de un eximente sino la de un atenuante de responsabilidad, por tal razón es que el código penal también considera la reparación voluntaria del daño como un atenuante puesto que en efecto existen todos los elementos para que se configure el ilícito, ya que no existe ninguna causa de justificación amparable que no permita imputar responsabilidad, de la misma forma el proveedor que subsana su infracción ante el consumidor es responsable por ello y no puede ser exonerado de responsabilidad ya que se cumplen todos los elementos de una infracción y en todos ellos no haya cusa de justificación legítima, entonces todo apunta que la subsanación de la infracción debe ser un atenuante, en razón a que a diferencia de los otros eximentes y bajo la luz de los elementos que configuran una infracción se cumplen todos estos, careciendo de la esencia de un eximente.

## **7. Comparación de la subsanación de infracciones con los eximentes del código de protección y defensa del consumidor:**

Sin perjuicio de los eximentes contenidos en la norma fundamental del procedimiento administrativo, se observa que en nuestra propia legislación de protección al consumidor se ha regulado casuales por las cuales un proveedor puede ser exonerado de responsabilidad, a tal motivo el artículo 104 de la norma que regula las relaciones de

consumo señala lo siguiente: *artículo 104: (...)* El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar 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. Bajo la óptica de la norma acotada se aprecia que son 3 las causas de exoneración de responsabilidad, los sucesos de caso fortuito y fuerza mayor, el hecho determinante de un tercero y la propia imprudencia del consumidor. Respecto de las casuales de exoneración antes mencionadas se detecta que estas parten por la ruptura del nexo casual, de forma que el suceso o evento que constituye la presunta infracción no le puede ser imputable al proveedor, por cuanto ya no existe ese nexo de causalidad entre el hecho y el sujeto responsable puesto que el enlace entre ambos se ha visto alterado sustancialmente por un hecho externo y ajeno a la voluntad del proveedor. Así las cosas en el caso fortuito y fuerza mayor se tratan de hechos de la naturaleza o del hombre que son sucesos extraordinarios e irresistibles que no pudieron ser previstos por el proveedor y son tales sucesos ajenos a sus esfera de control los que determinan que no puede cumplir con la normativa de protección al consumidor, a tal punto sirve utilizar el ejemplo de los proveedores de servicios de encomienda los cuales deben de transportar de una ciudad a otra o de un punto a otro un objeto por encargo de un consumidor, ocurriendo que se pacta que la entrega debe llegar en la fecha del día 1 , sin embargo ocurre un desastre natural como lo es el desborde de ríos que bloquean los accesos a ese punto de destino en cuyo caso es tal acontecimiento de la naturaleza el que impide al proveedor cumplir con el servicio de encomienda, sin embargo se rompe este nexo causal entre el incumplimiento y el responsable puesto que en el medio se halla tal evento natural y por ende el proveedor no es imputable por la infracción.

Es preciso indicar, que sobre el caso fortuito o fuerza mayor la jurisprudencia de la Sala especializada en materia de protección al consumidor ha precisado los alcances de este eximente como un hecho ajeno a su esfera de control y voluntad, debiendo ser en efecto un suceso que no pudo ser previsto, es excepcional y extraordinario, habiendo precisado dicho eximente en el caso del transporte aéreo donde es frecuente que las aerolíneas incumplan con las horas de salida o llegada de los vuelos y generalmente alegan casos de fuerza mayor o caso fortuito debido a las condiciones del tiempo ,fallas inesperadas en el avión u otros , por lo que mediante RESOLUCIÓN 0910-2016/SPC-INDECOPI se señaló lo siguiente : **9. No obstante, el incumplimiento de una obligación por parte del**

**proveedor puede responder a causas imputables y no imputables. Las causas no imputables son aquellas que se imponen como un límite a la responsabilidad por incumplimiento, en donde el esfuerzo requerido es el máximo y el proveedor no puede liberarse salvo que acredite la rotura del vínculo causal, lo que determina la inexistencia del nexo o continuidad causal y, por tanto, la inexistencia de responsabilidad. 10. Es necesario precisar que en lo referente a las causas no imputables señaladas en el punto precedente, la doctrina establece que éstas deben ser entendidas como un “evento extraño a la esfera de control del obligado” y no como una “causa no atribuible a la culpa del deudor”, por cuanto existen impedimentos que por ser expresión de un riesgo típico de la actividad comprometida se consideran imputables al obligado** <sup>95</sup>

Reparemos en estos dos últimos conceptos acotados por el alto tribunal de protección al consumidor, los cuales son un evento extraño a la esfera de control del obligado y no una causa no atribuible a la culpa del deudor, lo cual significa que no basta con que el proveedor no sea responsable por un suceso, sino que el suceso debe ser tal que efectivamente escape a su esfera de control y no puede emplear medidas para corregir dicho evento, siendo que en el caso bajo comentario ocurrió un accidente en unos de los tripulantes de la nave y ello ocasionó la demora en la salida del vuelo, sin embargo en la normativa de la materia se precisa que debía de haber tripulantes suplentes y que si bien es cierto es ajeno a la culpa de la aerolínea el que haya un accidente en un tripulante, lo cierto es que si estaba dentro de su esfera de control suplirlo por otro, máxime que la norma exige ello. Ahora utilicemos esos conceptos en el eximente recaído a subsanación de la conducta infractora antes de imputarse cargos, en tal circunstancia el hecho materia de infracción si está sujeto a la esfera de control del proveedor y también es por causas atribuibles a la culpa del deudor, lo cual significa que el proveedor podía haber empleado mecanismos que evitaran la infracción y es plenamente culpable por la comisión de la infracción, no existiendo algún evento que rompa el nexo causal ya pesar de ello se le ha considerado como un eximente de responsabilidad.

---

<sup>95</sup>RESOLUCIÓN 0910-2016/SPC-INDECOPI expedida por la sala especializada en protección al consumidor de INDECOPI, fundamento 9 y 10.

Apreciamos de un lado que los eximentes de responsabilidad previstos por la norma de consumo inciden en la ruptura del nexo causal, e incluso se ha revisado uno de los variados casos, donde aun cuando se trate de sucesos que no sea imputables a la culpa del proveedor pero están en su esfera de control, entonces no hay lugar a una exoneración de responsabilidad, y con mayor razón no debería eximirse de responsabilidad al proveedor que comete una infracción por culpa imputable a él y por hechos que están bajo su dominio, sin embargo esa es la lógica errada del eximente de responsabilidad de la subsanación de la infracción, en donde se cumplen los dos presupuestos para responsabilizar a un proveedor ,y a pesar de ello se considera que debe aplicarse un eximente, careciendo de todo asidero lógico y legal dicha premisa, debido a que por un lado se sanciona y responsabiliza a un proveedor que en efecto no tuvo culpa pero si estaba en su esfera de dominio el no cometer la infracción, y por otro lado se exonera de responsabilidad a un proveedor que si cumple con ambos supuestos y en efecto es responsable pero que subsanó su infracción. Incluso podemos equiparar el caso comentado a que la aerolínea en vez de alegar caso fortuito pudo haber manifestado que ya devolvió el dinero del pasaje al consumidor y con ello ya estaría exento de responsabilidad, lo cual genera un incentivo perverso en el mercado.

Sumado a ello, es de destacarse que la esencia o fundamento que cataloga el caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad es que no se le puede imputar al proveedor la infracción, por no ser culpable, esencia que no se halla presente en la subsanación de la infracción, aun cuando ocurra con anterioridad a la imputación de cargo, por cuanto en este supuesto el proveedor si es responsable y hay causas que mantienen vigente esa imputación.

En torno a la intervención de un tercero o el hecho determinante de un tercero que sea el que haya propiciado en definitiva la infracción, es que se requiere de la intervención de un tercero ajeno al proveedor cuya actuación u omisión haya sido determinante para la comisión de una infracción de la normativa de consumo, de tal forma que sea dicho tercero el responsable de esta, lo cual no supone que cualquier actuación u omisión de un tercero será causal suficiente para exonerar al proveedor de responsabilidad sino que este tenga tal influencia en la comisión de la infracción, que el proveedor no pueda haber evitado mediante algún mecanismo de previsión que razonablemente le pueda haberse exigido. En este supuesto de exoneración de responsabilidad resulta evidente

que el proveedor no sería responsable del ilícito administrativo por cuanto no habría siquiera antijuricidad en su conducta, ni mucho menos culpabilidad, por lo que tales elementos enveran contra él los cargos que pudieran imputársele. Y es que resulta claro que, si el proveedor actúa con apego las normas de protección al consumidor y aun así hay una infracción por el actuar de un tercero ajeno a él, entonces mal haría el estado en reprocharle al proveedor la infracción ya que esta no obedece a su culpa.

En vista a lo dicho, se debe de comparar la esencia o el fundamento de esta circunstancia que exonera de responsabilidad al proveedor con la subsanación de la conducta infractora, en la medida que es el hecho de un tercero o la voluntad externa de un sujeto que determina la infracción, no habiendo actuado el proveedor de forma antijurídica ni es culpable, mientras que en la subsanación de la infracción de forma anterior a la imputación de cargos, el proveedor si actúa de forma antijurídica y es plenamente culpable por la infracción, no existiendo la intervención de un tercero que justifique su responsabilidad, razón por la cual nuevamente el contraste nos lleva a indicar que la subsanación de la infracción no puede conllevar a la exoneración de responsabilidad, puesto que aquí subsiste el actuar antijurídico que ha contravenido normas y en suma concurren todos los elementos que puedan constituir una infracción.

Reparemos en un punto básico, si el proveedor ajusta su conducta a derecho, y actúa en el mercado como un diligente comerciante que cumple con sus obligaciones legales y convencionales, definitivamente no tiene por qué ser sancionado, sin embargo si pareciera que ha cometido una infracción pero esta en realidad se debe a que es otro sujeto distinto del proveedor el que ha cometido la infracción, no debe el proveedor de responder, siendo este un punto básico y esencial en cualquier sistema punitivo donde el estado quiera desplegar su potestad sancionadora, pero ¿cómo debe actuar la potestad de sanción frente a aquellos que si han incumplido con las normas ? la respuesta aunque obvia es que frente al que sí ha incumplido la ley y la ha quebrantado si debe de imponérsele una sanción, sin embargo en la subsanación de la infracción, el infractor está identificado y este al subsanar reconoce la comisión de sus infracción, pero de forma errónea se le exonera de responsabilidad, lo cual refleja una vez más que la naturaleza de un eximente de responsabilidad es distinta y no corresponde ser estimada para la enmienda de infracciones.



Respecto del hecho propio de la víctima o la imprudencia del consumidor al que hace referencia el artículo 104 de nuestro principal instrumento normativo de defensa del consumidor, es que dicha circunstancia motiva una ruptura del nexo causal, no habiendo una relación de causalidad entre la infracción cometida y el autor de la misma, puesto que sería el acto propio del consumidor quien de forma imprudente o negligente es el que ha ocasionado su propio daño o potencial daño, en cuyo caso tampoco debe ser responsable el proveedor. Este eximente de responsabilidad puede ser observado en aquellos casos como cuando el proveedor de perfumes consigna en el rotulado las advertencias de uso del perfume, tales como no aplicarse en los ojos y resulta que el consumidor que adquiere el perfume utiliza este en sus ojos, causándoles una profunda irritación y complicaciones visuales que dañan su vista, por lo que en ese caso hay un daño para el consumidor derivado del uso del perfume, sin embargo tal daño no es imputable al proveedor, no habiendo nexo de causalidad entre la infracción y este, puesto que el consumidor conocía y estaba advertido que el perfume no podía aplicárselo a los ojos y fue su propia imprudencia o negligencia de no hacer caso a las instrucciones o no leerlas, la que determino dicho daño.

Planteando el caso de una forma diferente, si el proveedor no hubiera colocado en el perfume advertencias que comunique el riesgo para los ojos, no habiendo indicado que no se utilice el perfume en contacto con los ojos y el consumidor sufriera daños por tal situación, y reclame frente al proveedor y a la par interponga una denuncia, transcurriendo un tiempo considerable hasta antes de que se imputen cargos, pero unos días antes el proveedor decide darle dinero al consumidor para que repare los daños en su vista o le devuelve el dinero del producto, es que estaría subsanando su infracción, sin embargo en el supuesto si existe una nexo de causalidad entre la infracción y el proveedor y no concurre ningún otro supuesto que le permita librarse de responsabilidad, por lo que la subsanación de la infracción no lo exoneraría de responsabilidad.

La corrección o enmienda de la infracción por parte del proveedor supone que el consumidor no ha cometido ninguna imprudencia, ni ha sido negligente de ninguna forma, y tan legítimo y valedero es su reclamo o posición que el proveedor se ve forzado ante la contundencia de los hechos a subsanar la infracción, y por tal subsanación no debe ser exonerado de responsabilidad, ni mucho menos determinarse la improcedencia de la denuncia del consumidor, puesto que no hay causal de justificación

valedera que permita al proveedor evadir su responsabilidad. Ello nos permitiría suponer equivocadamente que son los consumidores los que deben de asumir los costos de los errores de los proveedores, quienes se ven forzados a reclamar y gastar tiempo y dinero en gestiones de restablecimiento de sus derechos tanto directamente frente al proveedor como recurriendo ante la autoridad de consumo y que el proveedor frente al reclamo y frente a la denuncia que aún no le ha sido notificada opto por estrategia subsanar su infracción para evitar ser sancionado, lo cual no desvirtúa la infracción que ya ha sido cometida.

De la causales de exoneración del artículo 104 del Código de protección y defensa del consumidor, se detecta que estas obedecen a supuestos de ruptura de nexo causal donde las infracciones no se pueden imputar al proveedor, bien sea por hechos ajenos a su voluntad como son el caso fortuito o la fuerza mayor, porque un tercero tuvo una participación relevante en la infracción, o porque fue el acto propio del consumidor el que propicio la infracción, sin embargo la corrección de la infracción antes de imputarse a cargos no supone ninguno de estos supuestos del artículo 104 y muy por el contrario la infracción le es plenamente imputable al proveedor y únicamente es responsabilidad de este, existiendo un adecuado nexo casual y su conducta es típica, antijurídica y culpable, es decir se cumplen todos los presupuestos de una infracción y por ende la potestad sancionadora del estado se encuentra expedita para ser desplegada y en todo caso la subsanación de la infracción debe ser un atenuante más no un eximente, al no existir razones legales que demuestren ello, siendo errado concebir un eximente de responsabilidad en el que si existe un nexo casual, si existe una infracción tipificada, una conducta antijurídica y culpable y a pesar de ello no ser una infracción punible. Y es que para este caso se aplica la alegoría del lobo bajo la piel de un cordero, pues la subsanación de la infracción tiene todos los elementos de una infracción y no de un eximente, no es un cordero inocente, es el disfraz de un lobo.

A nivel de jurisprudencia judicial, también se observa que los eximentes de responsabilidad son los previstos en el artículo 104 de la norma de consumo, basados en que estos son los únicos que efectivamente cumplen con romper el nexo casual que permita liberar al proveedor de la infracción cometida, observando que la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Sub Especialidad en Temas de Mercado en la sentencia de vista recaída en el expediente N<sup>o</sup> 1910-2015 señalo lo

siguiente : *Es en este momento en que la carga de la prueba se traslada al proveedor quien para eximirse de responsabilidad tiene el deber de probar que el defecto alegado no le es imputable por ser consecuencia de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o negligencia del propio consumidor para no cumplir con lo ofrecido.*

*(.....) El Banco no ha acreditado que existió 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, para eximirse de responsabilidad. Por consiguiente, es correcto que se le haya sancionado por infracción al artículo 19 del Código que establece que el proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad en los productos o servicios que oferta, por cuanto está acreditado que negó indebidamente la solicitud de cobertura del seguro contratado.<sup>96</sup>*

Por otro lado, es relevante reiterar que la ausencia de responsabilidad que determine que un proveedor no sea pasible de responsabilidad administrativa pasa por analizar si su conducta se subsume en alguno de los supuestos del artículo 104 del código, y en caso no sea así, no puede exonerarse de responsabilidad, tal premisa ha sido afirmada a nivel judicial, en tanto en el caso de notarios de Ica y Tacna que no exhibían su lista de precios respecto de los servicios que prestaban, infringiendo lo dispuesto por el artículo 5 de la norma de consumo, lo cual originó que asociaciones de consumidores denunciaran tales hechos, siendo sancionados en primera instancia, aunque en segunda instancia la entonces sala de defensa de la competencia a pesar de verificar la existencia de responsabilidad adujo que el criterio de exhibición de lista de precios respecto de los notarios recién se estaba desarrollando y en virtud del principio de confianza legítima no podía sancionársele.

Sin embargo al recurrir al proceso judicial contencioso administrativo el Vigésimo Sexto Juzgado Contencioso Administrativo con sub Especialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima expresó que : *El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo*

---

<sup>96</sup>Sentencia de vista recaída en el expediente N<sup>o</sup> 1910-2015 expedida por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Sub Especialidad en Temas de Mercado, fundamento decimo.

*establecido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor sobre un producto o servicio determinado. En todo caso, el proveedor es exonerado acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o la imprudencia del propio consumidor afectado, todo ello según el artículo 104 del mencionado Código, Siendo así, en el presente caso, la entidad demandada exoneró de responsabilidad administrativa a los Notarios denunciados por un supuesto que no calificaba como caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o la imprudencia del consumidor afectado, razón por la cual corresponde confirmar la sentencia que declaró fundada la demanda” ( el subrayado y resaltado es nuestro)<sup>97</sup>*

## **8. Si el consumidor no debe ser un idiota, el proveedor mucho menos:**

Anteriormente se comentó que el considerar a la enmienda de la infracción, aun cuando operase antes de la imputación de cargos como un eximente supone trasladar los costos de esta al consumidor, y que en definitiva la naturaleza de los eximentes del Código de protección y defensa del consumidor no se condicen con este nuevo eximente planteado por el Decreto Legislativo 1308, puesto que se está premiando y beneficiando al proveedor que comete la infracción y por otro lado el consumidor debe de cargar con la pérdida de tiempo, oportunidad, y demás gastos en los que incurrió para restablecer su derecho, es decir que ante la comisión de una infracción el consumidor que fue diligente en el uso y adquisición del bien o del servicio se ve forzado a esperar por un tiempo indefinido en principio para que subsanen la infracción, debiendo ir a reclamar, contratar a un abogado de ser el caso para que formule una denuncia ante Indecopi o tomar el tiempo para el mismo redactarla, pagar una tasa administrativa y recurrir a las instalaciones de la autoridad de consumo, siendo que su actuar fue diligente en todo momento y fue el proveedor quien actuó con negligencia o con dolo y es este quien debe de responder, y ante la conveniente subsanación de su infracción el consumidor ya no recupera ni el tiempo invertido, ni el dinero pagado a su abogado.

Entonces pareciera que se premia al negligente, el proveedor, y se castiga o al menos no se compensa debidamente al diligente, el consumidor. A raíz de ello es interesante

---

<sup>97</sup><http://conacup.org.pe/proveedores-no-pueden-alegar-supuestos-de-justificacion-de-responsabilidad-salvo-los-establecidos-en-el-codigo-del-consumidor/> (20 de mayo de 2017)

comentar que en nuestro país nuestra legislación anterior de protección al consumidor contempla la figura jurídica del consumidor razonable, o consumidor diligente, como una categoría de consumidor al cual era el único al cual debía de protegerse por cuanto no podía protegerse ni ampararse al consumidor que era imprudente o negligente e incluso Alfredo Bullard en su artículo denominado ¿el consumidor es un idiota ?<sup>98</sup>y otros conocedores de la materia apuntalaron dicha premisa indicando que el consumidor no es un idiota y no puede protegerse en contra de sus propios errores e imprudencias, ya que ello significaría trasladar esos costos al proveedor. Incluso el caso comentado del artículo mencionado fue sobre Stella Liebeck, la cual era una ciudadana americana que decidió comprar un café en el establecimiento Mc Donalds, solicitando un café caliente, el mismo que le fue entregado, sin embargo ella subió a su automóvil con el café caliente y para poder manejar con mayor libertad decidió colocar la taza de café caliente entre sus piernas, ocurriendo que al girar en una esquina se derramo el café encima de una de sus piernas, ocasionándole quemaduras debido a que el café estaba muy caliente, razón por la cual Stella decidió demandar a Mc Donalds por dichas quemaduras severas alegando que el café estaba demasiado caliente y sorprendentemente obtuvo una indemnización por USD 2.000.000, está leyendo bien fueron dos millones de dólares.

La crítica al caso del café caliente de Stella fue que evidentemente había un reclamo vinculado en una relación de consumo, sin embargo fue la propia imprudencia de la consumidora la que ocasionó las quemaduras y consecuentes daños en su cuerpo, puesto que es una imprudencia manejar el auto y colocar una taza de café caliente entre sus piernas, máxime que en una curva evidentemente el café se va a mover y se va a derramar, por lo que si esta alega haber sufrido algún daño por el café caliente no puede responsabilizarse al proveedor, puesto que no se puede hacer pagar al proveedor por las negligencias del consumidor al ser su propia imprudencia la que causa el daño, en suma el estado no puede proteger al consumidor por ser un idiota según la lógica del artículo de Alfredo Bullard y que gran sector de la doctrina ratifica. Al respecto comparto también la postura que no se puede defender al consumidor de sus imprudencias y por eso es que el código establece como un eximente de responsabilidad la imprudencia del consumidor.

---

<sup>98</sup>Bullard, Alfredo: Artículo ¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 10

Aunque si al consumidor se le exige no ser un idiota y no se puede trasladar al proveedor los errores negligentes del consumidor, resulta evidentemente lógico que al consumidor tampoco se le puede exigir que responda por las negligencias e imprudencias del proveedor, ni mucho menos por su eventual dolo en la comisión de infracciones, puesto que de la misma forma como es considerado un eximente de responsabilidad la imprudencia del consumidor, es que de la misma forma la imprudencia del proveedor debe dar lugar a la constitución de una infracción, no pudiendo premiar la negligencia del proveedor que en primer lugar comete la infracción y después subsana la misma, ya que este segundo momento implica una mera corrección de su negligencia, la cual ya ha sido consumada y ha ocasionado gastos para el consumidor. De lo cual se desprende que en caso un proveedor imprudente, falto de diligencia comete una infracción y subsana la misma antes de que se imputen cargos, pudiendo haber pasado meses desde la comisión de esta infracción es que recibiría el beneficio de ser exonerado de responsabilidad, y el consumidor que fue diligente en su compra y procedió a denunciar el hecho ante Indecopi invirtiendo tiempo, dinero y esfuerzo únicamente recibe el tardío e inoportuno restablecimiento de su derecho que ya fue vulnerado.

Mientras que el consumidor no recibe rango de discrecionalidad alguno por sus imprudencias, y de hecho es correcto ese razonamiento, al proveedor si se le brinda un mayor rango de benevolencia por sus imprudencias, de tal suerte que mientras el consumidor es responsable de sus propia infracción, asumiendo las consecuencias de sus actos, ello es no tener ningún derecho sobre su reclamo, el proveedor no resulta plenamente responsable por las consecuencias de sus actos, puesto que únicamente se hace responsable por la reparación particular del consumidor afectado, sin embargo no recibe sanción alguna por parte del estado ni alguna otra medida correctiva complementaria, ni tampoco asumirá los gastos del consumidor en cuanto a su abogado, tasa de denuncia, así como el tiempo invertido ni será responsable por los días que tuvo que esperar el consumidor para la corrección de la infracción, entonces la subsanación de la infracción como un eximente resulta favorecer el escenario en el cual el proveedor sea un idiota.

En este escenario, se identifica que por un lado a pesar de haberse eliminado expresamente la figura jurídica del consumidor razonable, como aquel consumidor que debe de informarse, ser diligente en sus relaciones de consumo y actuar de forma precavida, igualmente se considera la negligencia del consumidor como una circunstancia que exonera de responsabilidad al proveedor, postura que ciertamente comparto y que gran parte del sector de la doctrina exige y reclama que se proteja solo al consumidor razonable o diligente, sin embargo por otro lado vemos como la subsanación de infracciones como eximente, exige todo lo contrario para el proveedor, puesto que aquí se beneficia al proveedor negligente, siendo generosos con sus imprudencias y otorgándole un beneficio. El doble discurso de ambas posturas resulta claro, no puede exigirse un consumidor diligente y que sea un eximente de responsabilidad para el proveedor que no responda por los errores del consumidor, y a la par estimarse que el proveedor si puede ser negligente y no ser responsable por la infracción cometida, la primera premisa si es correcta pero la segunda no, es como decir exigimos un consumidor diligente y también un proveedor negligente, no resulta posible ello.

El proveedor en una relación de consumo es la parte que tiene mejor y mayor información sobre los productos y servicios que comercializa, y el consumidor está en una situación de desventaja informativa, razón por la cual nuestra norma de consumo ha desarrollado el concepto de asimetría informativa contenido en el artículo IV inciso 7, y nuestra constitución en su artículo 65 expresamente señala que garantiza el derecho de acceso a la información sobre los bienes y servicios del mercado, lo cual reitera que el consumidor está en una situación de desventaja informativa sobre estos, motivo por el cual se afirma válidamente que si al consumidor ( parte en inferioridad informativa)se le exige ser diligente , es decir no ser un idiota, al proveedor con mucha mayor razón se le debe exigir mayor diligencia y por su supuesto tampoco ser un idiota, sin embargo pareciera que ese razonamiento se ha invertido y es al proveedor el que pese a gozar de todas herramientas de información sobre sus bienes y servicios que comercializa, si se le otorga una mayor rango de aceptación de idiotez.

## 9. Eximentes de responsabilidad según el código civil y su reflejo en la relación de consumo

Repasando los eximentes de responsabilidad contenidos en el artículo 104 de la norma de consumo, se advierte que la misma guarda estricta semejanza con los eximentes de responsabilidad civil extracontractual previstos para la responsabilidad objetiva que se hallan contenidos en el artículo 1972 del Código civil, en la medida que estos reiteran que una persona no es pasible de ser responsable frente a otra si el daño sufrido se debió a un caso de fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de un tercero o el hecho de la propia víctima, es decir que prácticamente el articulado de la normativa de consumo recoge los mismos eximentes previstos para la responsabilidad civil extracontractual objetiva. Y es que ciertamente en una relación de consumo también se halla presente una relación de naturaleza civil, habida cuenta que las partes como sujetos de derecho que son han celebrado un contrato civil, el cual dadas las particularidades de los sujetos de uno y otro lado hacen que califiquen también como consumidores y proveedores, sin embargo también les es aplicable las normas del Código civil a y también le son aplicables las normas de consumo, de tal forma que podemos afirmar que en toda relación de consumo subyace una relación civil pero no en toda relación civil se puede encontrar una relación de consumo.

Así las cosas, cuando una de las partes contractuales o partes de la relación obligacional falla en el cumplimiento de sus prestaciones, la otra parte tiene el legítimo derecho de obtener un resarcimiento por el daño que se le ha causado, sea a través de una indemnización por daño emergente, lucro cesante o daño moral, y es el sujeto que incumple su obligación el que debe ser responsable frente al daño. En el caso de derecho de protección al consumidor, las partes en vez de recurrir al poder judicial y que sea un juez el que vigile si se ha cumplido o no con las obligaciones, se recurre a la autoridad de consumo puesto que la relación de consumo implica que se utilice otras normas que no se reducen a las del Código civil, sin embargo igualmente existe un daño para el consumidor derivado de las obligaciones del proveedor, muy similares a las que se pueda discutir en un proceso judicial de responsabilidad civil.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup>RESOLUCIÓN 2806-2016/SPC-INDECOPI expedida por la Sala especializada en materia de protección al consumidor de INDECOPI, fundamento 25.



Podemos señalar que la medida correctiva reparadora solicitada por el recurrente supone la reparación de las consecuencias patrimoniales directas sufridas por este, lo que en buena cuenta significa que está siendo reparado bajo la categoría del daño emergente, que es la reparación o restitución de aquello efectivamente perdido, o la sustitución de un bien jurídico por otro equivalente, teniéndose presente que INDECOPI no es una vía indemnizatoria, sin embargo al otorgar medidas correctivas estaría dando una suerte de compensación referida al daño emergente al ordenar la reparación o corrección de la infracción y de la particular afectación sufrida por el consumidor. Entonces bajo ese esquema el proveedor debe de asumir las reparaciones, correcciones, enmiendas y restituciones del daño ocasionado al consumidor por haber incumplido sus obligaciones y en buena cuenta solo puede exonerarse de responder por tales daños si concurren los casos de fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o imprudencia de la víctima, que sería el consumidor, sin embargo la subsanación de la infracción o corrección del daño no es un eximente de responsabilidad.

Es decir que la responsabilidad del proveedor sería una suerte de responsabilidad objetiva cuyas circunstancias eximentes de responsabilidad son sumamente similares a las del artículo 1972 del código civil, que han sido reproducidas casi literalmente en el artículo 104 del código, a mayor abundamiento dicha postura se ve reforzada por la reiterada jurisprudencia emitida por los distintos órganos de protección al consumidor que señalan que: (.....) *Sin embargo, el proveedor podrá demostrar su falta de responsabilidad desvirtuando dicha presunción, es decir, acreditando que empleó la diligencia requerida en el caso concreto (y que actuó cumpliendo con las normas pertinentes) o probando la ruptura del nexo causal por caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o negligencia del propio consumidor afectado. Lo anterior implica que la responsabilidad administrativa por infracción a las normas de protección al consumidor no consiste, en rigor, en una responsabilidad objetiva (propia de la responsabilidad civil), sino que, conservando la presencia de un factor subjetivo de responsabilidad (culpabilidad), opera a través de un proceso de inversión de la carga de la prueba respecto de la idoneidad de los bienes y servicios que se transan en el mercado.*<sup>100</sup> ( el subrayado y resaltado es nuestro)

---

<sup>100</sup>Resolución FINAL N° 113-2014/CC1 expedida por la Comisión de Protección al consumidor N° 1-Sede central de INDECOPI, fundamento 29. Ver también RESOLUCIÓN FINAL N° 0011-2016/CC1CC1 expedida por la Comisión de Protección al consumidor N° 1-Sede central de INDECOPI

Entonces, el proveedor que ocasiona un daño al consumidor únicamente no será responsable bajo los supuestos de ruptura del nexo causal por las circunstancias detalladas en el artículo 1972 del código civil ,y 104 del Código de protección y defensa del consumidor, no siendo la subsanación de la infracción un eximente de responsabilidad, aunque ciertamente en este punto se habrá advertido que desde la perspectiva del ámbito civil el hecho que la parte que incumplió su obligación subsane o repare el daño causado determinan que la parte demandante del daño ya no tenga necesidad de obtener un pronunciamiento judicial de fondo que le conceda la reparación del daño puesto que está ya ha sido reparada ,es decir que ya no gozaría de legitimidad e interés para obrar y este es un presupuesto básico para solicitar tutela jurisdiccional efectiva. Entonces la subsanación de la infracción vista desde la perspectiva de la corrección del daño, pudiera ser entendida como que el consumidor ya no necesita denunciar el hecho ante INDECOPI por no tener interés para obrar, puesto que la eventual medida correctiva que habría solicitado ya le fue entregada, habiéndose subsanado la infracción, sin embargo dicho razonamiento es equivocado e incluso ha sido materia de debate por las distintas conformaciones del tribunal de protección al consumidor de INDECOPI.

El fundamento aparente para considerar la subsanación de infracciones como un eximente de responsabilidad es que el consumidor ya habría obtenido una operación del daño y no gozaría de interés para obrar, sin embargo tal criterio únicamente considera al procedimiento en protección al consumidor como un procedimiento trilateral puro en el que solo se discuten intereses privados como si fuera un proceso judicial civil, sin embargo la potestad sancionadora del estado no se ve afectada por tal disputa privada, hecho que ya fue comentado y analizado anteriormente, por lo que debe analizarse si realmente el consumidor ha perdido interés para obrar y debe ser improcedente la denuncia, en tanto la interpretación de la Sala Especializada en protección al consumidor de INDECOPI .

## **10. El interés para obrar en materia de protección al consumidor: ¿fundamento de la subsanación de la infracción como eximente?**

Recurrir ante una autoridad o un tercero imparcial para que resuelve el conflicto que se tiene frente a otro sujeto supone que se tiene la necesidad de recurrir a un órgano

resolutor, para que este nos concede el derecho reclamado, es decir que la intervención de este resolutor se basa en que la parte que reclama un derecho precisamente ve vulnerado un bien jurídico que le pertenece, y ante el estado vulneración en la que se encuentra le urge que se restablezca la situación al estado anterior en que su derecho no era vulnerado, y por tanto que se corrija el daño, a esa necesidad de recurrir ante un tercero que resuelve el conflicto, se le denomina como interés para obrar, así las cosas ante el caso que una persona preste dinero a otra y se pacte que se devolverá el dinero en una determinada fecha, es que antes de la fecha de vencimiento de la obligación no se tiene necesidad de recurrir donde el jugador para que ordene el pago de la deuda, puesto que aún no se incumplió la obligación de pago al estar dentro del plazo, entonces no hay necesidad de restablecer alguna vulneración al derecho puesto que aún no existe esa vulneración.<sup>101</sup>

El interés para obrar también puede ser observado en materia de protección al consumidor desde la perspectiva del consumidor denunciante, en razón a que el procedimiento puede ser promovido a instancia de parte, y en tales casos el procedimiento es un trilateral sancionador, donde la autoridad de consumo inicia el procedimiento y también se discuten las afectaciones sufridas por el consumidor y se evalúa si tiene derecho o no al otorgamiento de medidas correctivas que corrijan la infracción, y como tal que enmienden el daño sufrido por el consumidor, restableciendo el derecho afectado para este caso en concreto del consumidor denunciante. Entonces el consumidor al postular una denuncia ante los órganos de protección al consumidor de INDECOPI tiene un interés para obrar radicado en la necesidad de que se le otorguen medidas correctivas reparadoras, sin embargo, dicho interés no se agota en ello, por razones que ya luego explicaremos.<sup>102</sup>

Puede darse el caso y de hecho se ha dado que el consumidor A interpone un reclamo ante el proveedor B, llenando el libro de reclamaciones y conforme al artículo 24 de nuestra norma principal de defensa del consumidor, el proveedor B tiene el plazo de 30 días calendarios para responder el reclamo, ocurriendo que el consumidor A denuncia en el día 27 la falta de respuesta a su reclamo, sin embargo, cabe interrogarnos ¿qué

---

<sup>101</sup>Monroy Gálvez, Juan. Las Excepciones En El Código Procesal Civil Peruano, En Revista Themis N° 27, P 124, 2015

<sup>102</sup>Ticona Postigo, Víctor. Las Condiciones De La Acción Y El Nuevo Código Procesal Civil. Gaceta Jurídica, T.26, Febrero, 1996, Pg. 48-A.

derecho se ha vulnerado? La respuesta es que ninguno porque aún está dentro del plazo el proveedor B para dar respuesta al reclamo, entonces el consumidor A no tiene interés para obrar aun, debido a que no hay ninguna medida correctiva que pueda dársele si aún o hay ninguna vulneración a su derecho.

Comprendiendo el interés para obrar, existió un antiguo criterio emitido por el alto tribunal de protección al consumidor de INDECOPI que precisamente declaraba la improcedencia de la denuncia del consumidor, ordenando el archivo del caso y no hacer lugar la responsabilidad del proveedor si este subsanaba la conducta infractora con anterioridad a la imputación de cargos, es decir que el criterio de la corrección de la infracción como un eximente de responsabilidad fue desarrollado a nivel jurisprudencial en algunos pronunciamientos, alegando que el consumidor ya no tenía necesidad de recurrir ante la autoridad de consumo puesto que habiéndose subsanado la conducta infractora ya habría desaparecido la infracción y por lo cual el consumidor ya habría visto reparados o resarcidos los daños sufridos y no se requeriría que se emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto al no haber interés para obrar. Este fue el punto de partida que considera la subsanación de la infracción como un eximente, aunque claro no bajo el argumento formal de ser un eximente y ciertamente no estaba desarrollado en el código de consumo ni tampoco en la ley 27444, máxime que en ese entonces la ley 27444 contemplaba a la subsanación de la infracción con anterioridad a la imputación de cargos como un atenuante de responsabilidad y no como un eximente.

Al respecto, es relevante aclararse que tales criterios resolutivos establecían un binomio entre el interés para obrar del consumidor y la subsanación de la infracción antes de imputarse cargos como un eximente disfrazado, que determinaba la improcedencia de la denuncia, tal cual como el eximente inserto en el artículo 108 literal f) de nuestra actual norma de consumo, recientemente incorporada por el decreto legislativo 1308, aunque valga aclarar de antemano que dicho criterio fue erradicado a nivel de jurisprudencia y se cambió el criterio posteriormente, aunque primero repasemos el antiguo criterio, así en la RESOLUCIÓN 0075-2011/SC2-INDECOPI <sup>103</sup>se dijo lo siguiente:

---

<sup>103</sup> RESOLUCIÓN 0075-2011/SC2-INDECOPI expedida por la entonces Sala de defensa de la competencia N° 02 de INDECOPI, fundamento 12 y 13.

21. El interés para obrar del denunciante en una relación procesal está dado por la existencia y vigencia de una pretensión amparable por el órgano competente. Consiste en “el actual estado de necesidad de tutela jurisdiccional en que se encuentra una persona en concreto, y que lo determina a solicitar, por vía única y sin tener otra alternativa eficaz, la intervención del respectivo órgano jurisdiccional con la finalidad de que resuelva el conflicto de intereses, en el cual es parte”

13. De acuerdo a lo señalado en el artículo 427° del Código Procesal Civil<sup>14</sup> -norma aplicable de manera supletoria<sup>15</sup> - corresponderá declarar improcedente la denuncia cuando se verifique que el denunciado carece de interés para obrar. 22. Conforme lo expuesto, al momento de la interposición de la denuncia la señora Espejo carecía de interés para obrar respecto del supuesto reporte indebido del saldo deudor por la compra del 24 de mayo del 2009 –nótese que la presunta compra del 23 de agosto del 2009 no fue incorporada en su estado de cuenta-, toda vez que el mismo ya había sido rectificado por el Banco Falabella en noviembre del 2009

Por otro lado, mediante RESOLUCIÓN 0314-2011/SC2-INDECOPI se indicó lo siguiente:

7. De ello se infiere que un presupuesto procesal para formular una denuncia en sede administrativa es la existencia de un agravio a un interés legítimo, debiendo tener dicha lesión como destinatario, el sujeto procesal al que el hecho cuestionado le ha producido efectos desfavorables y en quien radica el interés para denunciar tal acto con el fin de obtener -en el procedimiento- un pronunciamiento que declare, proteja o defina sus derechos particulares, de modo tal que la ausencia de tal interés afecta la procedencia de la denuncia.<sup>104</sup> En el caso bajo comentario ocurrió que un consumidor denunció a una entidad financiera por falta de idoneidad en la prestación del servicio toda vez que la entidad financiera lo había reportado ante una central de riesgos con una calificación crediticia negativa que afectaba su situación de crédito, debido a que no habría pagado una deuda, sin embargo la deuda se hallaba vencida hace 9 años desde que se interpuso la denuncia, es así que el reporte indebido data de agosto del 2007 y ante los reclamos del consumidor recién en abril del 2008 se procedió a rectificar la información crediticia del consumidor, lo cual significa que en esa fecha se corrigió la infracción y la denuncia y posterior imputación de cargos datan del año 2009, motivo

---

<sup>104</sup>RESOLUCIÓN 0314-2011/SC2-INDECOPI expedida por la entonces Sala de defensa de la competencia N° 02 de INDECOPI, fundamento 7

por el cual aquella conformación del alto tribunal de consumo se inclinó por declarar improcedente la denuncia por falta de interés para obrar.

El fundamento del anterior criterio resolutivo radicaba en que el consumidor ya no disponía de interés para obrar, y este es un presupuesto procesal necesario para accionar ante INDECOPI, habida cuenta que el procedimiento sería uno trilateral en el cual se discuten intereses privados derivados de la afectación particular sufrida por el consumidor afectado, quien pretende la restitución específica de su afectación es decir la necesidad o interés de recurrir ante una autoridad pero que dado que esa discusión ya no es posible por haber subsanado la infracción el procedimiento trilateral ya no tendría razón de ser, al respecto la RESOLUCIÓN 0290-2011/SC2-INDECOPI menciona que: *9. En este orden de ideas, un requisito de procedencia de las denuncias ante Indecopi en materia de protección al consumidor es el interés para obrar, conforme al artículo 427° del Código Procesal Civil, aplicable de manera subsidiaria. En efecto, pese a que los procedimientos administrativos sobre protección al consumidor iniciados a instancia de parte, como el presente, implican el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, no es menos cierto que en ellos se discuten derechos subjetivos e intereses legítimos de índole particular, por lo que también tienen naturaleza trilateral y se justifica la aplicación subsidiaria las condiciones de procedencia del proceso civil*<sup>105</sup>

De la resolución anteriormente comentada se desprende que estos reconocen la naturaleza trilateral del procedimiento sancionador en materia de protección al consumidor, identificando claramente que en este subyace tanto el interés del consumidor afectado, es decir intereses subjetivos y también es un sancionador en el cual se despliega la potestad sancionadora del estado, aunque dicho criterio desarticulaba esta naturaleza del procedimiento sancionador, únicamente privilegia las normas del proceso civil referidas al interés para obrar como causal suficiente para enervar la denuncia y declara su improcedencia, es decir que pesar de conocer que la potestad sancionadora del estado también se despliega en estos procedimientos se considera que el procedimiento trilateral implicaría la sola presencia de derechos

---

<sup>105</sup>RESOLUCIÓN 0290-2011/SC2-INDECOPI expedida entonces Sala de defensa de la competencia N° 02 de INDECOPI en la, fundamento 9

subjetivos de las partes y que el estado ya no puede desplegar su potestad de sanción, lo cual resulta equivocado en tanto el procedimiento no es trilateral puro, donde solo se discuten intereses de las partes en conflicto, sino que también el estado cumple con su función de fiscalizador, superior y sancionador de aquellos que han vulnerado el ordenamiento jurídico.

En otro pronunciamiento se advierte que RESOLUCIÓN 1448-2012/SC2-INDECOPI afirmo lo siguiente:

*7. En este contexto, la Sala evaluará el alcance del interés para obrar como presupuesto procesal en los procedimientos administrativos y la subsanación de la infracción como circunstancia atenuante de responsabilidad administrativa, a efectos de determinar si la Comisión incurrió en un error de derecho al inaplicar el artículo 427° del Código Procesal Civil en el presente procedimiento sumarísimo y, consecuentemente, interpretar erróneamente el 236°-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General.*

*15. Así, estaría determinando que el artículo 427° del Código Procesal Civil establece un supuesto de hecho aplicable exclusivamente a los procesos civiles; siendo que, en los procedimientos administrativos, el legislador peruano, a través del artículo 236°-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General, regula que, a pesar de que se verifique una conducta destinada a satisfacer la pretensión del accionante con anterioridad a la interposición de la denuncia, ello no implica la pérdida del interés para obrar –contrario a lo que sucedería en un proceso civil, conforme el artículo 427° del Código Procesal Civil- y sólo constituye una circunstancia atenuante a la sanción a imponer<sup>106</sup>*

En el pronunciamiento antes comentado, observamos cómo se empieza a vincular expresamente la subsanación de la conducta infractora con la falta de interés para obrar del consumidor, siendo que en este antiguo criterio sostenía que la subsanación de la conducta infractora era un atenuante de responsabilidad conforme al antiguo artículo 236-A vigente hasta diciembre de 2016, aunque también se advertía que al estar

---

<sup>106</sup>RESOLUCIÓN 1448-2012/SC2-INDECOPI expedida por la Sala especializada en materia de protección al consumidor de INDECOPI, fundamento 7 y 15.

inmersos derechos pertenecientes a un afectado particular es que también se debía de analizar el interés para obrar del consumidor denunciante que busca un pronunciamiento concreto de la autoridad de consumo, por lo que se concluye válidamente que el errado criterio de estos casos bajo comentario razonaba que dado que el consumidor requiere de una medida correctiva que sea dictada como consecuencia de la infracción que se determine, es que ya no es posible darle una medida correctiva debido a que ya obtuvo la misma con anterioridad a la imputación de cargos por lo que esta ausencia de medidas correctivas a través de INDECOPI determinaba que la subsanación de la infracción apareje la pérdida del interés del consumidor

Incluso se estableció y perfeccionó ese equivocado criterio en otras resoluciones, siendo que la RESOLUCIÓN 1449-2012/SC2-INDECOPI señaló lo siguiente:

*29. La Comisión indicó que, de acreditarse que el Banco hubiera corregido su conducta con anterioridad a la presentación de la denuncia, ello podrá ser considerado como un atenuante a la sanción a imponer, conforme al artículo 236°-A de la Ley del Procedimiento Administrativo precitado. 30. Dicho razonamiento, en opinión de este Colegiado, es erróneo pues la referida norma no puede leerse de forma aislada sino sistemáticamente con las demás normas en materia de protección al consumidor, entre las cuales se encuentran las normas referidas al interés para obrar como requisito de procedencia de las denuncias en procedimientos iniciados a pedido de parte. 31. A criterio de esta Sala, el análisis realizado por la Comisión desconoce la oportunidad en que puede ser aplicado lo dispuesto por el artículo 427° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos sancionadores trilaterales.*

La conclusión de la resolución 1448-2012/SC2-INDECOPI que fijó criterios resolutivos en aquella época fue que: *31. En opinión de este Colegiado y contrariamente a lo señalado por la Comisión, el artículo 236°-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General debe interpretarse sistemáticamente con el artículo 427° del Código Procesal Civil, dispositivo legal plenamente aplicable al presente procedimiento atendiendo a su naturaleza no sólo sancionadora sino también trilateral, conforme a lo expuesto párrafos precedentes; de modo que:*



*(i) si la conducta infractora es subsanada con anterioridad a la presentación de la denuncia, ésta es improcedente por ausencia de interés para obrar; (ii) si la conducta infractora es subsanada luego de la presentación de la denuncia pero con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos, la denuncia es procedente, existe infracción y la subsanación debe considerarse como un atenuante de la sanción a imponer; y, (iii) si la conducta infractora es subsanada con posterioridad a la notificación de cargos, la denuncia continúa siendo procedente, persiste la infracción y no corresponde considerar la subsanación como atenuante de la sanción a imponer<sup>107</sup>*

### **11. Errores del criterio resolutivo de considerar a la subsanación de la infracción antes de imputar cargos como pérdida de interés para obrar:**

Las resoluciones antes referidas, que sostenían que el artículo 236- A de la entonces vigente ley 27444 debía de interpretarse conforme al artículo 427 del código procesal civil, y que la subsanación de la infracción con anterioridad a la imputación de cargos debe ser un eximente que devenga en improcedente la denuncia del consumidor por carecer de interés para obrar resulta equivocado. Al respecto, en primer lugar se observa que dicha interpretación carece de completo asidero legal y por el contrario colisionaba y atentaba directamente contra lo estipulado por las normas vigentes en tal periodo, que estuvieron vigentes hasta diciembre de 2016, en tanto el mandato del artículo 236 -A de la ley 27444 de aquel período señalaba claramente que la subsanación de la infracción ocurrida previamente a la imputación de cargos era un atenuante de responsabilidad, regulando otros eximentes expresamente, y resaltaba que dicha subsanación era únicamente un atenuante.

A la par el Código de protección y defensa del consumidor vigente por la época, señalaba en su artículo 112 que la subsanación de la infracción antes de imputar cargos era un atenuante de responsabilidad administrativa del proveedor, es decir que en sintonía con la norma del procedimiento administrativo general está también reproduciendo dicho precepto, entonces ambas normas eran absolutamente claras al indicar que era un atenuante, no un eximente, y a pesar de ello el criterio fue completamente contrario a tal fundamento y lo sublimaron a la categoría de eximente disfrazado bajo la pérdida del

---

<sup>107</sup>RESOLUCIÓN 1449-2012/SC2-INDECOPI expedida por la Sala especializada en materia de protección al consumidor de INDECOPI, fundamento 29,30 y 31.

interés para obrar del denunciante. La interrogante que nos asalta es ¿cómo puedo distinguir donde la ley no distingue? O ¿cómo distinguir que la subsanación de la infracción previa a la acusación de cargos es un eximente, si las normas tanto la general como la especial me dicen que es un atenuante? La respuesta a dichas preguntas nos lleva a partir del principio del derecho que no se puede distinguir donde la ley no distingue<sup>108</sup>, y en este caso no había ninguna norma que permitiera efectuar tal distinción, y por el contrario esta era clara al decir que tal circunstancia es un atenuante de sanción, es un parámetro para reducir la sanción no para exonerarte de la misma, habiéndose desnaturalizado tanto la norma del artículo 236- A de la ley 27444 como la del artículo 112 de la norma de consumo, las cuales eran expresas y claras y no distinguían tal como lo estableció el criterio de las resoluciones antes mencionadas.

Partiendo del principio que no se puede distinguir donde la ley no distingue, este criterio estuvo errado por aplicación de dicho aforismo, habiendo no solo distinguido en normas que son claras, sino que dicha distinción se interpretó en un sentido contrario a la naturaleza de estas.<sup>109</sup> . En segundo lugar se comete un error al considerar que debe de aplicarse plenamente el artículo 427 del código procesal civil ,al considerar que el interés para obrar previsto en un proceso judicial civil es el mismo que en un procedimiento de protección al consumidor, en tanto únicamente privilegian esta vertiente del procedimiento reconociendo de facto que solo es un procedimiento trilateral puro donde se discuten intereses y derechos subjetivos de las partes enfrentadas, no obstante conforme a la reiterada jurisprudencia advertida por el alto tribunal de protección al consumidor, el procedimiento no es estrictamente trilateral sino que es mixto, un trilateral sancionador, donde la actividad punitiva del estado también subyace en estos procedimientos y de hecho se halla presente debido a que quien sea la denuncia de parte o de oficio quien inicia el procedimiento sancionador es el estado, el cual debe cumplir con su tarea de vigilar y corregir el mercado, por lo que no puede atenderse únicamente el procedimiento como un trilateral puro.

---

<sup>108</sup>Casación 251-2012 LA LIBERTAD, resolución expedida por la Sala penal permanente de la Corte Suprema de la Republica, fundamento decimo

<sup>109</sup>Casación 4506-2010 del Santa, resolución expedida por la Sala de Derecho constitucional y social de la Corte Suprema de la Republica, fundamento decimo.

## 12. La subsanación de la infracción como atenuante, aun cuando sea antes de los cargos según el criterio resolutorio de INDECOPI

La Sala especializada en materia de protección al consumidor varió el criterio resolutorio y cambio drásticamente el mismo, aduciendo que la subsanación de la conducta infractora representaba únicamente un atenuante de responsabilidad, más no un eximente que determinara el archivo de la denuncia, por cuanto el interés y legitimidad para obrar del consumidor no se agotaba en la mera ausencia de medidas correctivas a dictarse, puesto que está ya habría sido atendida, sino que la infracción ya estaba consumada y en efecto ya se había materializado el ilícito administrativo y tal contravención a la norma implica que debe el estado actuar frente a sus poderes de policía, a tal razón se aprecia que la RESOLUCIÓN 072-2013/SPC-INDECOPI señala que : *Sobre el interés para obrar en los procedimientos administrativos 64. El interés legítimo, figura del derecho procesal civil, pero también contemplada en el ámbito del procedimiento administrativo, es una institución procesal que garantiza la utilidad del procedimiento para quien lo inicia, lo que puede coincidir con la pretensión del consumidor que busca el resarcimiento particular del daño sufrido como una medida correctiva, pero que no es la esencia ni la justificación de la actuación de la administración pública que ha conocido ya de la existencia de una posible actuación contraria al marco legal que tiene encomendado cautelar por mandato expreso de carácter constitucional y dado que existe un procedimiento sancionador ya iniciado, la autoridad está obligada por mandato de la ley a actuar conforme a su competencia en la persecución del probable incumplimiento ya conocido del marco legal cuya cautela tiene confiada.*<sup>110</sup>

Uno de los fundamentos por los cuales la máxima autoridad de protección al consumidor procedió a considerar a la subsanación de la conducta infractora como un atenuante de responsabilidad, más no eximente que amerita la improcedencia de la denuncia, es que a diferencia de un proceso judicial de naturaleza civil donde el conflicto versaba sobre derechos e intereses contrapuestos entre las partes del mismo, es que en el procedimiento de protección al consumidor no se analiza únicamente este antagonismo de consumidor- proveedor, sino que reposa en el estado el mandato constitucional de defender a los consumidores, de dar leyes para su cabal protección,

---

<sup>110</sup>RESOLUCIÓN 072-2013/SPC-INDECOPI, resolución expedida por la Sala Especializada en protección al consumidor de INDECOPI, fundamento 64.

vigilar el cumplimiento de tales normas y en suma fiscalizar el actuar de los proveedores para que ciñan su conducta a derecho y ese es el mecanismo diseñado por nuestro ordenamiento jurídico para tutelar los derechos de los consumidores, siendo que el mismo es canalizado a través de un procedimiento administrativo sancionador, donde el estado se hace presente para cumplir con sus fines, tal premisa es extraída de la RESOLUCIÓN 1063–2013/SPC-INDECOPI: 19. *Los procedimientos sancionadores de protección al consumidor son el mecanismo lógico formal diseñado por el legislador para hacer efectiva la acción de interés público que el Estado ha confiado a las administraciones públicas en el cumplimiento de sus funciones, entre las cuales se encuentra la protección del consumidor. El procedimiento sancionador administrativo – definido en esos términos por la Ley de la materia – es el instrumento para canalizar la acción punitiva del Estado frente al incumplimiento de las obligaciones establecidas para los proveedores de bienes o servicios en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, y también para el control que sobre estos es exigible en cuanto al respeto de los derechos de los consumidores, conforme al mandato constitucional establecido en el artículo 65° de nuestra Constitución Política y que implica un deber especial de protección de parte del Estado a los derechos de los consumidores, reconocido inclusive por el Tribunal Constitucional<sup>111</sup>.*

Precisamente la subsanación de la infracción aun cuando ocurra con anterioridad a la imputación de cargos, supone que el infractor está atendiendo los posibles daños ocasionados al consumidor y está procediendo a enmendar dicha infracción en cuanto a sus efectos para con el directo afectado, sin embargo tal reparación al individuo dañado no es causal suficiente para restar la potestad sancionadora del estado, quienes ya han verificado que se ha vulnerado una norma de imperativo cumplimiento y es precisamente la autoridad de consumo la que debe actuar conforme a sus atribuciones y proceder a sancionar al infractor, quien independientemente de la reparación del daño ya ha cometido la infracción cuando debiera haber actuado desde el principio con sujeción a ley y es que la autoridad de consumo tiene un mandato legal de proteger al consumidor y proteger al mercado de prácticas negativas, por lo que tal mandato trasciende la simple y llana reparación del daño , dicho fundamento es expuesto por el máximo ente de protección al consumidor en la : RESOLUCIÓN 1121-2016/SPC--

---

<sup>111</sup>RESOLUCIÓN 1063–2013/SPC-INDECOPI, resolución expedida por la Sala Especializada en protección al consumidor de INDECOPI, fundamento 19

INDECOPI que señala lo siguiente : 20. *Conforme se ha desarrollado en los acápite anteriores, el interés para obrar del particular denunciante no suspende, no deroga, ni afecta el deber de actuación de la autoridad administrativa en la sanción de las violaciones a la ley en este caso del Código, aunque tome conocimiento, por cualquier medio, de que se ha corregido la conducta o se ha mitigado el daño. La autoridad administrativa debe siempre actuar en cumplimiento de sus competencias legales y de su mandato, no puede desconocer la existencia de un posible hecho infractor del marco legal que tiene confiado cautelar en cumplimiento de sus funciones y sus deberes institucionales.*

### **13. El deber de idoneidad: sacando la vuelta al precedente América móvil**

Uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se asienta la normativa de protección al consumidor, es el denominado deber de idoneidad y calidad en la prestación de servicios y comercialización de productos, que supone básicamente una pauta rectora en todas las relaciones de consumo, representando básicamente la expectativa versus la realidad de lo ofrecido, ello es que de la misma forma como ocurre con el objeto mágico conocido como espejo de oesed donde la imagen del espejo revela una escena grandiosa añorada y que significa la expectativa o lo que esperamos, es que igualmente bajo el deber de idoneidad ese debe ser el reflejo que efectivamente nos muestra el espejo, siendo que el espejo oesed no cumple con dicha relación de correspondencia entre la expectativa y la realidad. Un ejemplo ello que nos regla la cinematografía es en la saga de películas de Harry Potter, en la cual el protagonista mira el espejo de oesed y este refleja a el junto a su familia, al ser lo que esperaba pero lo efectivamente recibido fue que continuaba solo, de tal forma que en las relaciones de consumo el deber de idoneidad es un eje fundamental que trasciende a cada practica de consumo, en la cual el proveedor debe cumplir con ofrecer al consumidor lo que oferto según los términos, condiciones, usos y costumbres del mercado.

Precisamente comentando un caso ocurrido en nuestro país y que refleja la relevancia del deber de idoneidad conforme a los términos del artículo 18 y 19 del Código de Protección y Defensa del consumidor, es el ocurrido en el año 2015 en el cual una reconocida cadena de Cine, CINEPLANET fue denunciada debido a que al interior de su local se verifico la presencia de insectos tales como cucarachas, siendo que las

instancias resolutorias de INDECOPI procedieron a sancionar a dicho proveedor, arguyendo que un consumidor espera recurrir a un cine en condiciones de salubridad idóneas, ello es que se espera ir a un establecimiento en el cual no haya presencia de insectos, sin embargo lo efectivamente recibido fue que había insectos que indudablemente representaban una amenaza al derecho a la salud de los consumidores, a lo cual debe rescatarse que precisamente el deber de idoneidad en tal caso es una premisa transversal para toda relación de consumo, por cuanto casos de naturaleza similar donde se falseo la realidad o lo esperado legítimamente por el proveedor son abundantes, desde la compra de un celular con defectos y que se esperaba que no los tuviera, hasta la demora en la entrega del inmueble que se adquirió de una inmobiliaria y que se esperaba que fuera entregado en la fecha pactada, en todos ello el espejo de oesed ofrecido por el proveedor no se correspondió debidamente con la realidad.

El caso bajo comentario fue objeto de pronunciamiento en la RESOLUCIÓN 2427-2016/SPC- INDECOPI que señaló sobre el deber de idoneidad lo siguiente: *43. El artículo 18° del Código define a la idoneidad de los productos y servicios como 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, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado. A su vez, el artículo 19° del Código indica que el proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos.*<sup>112</sup>Sin embargo, deteniéndonos en el mismo caso, pero analizando este bajo la casual de exoneración de responsabilidad inserta por el Decreto Legislativo 1308, cabría plantear la siguiente situación hipotética y las preguntas del caso:

- CINEPLANET con anterioridad a la resolución de inicio de procedimiento sancionador y sabiendo que en efecto había insectos en su local, procede a fumigar el mismo y retira luso insectos, habiendo adoptado las medidas de enmienda o reparación respectivas.

---

<sup>112</sup>RESOLUCIÓN 2427-2016/SPC- INDECOPI, expedida por la Sala Especializada en protección al consumidor de INDECOPI, fundamento 43.

- En tal caso, ¿debiera la autoridad de consumo sancionar a CINEPLANET, a pesar de haber subsanado la conducta infractora con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos?
- Bajo lo planteado por el artículo 108 literal f) de la norma fundamental de consumo (DL 1308), no se podría sancionar a CINEPLANET puesto que ya cesaron los efectos de la conducta infractora. Habiendo subsanado la misma.

No obstante, de ello, tal exoneración de responsabilidad para CINEPLANET no sería conforme a derecho, puesto que la infracción ya se encuentra plenamente consumada, la obligación legal de brindar un servicio idóneo ya ha sido materializada y la presencia de la infracción no ha quedado enervada, en tanto la conducta infractora ya tuvo un impacto real y nocivo en el mercado, puesto que durante un tiempo indefinido las condiciones de salubridad no fueron adecuadas y el hecho de emendar o corregir la infracción supone únicamente una medida residual o paliativo de la infracción no desaparece el ilícito sino que solo atenúa sus efectos y debiera ser un atenuante, puesto que de ampararse la improcedencia de la denuncia y exoneración del proveedor ¿cuál sería el mensaje que se brinda al mercado? precisamente la resolución bajo examen analiza un alegato de CINEPLANET que postulaba su exoneración de responsabilidad basándose en factores externos, a lo cual la propia RESOLUCIÓN 2427-2016/SPC-INDECOPI: 62. Siendo así, de no atribuir responsabilidad a Cineplex, se estaría enviando señales erradas al mercado sobre la responsabilidad que empresas como la denunciada ostentan con relación a la protección del derecho a la salud de las personas. Ello, en tanto al ser titular de un establecimiento donde no solo se exhiben películas cinematográficas o cintas de video, sino que también se expenden alimentos y bebidas, se encuentra en posición de garantizar que dichos productos sean idóneos y no perjudiciales para la salud de sus consumidores<sup>113</sup>(el subrayado es nuestro)

Tal como lo señala la autoridad de consumo, pretender exonerar de responsabilidad por factores externos, envía una señal errónea al mercado, por lo que la corrección o subsanación de la infracción solo debe tener efectos reductores de la eventual sanción mas no enervar la potestad sancionadora del estado, en tanto las enmiendas suponen por sí mismas parches posteriores a la infracción que tan solo compensan el daño , aunque no

---

<sup>113</sup>RESOLUCIÓN 2427-2016/SPC- INDECOPI, expedida por la Sala Especializada en protección al consumidor de INDECOPI, fundamento 62.

desvirtúan la infracción al no concurrir ninguna causal de exoneración de responsabilidad y la ausencia de interés legítimo para obrar no puede ser el fundamento de improcedencia de la denuncia al no ser esa la única motivación o esencia del procedimiento sancionador ni del mandato del estado de proteger al consumidor. Es así como la Sala especializada de protección al consumidor emitió una resolución de sumar relevancia para determinar los alcances de esta subsanación de la infracción como enmienda, reparaciones y demás medidas adoptadas por los proveedores ante la comisión de una infracción, habiendo emitido el pronunciamiento conocido como Caso América Móvil.<sup>114</sup>

En el denominado caso América Móvil, el alto tribunal de protección al consumidor de INDECOPI fijó jurisprudencia relevante e interpretó la figura jurídica prevista en el artículo 18 y 19 de la norma de consumo, examinando el deber de idoneidad conjuntamente con la subsanación de la conducta infractora, entendida esta como aquellas enmiendas o reparaciones que utiliza el proveedor para resarcir al consumidor afectado, en la medida que la idoneidad exige que desde el primer momento en la relación de consumo, el proveedor actúe conforme a sus obligaciones y luego de cometida la infracción este subsana la misma a través de paliativos. En tal pronunciamiento los fundamentos fácticos del mismo radican en que un consumidor adquirió de la empresa de telefonía ‘América móvil’ (CLARO) un teléfono celular que a los pocos meses de uso presentó desperfectos en el funcionamiento, denunciando la falta de idoneidad del producto, siendo que en primera y segunda instancia se resolvió sancionar al proveedor telefónico por tal infracción al artículo 18 y 19 del Código de protección y defensa del consumidor, por lo que este interpuso un recurso de revisión aduciendo que si cumplió con la garantía ofrecida al consumidor de cambiar un celular si este estaba dañado, sin embargo el operador telefónico señaló que la garantía no cubría tal caso, cuando presentara golpes el teléfono y añadió que se había producido la aplicación errónea del artículo 19° del Código, debido a que la obligación legal dispuesta por tal norma, no se hallaría referida a que los proveedores deban garantizar que los productos o servicios nunca deban presentar fallas o desperfectos y que por el contrario la idoneidad debe ser interpretada conforme a que el proveedor cumplió con ofrecer las garantías de los productos o servicios luego de presentado el defecto.

---

<sup>114</sup><http://www.peruconsume.com/2014/09/jurisprudencia-resolucion-n-1008.html> (29 de junio de 2017)



Así el caso América móvil contenido en la RESOLUCIÓN 1008-2013/SPC-INDECOPI, consagro la siguiente premisa (...): **correctamente los alcances del deber de idoneidad en la venta de productos, en la medida que el mismo debe ser entendido como la obligación de brindar productos que correspondan a las características ofrecidas por el proveedor y esperadas por el consumidor, siendo que, los remedios jurídicos -reparación, reposición y devolución del dinero- que los proveedores ofrezcan en el mercado, en caso que el producto se revele defectuoso, inadecuado o de cualquier otro modo no conforme a lo convenido, constituyen únicamente soluciones residuales ante una infracción al deber de idoneidad que ya se ha consumado.**<sup>115</sup>(El subrayado y resaltado es nuestro)

De allí ,que el caso América móvil señale que ante la adquisición de un producto o de un servicio el consumidor no espera que este presente defectos, y luego recién de presentados estos, que el proveedor cumpla con subsanar su conducta infractora empleando las correcciones del caso, puesto que la infracción se agota en el momento en que el producto o servicio ya presentó las fallas y es en dicho momento que ya se consumó el quebrantamiento de las normas de protección al consumidor, por lo que el deber de idoneidad del artículo 18 y 19, no supone que se libere de responsabilidad al proveedor que ha defraudado al consumidor, a lo expuesto se aprecia que la RESOLUCIÓN 1008-2013/SPC-INDECOPI preceptúa lo siguiente : **55. En ese sentido, si un consumidor adquiere un vehículo nuevo no espera que esté presente defectos de fábrica a los pocos meses de su adquisición; por lo cual el hecho de que el referido proveedor adopte los mecanismos para remediar el defecto presentado en el producto no debería constituir un eximente de responsabilidad. Ello, en tanto el referido consumidor ya habría sufrido un perjuicio al haber recibido un producto cuyas características no correspondieron a las esperadas u ofrecidas inicialmente por el vendedor, sin perjuicio de las actuaciones posteriores que realice el proveedor** (el subrayado y resaltado es nuestro)<sup>116</sup>

Y es que valiéndonos de otro ejemplo, cuando un consumidor recurre a comprar una Coca Cola no espera que la Coca Cola contenga en su interior un insecto y luego de descubierto el defecto por consumidor, este reclama frente al proveedor denunciándolo

<sup>115</sup>RESOLUCIÓN 1008-2013/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala Especializada en protección al consumidor de INDECOPI

<sup>116</sup>RESOLUCIÓN 1008-2013/SPC-INDECOPI, fundamento 55.

y este procede recién a devolver el dinero o a entregar otra Coca Cola que no contenga insectos, reparando su infracción, aunque este remedio es residual e inoportuno puesto que el consumidor no esperaba que se le entregue un producto con un insecto y que luego se le repare el mismo, sino que se espera que la bebida no contenga desde un principio ningún insecto, siendo que este ya tuvo que invertir tiempo, esfuerzo, y eventualmente la contratación de un abogado, el pago de una tasa y otras gestiones para denunciar el hecho ante las respectivas instancias de protección al consumidor, siendo que tales gestiones implican que el consumidor haya asumido una serie de costos, tanto monetarios como de tiempo que han redundado en su perjuicio, máxime que reitera que no se espera una reparación de un producto que adquirió o la nueva ejecución de un servicio, sino que desde el inicio este sea adecuado, a dicho tenor la RESOLUCIÓN 1008-2013/SPC-INDECOPI agrega que : **56. Por otro lado, debe tenerse en consideración que lo que espera un consumidor al momento de adquirir un producto nuevo es que se le entregue un bien que no presente defectos, siendo que no resulta lo mismo que se le brinde un producto reparado por una falla de fábrica que un producto en óptimas condiciones. Asimismo, en el supuesto que el proveedor efectúe una reposición del bien o ejecute nuevamente el servicio contratado, existe una inversión de tiempo y dinero que ya fue efectuada por parte de los compradores (durante todas las gestiones de reclamo que hubiere efectuado el consumidor), los mismos que evidencian también un perjuicio causado en el cliente. Finalmente, aun cuando el proveedor decida efectuar la devolución de dinero al consumidor, este también se verá perjudicado en tanto deberá invertir nuevamente su tiempo en la búsqueda de nuevas alternativas de consumo.**<sup>117</sup>(El subrayado y resaltado es nuestro)

Estando a lo comentado, la interpretación del deber de idoneidad subyace en que los remedios , enmiendas, correcciones, subsanaciones u otros mecanismos que utilice el proveedor para reparar el daño o subsanar su infracción no representa que hayan actuado conforme a la idoneidad y calidad exigida por el Código de protección y defensa del consumidor, sino que la infracción ya está cometida y es el proveedor quien debe responder por ella, al no mediar ninguna causal de exoneración de responsabilidad conforme lo señala el artículo 104 de la norma aludida anteriormente, en tanto solo justifica la liberación de responsabilidad en caso de fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de un tercero o la imprudencia propia del consumidor :63. *Bajo tal premisa, este*

---

<sup>117</sup> RESOLUCIÓN 1008-2013/SPC-INDECOPI

*Colegiado considera que el deber de idoneidad contenido en los artículos 18° y 19° del Código deberá ser entendido como la obligación de brindar productos o servicios que correspondan a las características ofrecidas por el proveedor y esperadas por el consumidor, siendo que de no presentarse alguna de las causales de exclusión contempladas en el artículo 104° del Código, será el proveedor quien resulte responsable por haber infringido el deber de idoneidad.<sup>118</sup>*

Ahora bien, el caso América Móvil claramente deja sentada la postura jurisprudencial que la subsanación de la conducta infractora no es un eximente de responsabilidad, no obstante con la dación del Decreto Legislativo 1308, ahora si se libera de responsabilidad al proveedor denunciado si corrigió o enmendó la infracción antes de imputarse cargos, por lo que en buena cuenta este eximente hallado en el artículo 108 literal f) de la ley de protección al consumidor supone una contravención disimulada al caso América Móvil, vaciando de contenido en gran parte a dicho pronunciamiento, ello es que si bien el criterio jurisprudencial de la Sala especializada en protección al consumidor aún está vigente, lo cierto es que bajo las normas antes referidas es que soterradamente se encubre una postura contraria dicho criterio, o lo que es decir bajo la expresión popular y común se tiene que se está sacando la vuelta al caso América Móvil, en tanto conforme al aforismo de que hecha la ley hecha la trampa, bien pudiera decirse que en este caso, hecha la jurisprudencia, hecha la trampa también. En tanto la subsanación de la conducta infractora entendida como una reparación, donde la reparación sea *En un sentido específico, los remedios pueden ser definidos como las pretensiones que el titular de un interés jurídicamente protegido puede ejercer frente a quienes lo hayan lesionado o estén por lesionarlo, con la finalidad de que tal lesión sea prevenida ex ante o sea reparada ex post<sup>119</sup>*, es que de forma encubierta se estaría reinterpretando el deber de idoneidad bajo parámetros contrarios a los postulados por el caso América Móvil, al considerar que los remedios o correcciones del proveedor no serían solo medidas residuales sino que serían causales de justificación para exonerarlo de responsabilidad, al no imponérsele ninguna sanción y que sea en buena cuenta el consumidor quien asuma los costos de tiempo y dinero que invirtió para reclamar los derechos que le fueron vulnerados.

---

<sup>118</sup> RESOLUCIÓN 1008-2013/SPC-INDECOPI

<sup>119</sup> SIRENA, Pietro. La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo. En: Rivista di diritto civile. Año LVIII. Nº 3. Padua, 2012; p. 368.

Enfatiza aún más la postura de que se estaría encubriendo lo dispuesto por el artículo 108 literal f) de la norma de consumo, el hecho que lo normado en tal artículo sea semejante a lo postulado por el criterio jurisprudencial sostenido en el denominado Caso Hiraoka, en el cual otra conformación de la Sala especializada en protección al consumidor sostuvo en la RESOLUCIÓN 2221-2012/SC2-INDECOPI que : 31. Un interpretación sistemática de las normas sobre el deber de idoneidad en la venta de productos establecidas en el Código, específicamente de los artículo 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. (El subrayado es nuestro).<sup>120</sup>.

Observando el criterio del caso Hiraoka se desprende que este representa la esencia de la subsanación de la conducta infractora como eximente de responsabilidad, en caso el proveedor repare la infracción o asuma otro medio de corrección de la infracción, de tal forma que esta subsanación sería el cumplimiento de las garantías a las cuales está obligada el proveedor, y en caso este haya subsanado el defecto ya no será responsable, lo cual en buena cuenta es el motivo recogido en el decreto legislativo 1308 al incorporar el literal f) del artículo 108 de la norma de consumo.

De esta manera y entendiendo que la reparación, corrección o enmienda de la infracción equivalen a la subsanación de la conducta infractora se estaría retornando al criterio del caso Hiraoka, al negar la responsabilidad del proveedor que comercializó un producto o servicio con defectos y que subsano tal defecto y asumir que solamente será responsable si es que no se ha producido tal subsanación, ello es que la idoneidad exigida al proveedor actualmente no pasa por determinar si este ha cumplido o no con vender un producto que no tenía fallos sino que la idoneidad será evaluada si es que luego de presentado el fallo el proveedor reparo el defecto, de tal manera que encaso dicha reparación se produzca antes de la imputación de cargos podrá ampararse en que dicha medida supone la improcedencia de la denuncia en virtud del Decreto legislativo 1308, notando que el espíritu del eximente de tal norma bien puede equipararse a lo dicho en

---

<sup>120</sup>RESOLUCIÓN 2221-2012/SC2-INDECOPI, expedida por la Sala Especializada en protección al consumidor de INDECOPI, fundamento 31.

el criterio Hiraoka que sostuvo lo siguiente : 35. *De acuerdo a la interpretación antes expuesta, el proveedor no será responsable por infracción del deber de idoneidad por haber vendido un producto que presente desperfectos, sino sólo por no haber realizado aquellos actos a los que estaba obligado una vez producida la falla del producto, es decir, responderá si con su conducta denegó, limitó o excluyó la aplicación de los mecanismos de solución o remedios legales o los ofrecidos expresamente por el proveedor, cuyo contenido está comprendido en el artículo 97º, inciso c), del Código.*<sup>121</sup>

Es preciso señalar que contrariamente a lo señalado por el criterio Hiraoka y al espíritu de la subsanación de infracciones como liberación de responsabilidad ,subyace en que no se le puede exigir al proveedor ser perfecto en tanto la sola presencia de un defecto acarrearía una infracción, independientemente de si se ha reparado o empleado otra forma de subsanación, y que dicha exigencia hace que el defecto *per se* represente una infracción, lo cual se traduciría según la opinión de algunos juristas en que se está imponiendo al proveedor la obligación de ser perfecto, en tanto evidentemente los procesos productivos y los proveedores no son perfectos y es humano que la industria comercialice productos con fallas, al no existir un grado de perfección infalible , así el abogado Ivo Gagliuffi señaló que : *¿Sabía usted que el Tribunal del INDECOPI cree que los proveedores son perfectos? Si usted comercializa productos o brinda servicios en el mercado para consumidores finales, entonces es un proveedor, y podría sentirse halagado. Sin embargo, en realidad, debería preocuparse seriamente, porque si comete cualquier error que implique un defecto en su producto o servicio, entonces el Tribunal del INDECOPI lo considerará como una infracción y lo sancionará. Y lo más triste: como su producto o servicio debió ser perfecto, entonces no importará si lo repara o reemplaza, o si le devuelve el dinero al consumidor. Ese acto suyo que corrigió el error o compensó al consumidor, sólo servirá para que le impongan quizás una multa menor.*<sup>122</sup>

No obstante, resulta un argumento errado considerar que el caso américa móvil exige que los proveedores sean perfectos, siendo que muy por el contrario este pronunciamiento no exige a que el proveedor comercialice bienes o servicios

---

<sup>121</sup>RESOLUCIÓN 2221-2012/SC2-INDECOPI, expedida por la Sala Especializada en protección al consumidor de INDECOPI, fundamento 35.

<sup>122</sup><http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/defecto-infraccion-ivo-gagliuffi-358324> ( 29 de junio de 2017)

asegurando determinada calidad sino que únicamente cumpla con lo ofrecido, de ser el caso ha de repararse que la exigencia imperativa de cumplir con las obligaciones legales ( leyes) y convencionales ( publicidad, términos y condiciones contractuales) no supone la exigencia de ser perfecto, sino que de actuar conforme a derecho, puesto que de otra manera ninguna persona podría cumplir la totalidad de normas expedidas por el estado peruano, debido a que siempre fallara en alguna ocasión y no puede excusarse en ello para ser exonerado de responsabilidad, por cuanto el estado exige que cumplas con normas tributarias, laborales, familiares, obligaciones en materia ambiental, etc., siendo que para ello se ha normado diversas obligaciones contenidas en leyes y no puede argüirse que en algún momento se va a fallar, pues nadie es perfecto, como una causal suficiente para librarse de responsabilidad.

De allí, que considerar a la subsanación de la conducta infractora como un eximente de responsabilidad desvirtúa el criterio sobre la interpretación del deber de idoneidad, significando un retorno al precedente del caso Hiraoka, ello es que bajo la actual normativa del artículo 108 literal f) del Código de Protección y Defensa del Consumidor se ha reinterpretado implícitamente el deber de idoneidad, de manera que este ya no supone en que el proveedor sea responsable por los defectos de los bienes y servicios que presta, sino que únicamente será responsable posteriormente en caso decida no ofrecer la garantía a la que se comprometió, de allí que se considera acertada la postura del jurista Christian Northcote Sandoval que señala que *Consideramos correcto el criterio adoptado por el Tribunal del Indecopi pues lo contrario sería admitir que una empresa pueda realizar sus actividades de manera descuidada o negligente, entregando productos sin un adecuado control de calidad y sometiendo así a los consumidores a la incertidumbre de que cada vez que adquieren un producto tengan que seguir una serie de acciones y procedimiento de reclamo para obtener lo que, desde un inicio, debieron obtener*<sup>123</sup>

#### **14. La teoría del Cheap Cost Avoider como motivo de la subsanación de la infracción como atenuante de responsabilidad**

Uno de los errores más destacados de estimar a la subsanación de la infracción como un eximente de responsabilidad, error que por cierto es compartido en el criterio

---

<sup>123</sup>Christian Northcote Sandoval (2013); Criterios del INDECOPI sobre el deber de idoneidad en Revista Actualidad Empresarial Edición N° 290, página X-4, Lima.

jurisprudencial del caso Hiraoka, reside en que ambos parten del supuesto errado que los productos o servicios que presenten defectos no pueden atribuirse directamente al proveedor de los mismos, en la medida que consienten que existan tales defectos y los legitiman, y que solo serán responsables en un segundo momento, ello es cuando a pesar del defecto no cumplan con reparar el mismo o corregirlo a través de algún mecanismo, por lo que este defecto inicial o fallo primigenio no es imputable al proveedor, entonces cabe interrogarnos ¿a quién le atribuimos el costo de ese defecto? La respuesta redonda en que es el consumidor quien asume dicha carga, siendo este el que asume tanto los costos materiales e inmateriales de tales desperfectos, a tal razón es preciso considerar que el decreto legislativo 1308 señala que en la denuncia presentada por este va ser declarada improcedente, si la enmienda se dio con anterioridad a la imputación de cargos, es decir que el tiempo empleado por el consumidor en reclamar, acudir a una entidad financiera para comprar la tasa pro derechos de tramitación, el pago del abogado que contrató y todo el tiempo transcurrido para que se le devuelva el producto en buen estado, o simplemente se le devuelva su dinero va ser asumido enteramente por el consumidor. Aunque conforme a la norma precitada se le devolverá la tasa por derechos de tramitación de denuncia, ello es varios meses después desde que se presentó el defecto y otros meses hasta que la autoridad de consumo emita la resolución que corresponde.

Sin embargo el caso América móvil precisamente fundamenta que la subsanación de la infracción no es un eximente, toda vez que estos defectos primigenios no pueden ser imputados al consumidor, quien no tiene culpa alguna ni responsabilidad de ninguna forma pro tal desperfecto inicial, y que por el contrario la parte de la relación de consumo que se encuentra en mejor posición de evitarla ocurrencia de daños o evitar los defectos del producto o del servicio, siendo que será esta parte la que asuma tales costos al estar en una mejor posición de evitarlos y de reducir los desperfectos, a dicha premisa la doctrina la ha bautizado como la teoría del cheapest cost avoider. Por dicha teoría se comprende que: *es barato prevenir y evitar esos daños o accidentes (cheapest cost avoider) bajo el entendido de que no es tan relevante encontrar el fundamento del deber de responder, sino analizar cómo la sociedad debe enfrentar los daños –*

*especialmente a los accidentes– señalando que su costo debe ser asignado con base en los criterios de evitación o prevención a quien le sea más*<sup>124</sup>.

La teoría del cheapest cost avoider proclama en gran medida que la parte que puede prevenir los daños es la que debe asumir los costos del mismo, siendo que en las relaciones de consumo se caracterizan por la asimetría informativa, siendo que es el proveedor quien cuenta con mayor y mejor información sobre las características del bien o servicio, en tanto al igual que ocurren en la relación laboral, estamos frente a una relación asimétrica donde existe un claro desequilibrio en desmedro del consumidor, al ser el proveedor quien cuenta con toda la información sobre el bien o el servicio y es este quien fabrica el bien mediante expertos, lleva años en el mercado produciendo, es el encargado del proceso de industrialización, conoce el know how del negocio y es el agente técnico detrás del producto, o el que mejor sabe cómo se presta el servicio, por lo que no solo resulta lógico que sea este quien asuma los costos, sino que resulta una cuestión de justicia que sea el proveedor quien los asuma pues es este quien debe de asumir los costos en modernizar la tecnología, mejorar a sus expertos, invertir en desarrollo e innovación para reducir los defectos de la producción masiva, resultando un despropósito trasladar los costos iniciales de los defectos al consumidor, siendo que precisamente el postulado del criterio Hiraoka y de considerar la subsanación de la conducta infractora preceptúa ello, lo cual evidentemente resulta un retroceso en el mandato de protección al consumidor

Un claro ejemplo de ello fue lo señalado por la Cámara de apelación en lo civil y comercial de Junín de la república de Argentina en el caso MONTIEL GABRIELA ALEJANDRA C/ DIA ARGENTINA S.A que condenó al propietario de un supermercado a indemnizar a la actora por la sustracción de un *ciclomotor en la playa de estacionamiento del establecimiento*. *El Tribunal destacó que la posibilidad de estacionar "gratuitamente" los vehículos de los potenciales clientes estimula el consumo y que la mentada gratuidad no es excusa para incumplir la obligación de custodia, porque los gastos de manutención son trasladados a los precios. Además, puntualizó que "con la simple y poco costosa instalación de cámaras de filmación (pocas en número además para cubrir el espacio en cuestión) no sólo se implementaría*

---

<sup>124</sup>Guido Calabresi. Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. Yale Law Journal, Vol. 70, 1961, pág. 499 y ss



*un elemento de gran importancia disuasiva para la perpetración de ilícitos sino de utilidad probatoria para comprobar o desestimar eventuales denuncias”.*<sup>125</sup>

En virtud del fallo comentado se aprecia que el mismo también versa sobre una controversia en el marco de una relación de consumo, en el cual una consumidora recurre a un establecimiento comercial que cuenta con estacionamiento gratuito y sufre el robo de su vehículo, por lo que dicho robo pudo haber sido evitado si se colocaba algún mecanismo de seguridad , y en este caso era el establecimiento quien se encontraba en mejor posición para asumir a menor costos la prevención del daño, así el fallo en cuestión agrega que : *Piénsese nada más que con la simple y poco costosa instalación de cámaras de filmación (pocas en número además para cubrir el espacio en cuestión) no sólo se implementaría un elemento de gran importancia disuasiva para la perpetración de ilícitos sino de utilidad probatoria para comprobar o desestimar eventuales denuncias. La colocación de éste u otros mecanismos de control (manuales o electrónicos de ingreso/egreso) desde el punto de vista sustantivo y desde el análisis económico del derecho (la fórmula de Hand: existe culpa en la causación de un hecho dañoso, cuando el causante pudo prevenirlo invirtiendo en precaución menos que el valor esperado de los costos de ese evento dañoso, y no lo hizo ; y el "cheapest cost avoider": debe evitar los costos derivados de los daños, la parte que esté en condiciones de hacerlo a menor costo sería la conducta razonable (512, 902 y 1198 CCivil, sin que sea óbice la falta de imposición normativa ) para la función preventiva del derecho de daños y la tutela de los consumidores.*<sup>126</sup>

A raíz de lo comentado, se observa que la concepción de la subsanación de la infracción como atenuante antes de imputarse cargos simboliza un criterio opuesto a la teoría del cheapest cost avoider, y en suma traslada estos costos directamente al consumidor quien es el que debe soportar con el defecto de los productos o servicios, en la medida que no será el proveedor quien deba de asumir los gastos en colocar productos defectuosos, por cuanto se está descartando la teoría del cheap cost avoider, sino que en un momento secundario será recién este quien asuma tales costos al ofrecer las garantías del caso, es decir que el proveedor puede ser negligente o imprudente en su actuación y solo cuando

---

<sup>125</sup><http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=858>(05 de julio de2017)

<sup>126</sup>Acciarri, Hugo- Romero, Melisa "La fórmula de Hand y el cheapest cost avoider en el derecho de daños argentino" LLBA 2007 junio, 517

se le reclame y este corrija su infracción es que asumiría este costo del daño, lo cual nos conlleva a señalar que en efecto la norma bajo análisis no incentiva la diligencia debida del proveedor sino que por el contrario da margen para la negligencia y solo se estimula que se repare las infracciones, o lo que es decir que primeramente puede ser negligente y la diligencia o cumplimiento de la ley solo se evaluará cuando ofrezcas las reparaciones del daño, de tal forma que se si se logra subsanar ello se tendrá por diligente la conducta del proveedor.

Entorno a lo comentado, se observa el siguiente ejemplo una consumidora recurre a un centro comercial a comprar una refrigeradora, paga la totalidad del precio y a los pocos meses, presenta desperfectos, por lo que reclama y el proveedor le entrega otra refrigeradora que nuevamente a los pocos meses falla, entonces es la consumidora vuelve a reclamar y es el proveedor quien decide ya no darle un nuevo producto, sino que le devuelve el dinero. Producida la devolución del dinero, la consumidora decide denunciar ante la autoridad de consumo en INDECOPI al centro comercial y estos responden la denuncia señalando que ciertamente existen defectos en el bien, pero como se cumplió con hacer efectiva la garantía reparando el bien y luego devolver el dinero, no habría infracción alguna y por ende no se le puede sancionar, sin embargo, cabe interrogar ¿Realmente no hay ninguna infracción? ¿Quién asume los costos de la denuncia de la consumidora, en tiempo, esfuerzo, alternativas de consumo, la molestia de tener un producto fallado que durante meses no funcionó bien, el tiempo de demora en la entrega de los productos? Lo cierto es que el ejemplo planteado no es un ejemplo hipotético, ha ocurrido en la realidad, para ser exactos son los hechos correspondientes al caso Hiraoka, por lo que resulta desacertado estimar la subsanación como liberación absoluta de responsabilidad para el proveedor denunciado.

### **15. Las infracciones administrativas son de mera inobservancia de la norma: no se precisa de un daño no reparado.**

Al amparo de la técnica legislativa utilizada por el legislador peruano se observa que en materia de protección al consumidor, la propia norma que regula tales avatares se ha decantado por utilizar el modelo de infracciones administrativas basadas en la mera inobservancia de la norma, o lo que es decir que basta comprobar la vulneración de la ley para que se puede emitir un juicio de reproche, a tal fundamento es que una vez contravenida la norma ya se ha consumado la infracción y esta será pasible de sanción

en sus diversa modalidades, sumadas a las medidas correctivas reparadoras y complementarias, entonces el criterio legislativo de la norma de consumo es que comprobado el apartamiento de la norma se despliega la sanción y consecuencias accesorias, no se exige que haya existido algún efecto real del daño o que se hayan ocasionado daños, sino que la sola inobservancia de la norma, es pasible de sanción, puesto que las infracciones administrativas de consumo son infracciones per se y no infracción por la razón, siendo que estas dos categorías serán desarrolladas más abajo, por lo que no se requiere de un efecto real y comprado en el mercado ni mucho menos la infracción está supeditada a que no se haya reparado el daño.<sup>127</sup>

En efecto las infracciones a la norma de consumo no precisan de la ocurrencia efectiva de una daño al consumidor que requiera ser resarcido, sino que la sola vulneración de sus derechos como bienes jurídicos protegidos que son dignos de tutela, es que tal quebrantamiento supone per se la comisión de la infracción, lo mencionado tiene asidero en lo expresado por el artículo 104 del Código de Protección y Defensa del Consumidor que señala lo siguiente :*Artículo 104.- Responsabilidad administrativa del proveedor El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado. (...)* . Se aprecia que dicha norma consagra que cualquier infracción a la norma de consumo supone una infracción, mas no añade ningún otro requisito adicional para la configuración de la misma, ello es que no precisa de daños reales y tampoco de daños no reparados para que recién pueda calificarse una infracción.

Nuevamente es aconsejable y ciertamente más entretenido analizar ello desde la óptica de un ejemplo, por lo que esta vez utilizaremos el caso del Juan que es cliente de una zapatería, habiendo comprado unos zapatos y estos le quedaban grandes y la zapatería se negó a devolver el dinero, por lo que Juan decidió llenar el libro de reclamaciones, sin embargo Juan decide denunciar que el libro de reclamaciones consignado no cumple con el formato establecido en el la norma pertinente que señale los campos que debe tener obligatoriamente la hoja de reclamaciones, siendo que falta que se consigne la

---

<sup>127</sup>Víctor Sebastián Baca Oneto, artículo: ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano, 2015, página 15

dirección domiciliaria y el RUC del proveedor, a lo cual la zapatería señala que si bien es cierto faltan esos dos campos, es también cierto que no se le ha irrogado daño alguno al consumidor, ya que este sabe dónde queda la zapatería y en cuanto la RUC ello no ha impedido que registre su reclamo mi mucho menos ,es decir, no habría ningún daño para el consumidor, sin embargo contrariamente a lo señalado por el proveedor del caso comentado, es que no se requiere de un daño efectivo al consumidor para que recién se puede calificar una infracción puesto que la responsabilidad administrativa en las relaciones de consumo es de mera inobservancia de la norma.

Ahora bien, la corrección de la infracción antes de acusarse los cargos como causal de improcedencia de la denuncia que libra de responsabilidad al proveedor inobserva lo dispuesto por el artículo 104 del código, ya que se parte de la premisa que las infracciones no son de mera inobservancia de la norma, sino que se precisa de un daño real y que no haya sido resarcido al consumidor. Nótese que incluso este eximente de responsabilidad carece de mayor lógica y no guarda coherencia con el artículo precitado, debido a que el daño efectivamente ha ocurrido, no es un daño potencial o una amenaza, sino que en la vía de los hechos se ha infringido un derecho y este derecho ha devenido en un daño real, pero que ante la subsanación del mismo ya no existiría ninguna infracción pasible de sanción. Valiéndonos del ejemplo desarrollado en el párrafo anterior, si Juan denuncia ante la autoridad de protección al consumidor de INDECOPI la falta de características de la hoja del libro de reclamaciones de la zapatería , siendo que el reclamo es de fecha de octubre de 2016, y la denuncia es de noviembre de 2016,siendo que en enero de 2016 subsana la zapatería su infracción colocando una hoja que cumpla con las características exigidas en el libro de reclamaciones, ya no hay daño para Juan puesto este fue reparado, y es ahí donde subyace el error puesto que el artículo 104 del código de protección y defensa del consumidor ni alguna otra norma exige que la reparación del daño sea un supuesto esencial para que el estado abdique en su función de velar por el cumplimiento de las normas.

Valgan verdades, el novel eximente encierra en su discurso un falso pragmatismo radicado en que aparentemente al haber subsanado la conducta infractora antes de imputarse cargos, el estado ya no debiera gastar recursos en sancionar al proveedor debido a que este ya enmendó su error, y es mucho más práctico y supuestamente

saludable para el mercado y para el consumidor ( según la exposición de motivos de la norma el consumidores el más beneficiado) que ya no se despliegue el aparato estatal ante una infracción que fue corregida, a todo ello debe preguntarse ¿ porque ?, y el motivo que se encuentra es que ya habría desaparecido el efecto nocivo de la infracción, se ha corregido el mismo, y ante la ausencia de ese efecto ya no sería punible la infracción ,compréndase por lo dicho que no se atenúa la sanción con una amonestación ( Sanción no pecuniaria), sino que no existe ni siquiera una amonestación. Dicho ello, se llega a la conclusión de que en realidad nuestra normativa de consumo ahora se rige por un esquema de infracción por la razón y no de infracciones per se, cuando esa técnica legislativa no está contemplada en el código de protección y defensa del consumidor y por el contrario el artículo 104 se inclina por las infracciones per se o de mera inobservancia de la norma.

Para comprender mejor que es una infracción por la regla per se y por la regla de la razón, es imperativo recurrir a las normas de libre competencia, elaboradas y utilizadas por INDECOPI en la comisión de libre competencia para vigilar que los agentes económicos compitan en el mercado de forma leal, protegiendo la libre competencia, combatiendo y sancionando aquellas prácticas que las restrinjan , debiendo de recurrir al Decreto Legislativo 1034, ley de represión de conductas anticompetitivas que en sus artículos 8 y 9 señala lo siguiente : *Artículo 8.- Prohibición absoluta.- En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta. Artículo 9.- Prohibición relativa. - En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.* Así las cosas, son infracciones de mera inobservancia de la norma que no requieren de un daño efectivo en el mercado o un daño a los consumidores cuando existen practicas colusorias horizontales tales como fijación de precios, reducción de producción, repartirse el mercado o coludirse en licitaciones, siendo que estas conductas infractoras se rigen por la regla per se y se sancionan por su mera comisión, independientemente de si el daño fue reparado o no<sup>128</sup>, igualmente son sancionadas, por otro lado las infracciones que se rigen por la regla de la

---

<sup>128</sup>Sentencia del caso United States vs. Trenton Potteries Co. (1927) y United States vs. Socony Vacuum Oil Co. (1940) expedida por el Segundo Circuito de Apelaciones de la Corte Suprema de justicia de los Estados Unidos

razón son aquellas como la colusión vertical entre 2 o más agentes económicos de distintos niveles de la cadena de producción, como aquellos casos donde el fabricante de un producto acuerda con el distribuidor del mismo que solo venda sus productos, en estos casos la razón indica que debe verificarse un daño al mercado o a los consumidores para luego recién decir si es sancionable o no la conducta infractora.

En palabras de Alfredo Bullard y Huáscar Ezcurra: *En las llamadas legislaciones antimonopolios o legislaciones de promoción de la libre competencia se suelen usar dos tipos de reglas. El primer tipo son las infracciones sujetas a la “regla per se” y que determinan que una práctica es ilegal por la simple realización de su conducta, sin necesidad de evaluar para determinar su ilegalidad las posibilidades de que la regla pueda afectar realmente la competencia*<sup>129</sup>., sumado a ello Ivo Gagluffi señala *que bajo la regla de la razón no se considera que una determinada conducta (por ejemplo, la concertación de precios) sea inherentemente ilegal, sino que la autoridad de competencia debe analizar la razonabilidad de la práctica, desde el punto de vista de la competencia y la eficiencia, así como determinar si sus efectos fueron apreciables en el mercado*<sup>130</sup>.

En base a lo comentado se concluye que el artículo 108 literal f) del Código de protección y defensa del consumidor, al contemplar a la subsanación de la infracción como causal de improcedencia de la denuncia y que libera de responsabilidad es un eximente que enfoca las infracciones de la normativa de consumo bajo la regla de la razón, en tanto la premisa básica de dicho eximente reside en que al haber desaparecido el daño al consumidor, puesto que este ha corregido su infracción mediante una subsanación, desaparece este elemento nocivo y al no verificarse la presencia de tal efecto negativo ya no se puede sancionar ni continuar con el procedimiento, lo cual desemboca en que las infracciones a la norma de consumo requieren que haya un daño no reparado al consumidor, y que este daño subsista con posterioridad la imputación de cargos para que recién pueda calificarse la infracción, al haber razón suficiente, sin embargo la regla de la razón en este caso se halla ciertamente camuflada, máxime que la misma está siendo mal aplicada, puesto que el daño para el consumidor no se agota en

---

<sup>129</sup>BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro (2002). ¡Prohibido prohibir! El fantasma de los precios sugeridos y la fijación de precios de reventa en el Derecho de la Competencia, página 216 En: Lima: Thémis N° 45.

<sup>130</sup>GAGLIUFFI PIERCECHIVIO, La Evaluación De Las Conductas Anticompetitivas Bajo La Regla Per Se O La Regla De La Razón, página 153-154. en Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 12 de INDECOPI, página 153 y 154.

la medida correctiva que pueda darse ya que existen otros costos asociados que no le son resarcidos, y además el efecto del mercado es negativo por cuanto queda impune la infracción ( no hay sanción de ninguna clase), máxime que las infracciones de las relaciones de consumo son de mera inobservancia de la norma, bajo la regla per se, en tanto no se exige que primero deba verificarse si el daño que ya fue causado ha sido subsanado.

## **CAPITULO III: EL MERCADO Y LA SUBSANACIÓN DE INFRACCIONES COMO EXIMENTE.**

### **1. El criterio de efecto en el mercado para graduar sanciones**

Habiendo repasado que la subsanación de la conducta infractora es un eximente de responsabilidad si esta ocurre con anterioridad a acusarse los cargos debido a que el daño producido al consumidor y en general el daño que se habría producido al mercado ya sido corregido, por lo que resultaría inútil la intervención de la administración pública en tales casos, no obstante el criterio de estimar el daño como un elemento que determine la ocurrencia o no ocurrencia de una infracción resulta equivocado, ya que el mismo no es utilizado como una herramienta para determinar la responsabilidad sino que dicho elemento del daño al consumidor al mercado ,sea como daño real o como daño potencial es un criterio utilizado para graduar la responsabilidad traducida en la sanción, ello significa que no es un elemento que sea utilizado para hallar responsabilidad sino para modular esa responsabilidad y en base a ello ver la gravedad del mismo.<sup>131</sup>

Lo señalando tiene asidero en la propia normativa de consumo y en lo dispuesto por la Ley 27444, Ley del procedimiento administrativo general, siendo que en los artículos 112 de la norma de consumo y en el artículo 246 inciso 3 en la norma del procedimiento administrativo se estipula lo siguiente: **Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.** *Al graduar la sanción, el órgano resolutorio puede tener en consideración los siguientes criterios: 3. El daño resultante de la infracción. 4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado. (...)* mientras que la ley 2744 señala que: *Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser*

---

<sup>131</sup>Juan Manuel Sánchez Terán Hernández, Los criterios de graduación de Sanciones administrativa, página 28

*proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación: (...) c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;*

En virtud de ello, se indica que resulta desacertado exonerar de responsabilidad tomando como criterio que la subsanación de la infracción determina la desaparición del efecto nocivo de esta infracción en el mercado al no haber un daño real para el consumidor, puesto que el pragmatismo de este eximente es precisamente el no sancionar aquello en lo cual no se advierta un daño, sino que el daño debe estar vigente y no haberse subsanado el mismo, sin embargo tal como lo señala las normas citadas anteriormente se observa que el elemento del daño es un criterio para graduar la sanción, en la medida que se pueda predicar una mayor o menor gravedad de la infracción según sea el tipo de daño que sea causado pero no para librar de responsabilidad, siendo que el propio tenor de la norma señala que es un criterio de graduación y no exoneración de responsabilidad.<sup>132</sup>

Es preciso destacar que el daño real o potencial al mercado al consumidor es estimado como un criterio para graduar la sanción, toda vez que los bienes jurídicos tutelados tienen reposo en derechos de los consumidores y en obligaciones de los proveedores, siendo que la mera inobservancia de la norma es susceptible de ser sancionada, no exigiéndose que ocurra el efectivo y concreto daño, y que este no sea reparado para que recién la administración pública pueda ejercer sus deberes de policía debido a que el bien jurídico que se protege solo exige que se ponga en peligro y que dicho peligro sea como consecuencia del quebrantamiento de una norma para que la conducta sea antijurídica y se configure una infracción, más si consideramos que este bien jurídico no siempre es el único que se protege sino que se tutelan condiciones de seguridad medidas mínimas que deben observar los proveedores para evitar precisamente la comisión de infracciones mayores, de tal forma que ello justifica que el daño no sea únicamente a un bien jurídico sino que se haya quebrantado esa condición de seguridad mínima o condición de idoneidad estándar que se exigía y a pesar de exigirse se incumplió.<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup>Gómez Apac, Hugo; Isla Rodríguez, Susan; Mejía Trujillo, Gianfranco, Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor, pagina 139, en revista Derecho y Sociedad N<sup>o</sup> 34, Lima.

<sup>133</sup> Acosta Olivo Carlos, Criterios de graduación en el procedimiento administrativo sancionador, página x-2 en Revista Actualidad Gubernamental, N<sup>o</sup> 65 -marzo, 2014, Lima.



Atendiendo a lo manifestado, se puede desprender válidamente que resulta adecuado estimar el criterio del daño únicamente como un factor de graduación de la multa, y no como un elemento a verificarse para determinar la existencia propiamente dicha de la infracción, en vista que la normativa de consumo establece mandatos imperativos mínimos que deben de respetarse independientemente de si haya un daño real que no fue reparado al consumidor, tal precepto ha sido dispuesto por la norma de consumo al señalar el artículo IV numeral lo siguiente *que 6. Principio de Protección Mínima. - El presente Código contiene las normas de mínima protección a los consumidores y no impide que las normas sectoriales puedan dispensar un nivel de protección mayor.*

Para una mejor explicación utilicemos como ejemplo lo dispuesto por el artículo 24 del Código de protección y defensa del consumidor, el cual señala que los reclamos de los consumidores deben de ser respondidos dentro del plazo de 30 días calendarios, prorrogables por 30 días más previo aviso dentro del primer periodo, es así que este es un mandato legal mínimo que impone una obligación imperativa, puesto que nada impide que el proveedor pueda responder en un plazo menor, de manera que si el sujeto A denuncia la falta de respuesta dentro del plazo de 30 días y el proveedor B procede a contestar el reclamo en el día 60, ello es fuera de plazo, pero aún no se le imputo cargos, es que ya no se puede sancionar al haberse subsanado la infracción o corregirse el daño. No obstante, el ejemplo anterior soslaya que el daño al mercado es un criterio de graduación que únicamente determinará si la infracción puede ser calificada como de mayor o menor gravedad, puesto que precisamente esa es la función de dicho criterio, será más gravoso el no haber respondido que el haber respondido fuera de plazo, pero ello no descalifica la comisión de la infracción.

## **2. Adán comerá la manzana prohibida aun cuando está prohibida: el efecto en el mercado de la subsanación de infracción como eximente**

Volviendo al planteamiento inicial de esta investigación, se interroga: ¿cuál será el comportamiento de Adán, si conoce que existe un decreto divino que señala que, si subsana su infracción antes de ser acusado, entonces no será expulsado del paraíso ni tampoco se le impondrá ninguna sanción más venial? por el contrario, quedará absuelto de todo pecado. Lógicamente para Adán le será mucho más favorable y beneficioso incumplir con la prohibición y proceder a comer la manzana prohibida y luego devolverla por otra manzana o ¿porque no? pagar el precio de dicha manzana o dar

otros frutos equivalentes que subsanen su infracción, de tal suerte que Adán estará recibiendo un estímulo perverso de incumplir la norma ya que no se le podrá reprochar nada siempre y cuando enmiende su conducta. De la misma forma cabe interrogar: ¿Cuál será el comportamiento de los proveedores en el mercado que saben que no serán sancionados, si pese a cometer una infracción luego optan por algún paliativo que resarza el daño definitivamente? la respuesta lógica es que le es mucho más económico y beneficioso incumplir con la norma de consumo y luego cuando acaso alguna persona reclame o se interponga alguna denuncia, esos son la menor de las veces, recién subsanan su infracción.

Lo explicado tiene asidero en el Análisis Económico del derecho, el mismo que analiza las figuras jurídicas desde la óptica de la economía, en el entendido de que las decisiones legales deben tomarse considerando los costos, externalidades y gastos asociados a la decisión, de manera que se maximice el beneficio y se minimice los costos, economía en estado puro al aplicar alguna figura jurídica, donde se debe gestionar adecuadamente los recursos para obtener la mayor ventaja posible<sup>134</sup>, así las cosas para el proveedor en el mercado también resultan en un incentivo perverso para el proveedor, el cual en vez de cumplir desde el principio con las obligaciones previstas en la normativa de protección al consumidor y de esta manera elevar sus estándares y costos para prevenir los defectos, es que mejor invertirá en reparar los mismos cuando ocurra el fallo, o lo que es decir no se invertirá en que el saco sea confeccionado con las telas de la calidad ofrecidas sino que se invertirá mejor en las coderas y parches que remienden ese saco, lo cual definitivamente es económicamente mucho más beneficioso para el proveedor.

Partamos de una base esencial, la cual es que estamos en un escenario de mercado, el mercado es un lugar donde interactúan, proveedores, consumidores y el estado, es un terreno preponderantemente económico<sup>135</sup>, es el escenario donde se estimula la inversión, se mueven capitales y en suma representa la industria y empresa de un país, que genera riqueza, por lo que resulta natural que los proveedores de bienes y servicios traten de sacar el mejor y mayor provecho del mismo<sup>136</sup>, buscando maximizar sus ganancias y

---

<sup>134</sup>Víctor Malpartida Castillo. Introducción al Derecho Económico. Análisis Económico del Derecho y Derecho al Desarrollo. Lima, Editorial San Marcos EIRL. Pag.51, 1996

<sup>135</sup>Gregory Mankiw, Principios de Economía, Tercera Edición, Mc Graw Hill, Pág. 41.

<sup>136</sup> Laura Fisher y Jorge Espejo, Mc Graw Hill Mercadotecnia, Tercera Edición - Interamericana, Pág. 84

minimizar sus costos, con el mínimo de recursos lograr el máximo de beneficios. Esta premisa es aceptada pacíficamente por la doctrina en materia de economía, ya que ese es el comportamiento de todo agente económico<sup>137</sup> en el mercado. De allí que el decreto legislativo 1308 refuerce esta postura en beneficio del ¿consumidor?, naturalmente el beneficio no es para este, sino para el proveedor quien ahora pueda disminuir sus costos en estándares de calidad, o no invertir mayor gasto en la idoneidad de sus productos, sino que ocurrido el caso puntual y concreto de algún consumidor que denuncie ante la autoridad, recién pueda subsanar su infracción devolviendo el dinero o entregando otro bien similar o idéntico.

Para mejor explicación debe de recurrirse a dos conceptos económicos los cuales son el excedente del proveedor y el excedente del consumidor, el primero de ellos deviene en que el productor o proveedor está dispuesto a la comercialización de bienes o servicios a un determinado precio, lo cual significa que habrá un punto máximo al cual el proveedor pueda vender un bien o servicio para que le sea rentable y otro punto en el cual no lo venda porque ya no le generaría ganancia alguna, es decir es la diferencia entre lo que cuesta producir un bien y el precio al cual vende<sup>138</sup>, así si fabricar un auto me vale 100 y yo lo vendo en 150, el excedente del productor es 50, mientras que el excedente del consumidor es la diferencia entre lo que estaría dispuesto a pagar y lo que realmente pago en el mercado por un bien, así si por un auto estaría dispuesto a pagar 180 y lo venden en 150, el excedente del consumidor es 30, sin embargo al observar que subsanando la conducta infractora el proveedor queda exonerado de responsabilidad es más útil económicamente no elevar los costos en producir un bien de calidad y poder elevar su excedente de proveedor, y luego reparar el bien, mientras que el consumidor habida cuenta de ello estaría dispuesto a pagar más por un bien que no tenga fallas, de tal forma que se sube el excedente del proveedor y se resta el del consumidor, lo cual desequilibra el punto de bienestar.

Un ejemplo de ello sería que si me cuesta producir una zapatilla en 80 y la venden en 100, el excedente del productor es de 20, ahora bien si el consumidor está dispuesto a pagar no más de 120 por unas zapatillas que la venden a 100, el excedente del

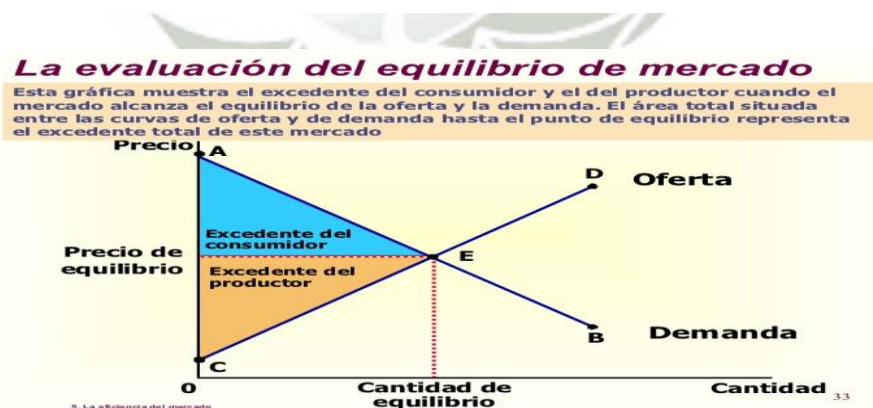
---

<sup>137</sup><http://www.encyclopediainanciera.com/definicion-excedente-del-productor.html> (16 de julio de 2017)

<sup>138</sup> Paul Krugman y Robin Wells, Introducción a la Economía, Macroeconomía, página 121, Worth Publishers, New York and Basingstoke

consumidor es 20, y el punto de bienestar es el precio de 100 , sin embargo habida cuenta que el proveedor conoce que corrigiendo su infracción ya no será sancionado, puesto que el artículo 108 literal f) de la norma de consumo y la ley 2744 lo exonera de responsabilidad, entonces ya no estará tentado en invertir más en prevenir el defecto sino para resarcirlo cuando acaso alguien lo denuncie ante la autoridad de consumo, de tal modo que las zapatillas seguirán en un precio de 100 o tal vez más, cada año los precios aumentan generalmente, y el costo de producción será de 70, o puede que continúe en 80, pero el consumidor al ver que ahora subsanando la infracción el proveedor ya no es sancionado y que por el contrario sus costos de tiempo, de buscar alternativas de consumo, honorarios de su abogado y otros no le son resarcidos, entonces estará dispuesto a pagar más por las zapatillas para obtener un buen producto que no tenga fallas, así ahora estará dispuesto a pagar 140 por unas zapatillas más caras que tienen un precio de 130, siendo que el excedente del consumidor es ahora 10 y la del proveedor es 50. Este fenómeno en las relaciones de consumo no es nuevo, puesto que el consumidor desea un bien de calidad, y por ello está dispuesto a invertir en un bien de mayor precio pero de mayor calidad, así conociendo que una vez subsanada la infracción el proveedor es liberado de la sanción y demás costos que asume el consumidor por su reclamo, este buscara ya no pagar el dinero por ese bien inicial sino que buscara uno de mayor precio con la seguridad de que este sea de mejor calidad, traducido en que el consumidor estará dispuesto a pagar más por un bien cuyo precio este más elevado ,reduciendo su excedente.

A continuación, un gráfico que muestra el excedente del consumidor y proveedor:



139

<sup>139</sup> Grafico extraído de <https://image.slidesharecdn.com/excedentedelproductordelconsumidoryeficienciadelmercado-090512034343-phpapp02/95/excedente-del-productor-del-consumidor-y-eficiencia-del-mercado-33-728.jpg?cb=1242099862> ( 18 de julio 2017)

### 3. La teoría del incumplimiento eficiente y la conducta de los proveedores

Resulta claro que la exención de responsabilidad radicada en corregir la infracción, desemboca en que el proveedor no comercialice un bien previniendo los defectos con celo, sino que deberá de más bien corregirlos mediante la aplicación de las garantías que ofreció u otros mecanismos residuales que subsanen el fallo, cumpliendo ya no un deber de idoneidad de prevención del desperfecto sino un deber de idoneidad de represión del mismo, una vez que se presentó, o lo que es decir que se retorna al criterio del caso Hiraoka y se deja de lado el criterio del caso América móvil, lo cual es un incentivo perverso para el proveedor que le será más ventajoso reparar su error en un caso puntual ( y siempre que se le reclame) mediante la devolución del dinero o entregar otro bien similar que prevenir el daño del bien, ya que la obligación legal de la idoneidad primigenia de evitar estas fallas es modificada por este eximente que solo exige una actuación secundaria del proveedor, entonces es más eficiente incumplir y luego cumplir con la garantía, a ello se le conoce en el análisis económico del derecho como la teoría del incumplimiento eficiente, traducido en el eslogan de que es más eficiente en ocasiones incumplir las obligaciones que cumplirlas.

La teoría del incumplimiento eficiente proclama que a pesar que una de las partes tiene la condición de obligado, y que imperativamente debe de asumir una obligación, le será más beneficioso económicamente incumplir dicha obligación de forma deliberada y voluntaria, apartándose de la misma y asumiendo las consecuencias de dicho incumplimiento ,puesto que el cálculo final de los daños que deba eventualmente reparar son menores que los comparados con la ventaja patrimonial que obtuvo al momento de incumplirlos<sup>140</sup>. A tal razón Alfredo Bullard <sup>141</sup>utiliza el ejemplo de aquella persona que suscribe un contrato de compra venta de un inmueble con otro sujeto, a quienes se les denominará el sujeto A y el sujeto B, por un precio de 1000 , habiendo entregado B un adelanto de 200, sin embargo aparece el sujeto C y por necesidades comerciales u otras, está por demás interesado en adquirir ese mismo bien, entonces

---

<sup>140</sup>Saavedra Velazco, Renzo. *Apuntes comparativos sobre la teoría del incumplimiento eficiente: Incumplir, o no incumplir, he allí el dilema*. En *Latin American and Caribbean Law and Economics Association*. Marzo, pp. 69-93,2011

<sup>141</sup> Bullard GonzálezAlfredo, ¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. pago de daños, *Derecho y economía*. El análisis económico de las instituciones legales, página 315,2014

decide ofrecer al sujeto A la suma de 2400 , por lo que A decide incumplir la obligación contractual, y el daño a resarcir es entregar dobladas las arras, es decir deberá pagar al sujeto B la suma de 400, que es una pérdida económica para A, no obstante el beneficio de vender el bien a C es mucho mayor aun con la perdida de las arras, siendo que de los 2400 que le pagara C, 400 fueron el resarcimiento del daño a B, habiendo ganado 2000, mientras que si cumplía con la obligación contractual asumida con B, solo hubiese ganado 1000,resultando más eficiente incumplir la obligación.

Trasladando la teoría del incumplimiento eficiente a las relaciones de consumo, se observa que bajo la luz ( o mejor debiera decir penumbra) del eximente incorporado por el decreto legislativo 1308 y la ley 27444, le será más beneficioso al proveedor incumplir la obligación de actuar conforme a la normativa de protección al consumidor, términos contractuales, publicidad o información que estaba sujeto a cumplir que de observar desde el inicio tales obligaciones legales o convencionales puesto que conoce que la subsanación de la infracción se agotara en emplear los mecanismos de devolución, enmienda o corrección para el consumidor y no recibirá ninguna sanción. Es decir que unilateralmente el proveedor puede escoger incumplir su obligación, sea esta nacida de la ley o de un contrato con un consumidor y con tan solo resarcir el daño que corrija su infracción no se le puede emitir ningún juicio de reproche a nivel administrativo.<sup>142</sup>

Utilizando el ejemplo anterior, ocurre que el sujeto A era un proveedor inmobiliario y el sujeto B era un consumidor, el sujeto C era también si se desea un consumidor o un proveedor, entonces tenemos que el artículo 18 y 19 del código establece el deber de idoneidad que es la correspondencia entre lo que el consumidor espera recibir y lo efectivamente recibido en función a los términos y condiciones, publicidad e información, siendo que B deseaba adquirir un inmueble que A como promotor inmobiliario ofrecía, habiéndose suscrito el contrato de compra venta y en la publicidad efectivamente ofrecían un inmueble, sin embargo aparecida la oferta de C, la inmobiliaria decide dejar sin efecto el contrato devolviéndole al consumidor B el dinero entregado en adelanto como arras de forma doblada.

---

<sup>142</sup>Goetz, C. J. y Scott, R. E. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach. En: Columbia Law Review, vol. LXXVII, pp. 554 y ss, 1977

Es menester plantear preguntas: Primera. - ¿cuál sería la infracción cometida por A? la respuesta es que ha quebrado el deber de idoneidad, puesto que el consumidor esperaba recibir un inmueble y lo efectivamente recibido fue que no se le entregó el mismo, evaluando la idoneidad en base a la garantía expresa que fue la de una obligación contractual incumplida. Segunda. - ¿cuál sería la medida correctiva solicitada por el consumidor? Conforme a la norma de consumo se puede elegir entre el cumplimiento de la obligación o la devolución del precio pagado, siendo que el proveedor ya ha subsanado su infracción anticipando la medida correctiva y ha devuelto el dinero doblado entregado en arras que era el dinero de separación del inmueble. Tercera. - ¿La infracción cometida por la inmobiliaria A, es pasible de sanción? Atendiendo al artículo 108 literal f) del código no sería responsable por la infracción cometida, puesto que ciertamente existe la infracción y se ha vulnerado tanto el deber de idoneidad contenido en un mandato legal de observancia obligatoria como el incumplimiento contractual como fuente de obligaciones convencionales para con el consumidor, sin embargo se ha subsanado la conducta infractora al haber otorgado la posible medida correctiva que obtendría el consumidor, puesto que la infracción consistió en vender un inmueble y recibir dinero por él , y se ha devuelto el dinero del bien.

#### **4. Al proveedor le resulta eficiente incumplir su obligación**

El efecto en el mercado de la subsanación de la infracción como eximente, es en definitiva un estímulo de doble filo con perversa utilidad, que daña al mercado en general en tanto al proveedor le es atractivo incumplir su obligación legal y convencional al no tener que enfrentar ninguna sanción, más allá de lo ofrecido al consumidor, e incluso el cumplimiento secundario de lo ofrecido al consumidor, que en apariencia subsanaría su conducta infractora igualmente le es rentable debido a que se puede utilizar esta figura para captar consumidores, recibir la contraprestación económica, incumplir la obligación y luego cumplirla, empero existió el primer engaño que fue utilizado para captar al consumidor, cumpliéndose todos los requisitos para que se configure la teoría del incumplimiento eficiente.<sup>143</sup>

Así, el incumplimiento eficiente presenta 4 requisitos, el Indifference principle, la decisión de incumplimiento es carente de costos de transacción, la prevalencia del remedio resarcitorio y que el monto por concepto de daños era previsible al momento de

---

<sup>143</sup>Holmes jr., O. W., *The path of the law*. En: Harvard Law Review, vol. X,, pp. 457 y ss., *ivi* p. 462, 1897

celebrarse el contrato. Respecto del primer elemento, este nos informa que el obligado se hallaría en una situación igual de ventajosa que la que hubiese tenido si decidía cumplir con su obligación, extrapolando dicha premisa a la relación de consumo esta se reflejaría en que el proveedor igualmente salga beneficiado con el incumplimiento de su obligación, tal como la ventaja que obtendría si cumpliera su obligación con el consumidor, así cuando un proveedor de electrodomésticos informa que vende cocinas con características atractivas, diversos consumidores las adquieren pero aún no han llegado las mismas, sino que llegan días más tarde, incumpliendo con entregar la cocina dentro del plazo pactado, es ventajoso incumplir la obligación de idoneidad para captar consumidores y luego cumplir con la entrega<sup>144</sup>.

El segundo elemento es que el incumplimiento de la obligación sea carente de costos de transacción, y que ciertamente representa el principal aliciente del proveedor con la dación del decreto legislativo 1308, en razón a que el costo de transacción por incumplir con la normativa de consumo era que se le impondría una sanción, aun cuando está fuera de amonestación, puesto que ello acarrearía que fuera inscrito en el registro de proveedores sancionados, sumado a ello debe de asumir los costos y costas del consumidor denunciante radicados en los honorarios del abogado que ejerció el patrocinio legal del consumidor y la tasa de denuncia, por lo que todos estos costos de transacción que eran consecuencia de una conducta infractora han sido suprimidos con el nuevo eximente de responsabilidad y el proveedor conoce que subsanando la infracción puede incumplir su obligación legal y convencional y residualmente cumplirla de forma tardía, por lo que no afronta ninguna externalidad negativa.<sup>145</sup>

Sobre el tercer elemento, referido a la prevalencia del remedio resarcitorio, este requisito analiza que los daños o reparación a efectuarse por el incumplimiento de la obligación no sea más onerosos que la ventaja que se obtiene con cumplirla, dado que si fuera de forma opuesta no se podría eficiente incumplir la obligación, esta premisa proclama el análisis costo beneficio del incumplimiento de la obligación.<sup>146</sup> Vinculado

---

<sup>144</sup>Eisenberg, M. A. *Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law*. En: California Law Review, vol. XCIII, n.º 4, pp. 975 y ss, 2005

<sup>145</sup>Posner, R. A., *Economic Analysis of Law*. Little, Brown and Company, 1.ª ed., Boston, p. 120, 1972

<sup>146</sup>*The economic basis of damages for breach of contract*. En: Journal of Legal Studies, vol. I, n.º 2, 1972, pp. 277 y ss. Shavell, S. *Damages measures for breach of contract*. En: Bell Journal of Economics, vol. XI, n.º 2, 1980, pp. 466 y ss.

Birmingham, R. L. *Damages measures and economic rationality: The geometry of contract law*. En: Duke Law Journal, vol. 1969, N.º 1, 1969, pp. 49 y ss.



al tercer elemento se halla el último elemento radicado en que los daños deben ser previsibles al momento de la celebración del contrato, siendo que también en las relaciones consumo resulta completamente predecible los daños a resarcirse al consumidor en el marco de un procedimiento administrativo llevado ante Indecopi, apoya ello en primer lugar que el artículo 97 de la norma de consumo establece un listado puntual de aquello a lo que tiene derecho el consumidor cuando se vulnera la norma de consumo, por otro lado el artículo 115 del mismo también desarrolla las medidas correctivas que puede obtener el consumidor en la vía de Indecopi, notándose que el proveedor conoce con claridad las políticas de devolución, reparación y otras medidas que tiene como protocolo, más aun cuando la contratación estándar basada en contratos de adhesión derivada de productos y servicios homogéneos en diversas clases, hacen aún más previsibles el remedio que tiene que adoptar el proveedor para subsanar su infracción.<sup>147</sup>

Podría decirse que no resulta previsible los daños que puedan irrogarse al consumidor en ciertas relaciones de consumo, como aquella en la que un consumidor adquiere un vehículo y este presenta fallas, con la particularidad que ese vehículo es utilizado tanto para disfrute personal como para prestar el servicio de taxi, y los días que tome la reparación del daño al vehículo ocasionan pérdidas de dinero para el consumidor que no puede utilizar el vehículo, es decir estamos ante un daño por lucro cesante ( recordemos que el taxista del ejemplo es consumidor bajo la categoría de consumidor mixto) , por lo que este daño no sería un aliciente para incumplir la obligación de brindar un vehículo de calidad sin fallas, sin embargo ello no es así, por cuanto este daño concebido como lucro cesante no es resarcido ante Indecopi en la vía del procedimiento de protección al consumidor, sino que será ventilado ante el órgano jurisdiccional, por lo que bastará que el proveedor cumpla con dar un nuevo vehículo para que quede exonerado de responsabilidad ante Indecopi, subsistiendo el daño de lucro cesante, pero el mismo no enerva que se haya subsanado la conducta infractora, a tal razón el artículo 100 del Código de protección y defensa del consumidor señala que los daños y perjuicios al consumidor son ventilados en el fuero judicial.

---

<sup>147</sup>Eisenberg, M. A., *The principle of Hadley v. Baxendale*. En: California Law Review, vol. LXXX, n.º 3, pp. 563 y ss,1992

## 5. Incumplir la regla general no genera mayores costos de transacción: El teorema de Coase

En el acápite anterior se tomó en cuenta el segundo elemento de la teoría del incumplimiento eficiente, conocido como la ausencia de costos de transacción al momento de incumplir la obligación, que es la principal causa por la cual la subsanación de la infracción como eximente de responsabilidad administrativa sería equivocada, puesto que el aliciente otorgado al proveedor es perverso en el mercado, ya que este no afronta ningún costo de transacción derivado de la vulneración del cuerpo jurídico de consumo, o por lo menos los costos de transacción que debe de enfrentar son cercanos a cero, aunque desde la perspectiva de la responsabilidad administrativa y demás consecuencias que trae aparejada, no enfrenta ningún costo de transacción. En efecto cuando la regla legal, la misma que es cumplir con los mandatos señalados en la ley, referidos al deber de idoneidad y calidad en la prestación del servicio y demás obligaciones de la norma de consumo, no genera costos de transacción o estos son cercanos a cero, entonces la regla legal es irrelevante <sup>148</sup>

La premisa anterior de irrelevancia de la regla legal fue postulada por Ronald Coase, reconocido economista que trata el análisis económico del derecho, siendo que este desarrollo el Teorema de Coase, el cual predica que la regla legal carece de relevancia cuando los costos de transacción son cero o cercanos a este número y es que efectivamente partiendo de la noción que la ley asimilada como el conjunto de normas que regulan las conductas de las personas utilizan las sanciones como amenazas que se ciernen sobre aquellos que incumplen la ley, es precisamente que estas sanciones cumplen una función preventiva y disuasoria, así también como represora, sin embargo una vez que la persona sabe que aun cuando incumpla con la ley y luego utilice un remedio ya no será sancionado<sup>149</sup>, entonces la relevancia de la ley o de esta regla legal ya no ostenta trascendencia alguna.

En el ámbito de protección al consumidor ¿cuáles serían los costos de transacción que debe enfrentar el proveedor? En primer lugar el costo de transacción más significativo por incumplir con las leyes que regulan la relación de consumo sería la sanción

---

<sup>148</sup>Coase, R. *The problem of social cost*. En: *Journal of Law and Economics*, vol. III, pp. 1 y ss, 19060

impuesta por el estado que castiga el incumplimiento de la norma, haciendo efectiva la amenaza prevista por la ley que señalaba que cualquier infracción a la norma de consumo acarrearía un sanción, la misma que conforme al artículo 110 del Código de protección y defensa del consumidor va desde una amonestación hasta una UIT, no obstante de ello la imposición de la sanción que puede ser pecuniaria o no pecuniaria no se limita a ello, puesto que conforme al artículo 807 del Decreto legislativo 807 el proveedor sancionado puede ser sancionado al pago de costos del proceso, ello es que la parte vencida como lo es el proveedor debe asumir el pago de los honorarios pagos por el consumidor denunciante a su abogado y conforme a la reiterada y abundante jurisprudencia emitida por la Sala especializada en protección al consumidor, es que no se regulan o gradúan los costos bajo los criterios del Código procesal civil que analizan la complejidad del caso y la intervención del abogado, sino que basta acreditar la participación efectiva del letrado para conceder los mismos sin graduar estos, lo cual incrementa los costos de transacción.

Aunado a la sanción y al pago de costos y costas, el proveedor sancionado es inscrito en el registro de proveedores sancionados, el mismo que se encuentra disponible en el portal web institucional de Indecopi, a través del aplicativo denominado como “ mira a quien le compras “, que contiene la lista de los proveedores sancionados, notando que este registro es de libre y público acceso, siendo una herramienta que permite a los consumidores verificar que proveedores han sido sancionados a efecto que estos decidan si desean o no contratar con ellos, habida cuenta que se parte del sentido común de que un proveedor sancionado en diversas ocasiones es aquel que brinda un mal servicio o comercializa bienes defectuosos y por tanto no se busca contratar con estos, razón por la cual figurar en la lista de proveedores sancionados resta prestigio y afecta la imagen comercial de un proveedor, cuando el prestigio y la reputación comercial de un proveedor en el mercado son sumos esenciales.

Entonces el proveedor afronta costos de transacción patrimoniales como extra patrimoniales, multa, costas y costos, medidas correctivas reparadoras y complementarias, su imagen comercial que se afecta al estar inscrito en el registro de proveedores sancionados, sin embargo con la inserción del literal f) en el artículo 108 del bloque jurídico de protección al consumidor resta estos costos de transacción a pesar de haber existido el quebrantamiento de la regla legal, colocando en cero a los costos de

transacción puesto que no hay sanción alguna que cumplir ni mucho menos asumir las consecuencias accesorias de las mismas como costos, medidas correctivas ,etc., por lo que la teoría del incumplimiento eficiente encuentra un terreno fértil en este eximente de responsabilidad .

Por el contrario si se considerara a la subsanación de la conducta infractora como un atenuante de responsabilidad, es que los costos de transacción no desaparecerían y el incentivo del proveedor de cumplir con la norma sería mayor, habida cuenta que desea evitar tales costos, lo cual genera se subraya el esfuerzo por cumplir las obligaciones en vez de incumplirlas y luego corregir la infracción, y a pesar de ello se mantiene el incentivo del proveedor en subsanar su infracción puesto que se le permitirá reducir esta sanción al ser un atenuante la subsanación. De tal forma que los defensores de la subsanación como eximente de responsabilidad supuestamente alegan que se favorece a que se brinde una solución rápida al consumidor, aunque con la subsanación de la infracción también se puede dar una solución rápida para que la sanción sea mucho menor, habiendo reiterados casos en los que la sanción fue de amonestación, es decir sin costos patrimoniales para el proveedor.

## **6. ¿Y el principio de razonabilidad?**

Habiendo repasado que la comisión de la conducta infractora radica en que resulta ventajoso incumplir con las normas de protección al consumidor, puesto que luego se pueden aplicar remedios que resarzan dicha infracción y quedar liberado de responsabilidad, favoreciéndose un escenario donde se puede desplegar la teoría del incumplimiento eficiente donde los costos de transacción son bajos para el proveedor, cabe decir que tal circunstancia resulta contraria al principio de razonabilidad contenido en la ley 27444, siendo que el artículo 246 inciso 3 de la misma es el que contiene dicho principio que resulta aplicable a cualquier procedimiento administrativo sancionador, destacándose que el principio de razonabilidad es una pauta basilar y principio esencial en el ejercicio de la potestad sancionadora del estado y de directa incidencia al momento de calificarse infracciones, por lo que al procedimiento administrativo de protección al consumidor llevado ante diversas instancias de Indecopi le resulta de observancia obligatoria dicho principio.

La razón por la cual el eximente insertado en el decreto legislativo 1308 es contrario al principio de razonabilidad del artículo 246 inciso 3 de la ley 27444 es que dicho principio resulta claro al señalar en su tenor literal lo siguiente: *Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción (.....)*. El precitado principio precisamente prevé que para los administrados no les sea más ventajoso incumplir con las normas que cumplirlas desde un principio, siendo que si el administrado conoce que la conducta sancionable le resultaría más útil que cumplir con las exigencias legales, la sanción carecería de sentido puesto que precisamente es la sanción la que conmina a los administrados a actuar conforme a derecho a fin de evitar la misma y por otro lado se mantiene el orden jurídico. Sin embargo, para el caso de análisis el proveedor puede prever que su conducta sancionable por las normas de consumo resulta más ventajosa para este que cumplir desde un principio con la normativa puesto que conoce que puede incumplir con la norma para luego aplicar algún remedio o paliativo oportuno y quedara exonerado de responsabilidad.<sup>150</sup>

Es pertinente destacar que conforme al artículo IV inciso 1.4 de la Ley 27444, la administración pública se halla obligada a utilizar el principio de razonabilidad como baremo para calificar las infracciones administrativas, siendo que Indecopi a través de sus diversas instancias como autoridad de protección al consumidor debe cumplir cabalmente con dicho principio, por lo que al introducir el literal f) del artículo 108 en la norma de consumo se está contraviniendo lo expuesto por el artículo 246 inciso 3 de la ley 27443 , a tal razón el artículo IV inciso 1.4 de la ley 27444 señala lo siguiente :  
***1.4. Principio de razonabilidad. - Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.***

---

<sup>150</sup>Ramírez Torrado Maria Lourdes, Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano, en Revista Estudios Socio-Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario de Colombia, página 162, Edición Enero-junio 2010, Colombia, 2010

La naturaleza jurídica del principio de razonabilidad del artículo 246 inciso 3 reside en que el estado al ejercer la potestad sancionadora exige que esta sea útil y la utilidad de la sanción reside en que para el administrado le sea gravoso cumplir con la misma, de tal manera que para evitar la sanción decida actuar conforme a las leyes imperativas, sabiendo que cumpliendo la ley no se le impondrán sanciones, preservándose el orden jurídico y social, considerando que al estado en el ejercicio de sus poderes de policía le interesa que los administrados cumplan con el ordenamiento jurídico al ser este el interés general de toda sociedad, donde se deben de respetar y cumplir las normas para la manutención del orden, y no le resulta de mayor interés que se repárenlos daños a los individuos afectados<sup>151</sup>, empero ese resarcimiento es un conflicto entre privados y si tal daño es por vulneración de una norma se le aplica una sanción pero protegiendo el interés general de cumplimiento de las leyes a tal efecto se ha señalado que *“Los daños producidos en los bienes individuales están cubiertos por el instituto de la responsabilidad: el perjudicado puede reclamar directamente el importe de los daños causados. En cambio, cuando se trata de intereses y bienes generales, lo importante no es la indemnización del daño causado sino la evitación que se produzca (...). Lo que las normas sancionadoras fundamentalmente pretenden es que el daño no se produzca”*<sup>152</sup>

Téngase presente que el poder de policía del estado ejercido a través de las sanciones tiene como fundamento que los administrados cumplan las leyes y de esta forma cumplan con su deber de obediencia al estado, que en suma es quien dicta normas en diversos dispositivos legales que regulan la conducta de los administrados y es el estado quien divulga su cumplimiento, de tal forma que en materia de protección al consumidor el estado protege de forma general al consumidor mediante el dictado de normas que debe ser cumplidas, de allí que los daños ocasionados al consumidor no sean las cuestiones de debate principal en un procedimiento administrativo que dicho sea de paso son medidas accesorias contenidas las medidas correctivas reparadoras, sino que se califica la responsabilidad administrativa de haber cumplido o no con las leyes de protección al consumidor, así *“El eje de la construcción jurídica del denominado derecho penal administrativo, elaborado a partir de la obra de James Goldschmidt y afirmado posteriormente en la escuela alemana por Eberhard Schmidt pasa por la idea*

---

<sup>151</sup>Morón Urbina, Juan Carlos. «Los principios de la potestad sancionadora de la administración pública a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia, año 1. número 7, julio, p. 642,2006

<sup>152</sup>Nieto García, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. 4ª ed. Madrid: Tecnos, . P. 40, 2005

*de que existe una distinción cualitativa entre delitos judiciales y e infracciones administrativas (contravenciones) determinada por la naturaleza de las cosas sobre la base de que, mientras en los primeros el contenido material del injusto se encuentra en el daño (o en la situación de peligro), concreto y mensurable, inferido a un bien jurídico, en las infracciones o contravenciones administrativas se trata de la violación del deber de obediencia o de colaboración por parte de los particulares con la Administración Pública, afectando solamente a intereses de tipo administrativo<sup>153</sup>”*

## **7. El anzuelo para entablar relaciones de consumo**

Retomando la definición de mercado se observa que este es el encuentro de proveedores y consumidores bajo la mirada regulatoria del estado, donde los proveedores ofrecen productos y servicios , mientras los consumidores son los que necesitan de tales bienes, entonces el proveedor es el oferente y el consumidor es el demandante, existiendo correspondencia entre la oferta y la demanda, aunque apartándonos de la definición teórica del mercado y recurriendo a un concepto más práctico se puede señalar que el mercado es aquel espacio en el cual el proveedor busca vender sus bienes y servicios a los consumidores que buscan y que necesitan de tales insumos a cambio de una contraprestación económica, donde el proveedor busque el beneficio patrimonial y el consumidor busque la satisfacción de sus necesidades, bien sean estas primarias o suntuarias, lo cierto es que ocurrida la contraprestación económica el proveedor obtiene ganancias económicas y el consumidor ve satisfechas sus necesidades

De allí, que en el mercado el comportamiento de los proveedores sea el de captar consumidores, atrayéndolos a través de distintos canales para que los consumidores tomen la decisión de entablar relaciones de consumo con estos, eligiéndolos por encima de otros proveedores existentes en el mercado y que ofrezcan bienes y servicios similares, puesto que las leyes de mercado de oferta y demanda en nuestro país proclama la libre competencia, buscando un modelo de competencia perfecta donde hayan muchos proveedores de bienes y servicios homogéneos, proscribiendo las prácticas antimonopólicas y que restrinjan la competencia. Ante dicho escenario la realidad nos muestra que en efecto el mercado peruano ha tenido un auge comercial relevante en los últimos años, existiendo diversos proveedores de distintos rubros y en

---

<sup>153</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. 6ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, P. 567, 2000

cada rubro hay numerosos proveedores que ofrecen bienes y servicios semejante, así a nivel de establecimientos de prendas de vestir se pueden encontrar miles de agentes económicos que ofrecen prendas de vestir, el mayor y mejor ejemplo de ello es cuando una persona recurre a un centro comercial y encuentra a tiendas como Adidas, Umbro, Puma, Nike ,etc. que venden ropa, calzados y accesorios deportivos semejantes y el consumidor puede elegir a cualquiera de estos .

Entonces la competencia entre proveedores por captar la preferencia de los consumidores es cada vez más feroz, se utilizan promociones, información, publicidad en radio, internet y televisión, ofertas en descuentos en las tiendas y otras técnicas de mercadeo que tienen por principal fin atraer a un consumidor y que este elija a un proveedor en específico, de manera que se descarte a otros proveedores de bienes homogéneos, lo cual propicia un escenario de batalla comercial dinámico y cada vez más competitivo por ganar la preferencia del consumidor. Entonces se interroga ¿cuál es la relación entre la subsanación de la infracción como eximente de responsabilidad y este deseo voraz del proveedor de captar la preferencia de los consumidores? La respuesta radica en que este eximente de responsabilidad favorece o alienta a que se utilice un método nocivo de captación de consumidores a través del incumplimiento de las normas de protección al consumidor en un primer momento, y luego de entablada la relación de consumo aplicar el remedio contractual o mecanismo residual de subsanación que corrija la infracción, quedando exonerado de responsabilidad administrativa y retuvo la ganancia o utilidad derivada de la relación de consumo, aunque en ocasiones pueda elegir devolver el dinero, aunque ello quedará a criterio del proveedor puesto que el eximente tal y como está redactado en el artículo 108 literal f) de la norma de consumo no exige que el consumidor muestre su anuencia o aceptación de la forma como se subsanó la infracción.

Para ilustrar mejor lo expuesto en el párrafo precedente se plantea el siguiente supuesto hipotético ocurrido en el mercado de servicios educativos, en el cual hay diversos proveedores educativos que buscan captar la elección de los padres de familia en el caso de educación primaria y secundaria, por lo que ocurre que el colegio. A fin de entablar relaciones de consumo mayores que sus competidores, promociona los servicios de enseñanza del idioma francés e italiano, por encima de otros centros educativos que tan solo imparten la enseñanza del idioma inglés, lo cual les otorga una ventaja cualitativa



superior, captando el interés de los padres de familia quienes dicen entablar la relación de consumo con el colegio A habida cuenta de esta cualidad, observando que a través folletos informativos e incluso en publicidad en los diarios se promocionaba que el colegio A impartía clases de francés e italiano además del idioma inglés, sin embargo una vez efectuada la contratación y pagada la matrícula, se les informaba a los padres que la enseñanza de los idiomas de francés italiano no se impartiría desde el mes de marzo ( que es el mes de comienzo del ciclo escolar) sino que recién a partir del mes de julio se impartirán tales cursos, circunstancia que no informada al momento de la contratación del servicio educativo, existiendo un error en el deber de información, el cual ciertamente fue corregido posteriormente mediante un comunicado formal que detallo la información completa, habiendo subsanado la infracción consistente en el deber de información, por lo que si se denunciara al colegio A la denuncia sería improcedente toda vez que con anterioridad a la imputación de cargos corrigieron el defecto en la información, cumpliendo con el artículo 1.1 literal b) y 2 de la norma de consumo.

Entonces el ofrecimiento inicial de los proveedores de un bien con determinadas características el cumplimiento de alguna obligación contractual en favor de los consumidores que les resulte atractiva a estos transforma a este primer momento en el anzuelo para que el consumidor elija entablar la relación de consumo y luego el proveedor ciertamente podrá cumplir con lo ofrecido, sin embargo habida cuenta que ya logró la preferencia del consumidor puede luego cumplir su obligación y no afrontara responsabilidad administrativa por la infracción a la norma de consumo ya que ha subsanado la infracción. Supuesto distinto ocurriría en aquellos casos donde la subsanación de la infracción fuera un atenuante de responsabilidad en donde el proveedor a fin de evitar la sanción (aunque reducida) más los costos, costas e inscripción en el registro de proveedores sancionados sería más celoso de observar la normativa de consumo y en suma no utilizaría como anzuelo el incumplir la regla legal para después cumplirla y que los costos de transacción serian significativos.

## **8. Casos donde se viene aplicando la subsanación de la infracción como eximente y su efecto nocivo**

Se ha detectado que el anzuelo ofrecido por el proveedor consiste en ofrecer términos contractuales, información o publicidad que promocióne características atractivas que presentan cualidades de los bienes y servicios que proveedor ofrece para que el consumidor decida entablar la relación de consumo, una vez mordido el anzuelo se incumple con lo ofrecido, vulnerándose el deber de idoneidad y calidad en la prestación del servicio, empero se subsana la infracción remediando el daño al consumidor, esto es en un segundo momento que ya resulta tardío y más beneficioso para el proveedor que ya captó al consumidor y recibió la contraprestación económica, siendo que el decreto legislativo 1308 se viene aplicando inmediatamente, incluso a los procedimientos en curso, por lo que el efecto nocivo en el mercado es la señal de que puede incumplirse la norma y luego se parcha el daño, así es de observarse RESOLUCIÓN 0161-2017/SPC-INDECOPI expedida por la Sala especializada en protección al consumidor de Indecopi.

En la RESOLUCIÓN 0161-2017/SPC-INDECOPI ocurre que una asociación de propietarios de una residencial de viviendas interpuso una denuncia con fecha 19 de marzo de 2015 en contra de la inmobiliaria que les vendió los departamentos del conjunto residencial a los propietarios considerando que el 26 de setiembre de 2013 la inmobiliaria denunciada entregó los departamentos a los consumidores sin que las viviendas contaran con conexiones de agua y alcantarillado administradas por la entidad prestadora del servicio de agua y desagüe ( Sedapal), observando que de los medios probatorios presentados y del propio dicho presentando en efecto se verificó que la inmobiliaria no contaba siquiera con algún proyecto aprobado por Sedapal ni se habían ejecutado obras para que esta entidad prestadora de servicios los dotara del servicio de agua y desagüe, la inmobiliaria argumentó que a partir de diciembre de 2014 ya contaban con el servicio de agua y desagüe administrado por Sedapal, habiendo subsanado su infracción.

Siendo que en primera instancia se sancionó a la inmobiliaria por infracción al artículo 1.1 literal b) y 2 de la norma de consumo ( deber de información) al haberse acreditado que no cumplió con informar a los consumidores al momento de la entrega de los departamentos que estos no contaban con agua y desagüe administrados por Sedapal, asimismo se halló responsabilidad por vulneración al deber de idoneidad del artículo 19 al haberse probado que al momento de la entrega de la primera etapa del conjunto

residencial “Golf Los Andes”, este no contaba con conexión al sistema de agua y alcantarillado administrado por Sedapal.

No obstante, la inmobiliaria apeló y la Sala especializada de protección al consumidor aplicó el eximente del decreto legislativo 1308 que introduce el literal f) del artículo 108 y exoneró de responsabilidad a la inmobiliaria bajo la razón de que se había subsanado la conducta infractora con anterioridad a la imputación de cargos, toda vez que para diciembre del año 2014 ya se contaba con los servicios de agua y desagüe, señalando la resolución 0161-2017/SPC-INDECOPI: 21. *Así, el interés para obrar constituye un presupuesto procesal que permite al juez determinar la procedencia de una demanda, conforme lo dispuesto por el artículo 427° del Código Procesal Civil<sup>4</sup>. Este requisito de procedencia es también aplicable a las denuncias que se tramiten ante el Indecopi en materia de protección al consumidor, debido a la norma citada precedentemente y al carácter subsidiario de aquel cuerpo normativo (...)*

*25. En ese sentido, dado que la denuncia de la Asociación se encontró referida a que la Inmobiliaria no había cumplido con entregar inmuebles cuya provisión de los servicios de agua y desagüe fuera realizada por Sedapal, esta Sala puede apreciar que la referida conducta fue subsanada por la Inmobiliaria con anterioridad a la interposición de la denuncia al haber asumido Sedapal la administración de los referidos servicios (la subsanación se produjo el 4 de diciembre de 2014 y la denuncia fue interpuesta el 19 de marzo de 2015); por tanto, a dicha fecha, la Asociación no contaba con interés para obrar respecto del hecho denunciado.*

*26. Por tanto, corresponde revocar la resolución venida en grado que declaró fundada la denuncia interpuesta contra la Inmobiliaria en el extremo referido a que habría entregado la primera etapa del Conjunto Residencial sin que este se encontrara conectado a las redes de agua y desagüe administradas por Sedapal; y, reformándola, se declara improcedente la misma por falta de interés para obrar de la denunciante, dejándose sin efecto la multa de 20 UIT impuesta. 27. Cabe señalar que, en la medida que se ha declarado la improcedencia de la denuncia en el presente extremo, no*

*corresponde emitir un pronunciamiento sobre el cuestionamiento a la motivación de la sanción impuesta por dicha presunta infracción.<sup>154</sup>*

De una revisión del caso precitado, el efecto nocivo enviado al mercado inmobiliario se traduce en que se puede trasladar información errada al consumidor, incumplir con lo ofrecido y a pesar de ello estar exento de responsabilidad si se enmienda el fallo, de tal forma que el anzuelo con la carnada está servida para que el consumidor de buena fe confía en el ofrecimiento del proveedor, para que luego este no cumpla lo pactado pero a sabiendas que puede exonerarse de responsabilidad con la subsanación de la infracción, igualmente incumple la regla legal, sin embargo ya captó al consumidor y recibió el dinero, en el caso analizado precisamente se compró un bien porque se estimaba que el mismo gozaría de agua y desagüe administrado por la respectiva entidad prestadora del servicio, sin embargo la inmobiliaria informo que aún no tenía ningún proyecto aprobado al momento de entregar las viviendas, y recién un año y 3 meses después se procedió a entregar lo ofrecido, es decir el consumidor todo ese tiempo soportó la infracción y este definitivamente no va nuevamente a mudar a su familia a otra vivienda, teniendo que esperar aún mayor tiempo para que le devuelvan el dinero invertido o conseguir dinero para alquilar o comprar otra vivienda que si cuenta con servicios básicos.

Otro caso por analizarse es el expuesto en la RESOLUCIÓN 0102-2017/SPC-INDECOPI <sup>155</sup>49. *Con relación a este extremo, la señora Paredes denunció que Oncosalud le efectuó un doble cobro por el programa oncoclásico contratado. 50. Oncosalud indicó que, por políticas de atención al cliente, gestionó el pago de S/ 270,00 a favor de la señora Paredes, mediante cheque de gerencia de fecha 21 de enero de 2014, por los cargos indebidos realizados a la tarjeta de crédito de la denunciante<sup>20</sup>; sin embargo, a la fecha no lo ha recogido. (.....) 52. De lo anterior se desprende que el 27 de enero de 2014, Oncosalud ofreció a la señora Paredes un cheque de gerencia (S/. 270,00) devolviéndole los cargos efectuados con ocasión de las cuotas del programa oncológico vinculado a sus hijos, ello con anterioridad a la interposición de la denuncia (25 de agosto de 2014).(.....) 54. En este sentido, tomando en cuenta que la denuncia versa sobre un doble cobro efectuado con ocasión de un*

<sup>154</sup>Resolución N° 0161-2017/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala especializada de protección al consumidor de Indecopi, fundamentos 21,25,26 y 27.

<sup>155</sup>RESOLUCIÓN 0102-2017/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala especializada de protección al consumidor de Indecopi, fundamentos 49,50,52 y 54

*programa oncológico y Oncosalud, por ese hecho, gestionó la devolución de esos cobros a favor de la denunciante, con anterioridad a la denuncia, la Sala concluye, en atención a las normas. citadas, que la señora Paredes no contaba con interés para obrar, por consiguiente, corresponde confirmar la resolución recurrida en el extremo que declaró improcedente la denuncia contra Oncosalud por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código.*

En el caso de la resolución 0102-2017/SPC-INDECOP,I se observa que el proveedor denunciado era una compañía aseguradora la misma que brindaba a la consumidora el seguro oncológico, sin embargo este seguro también era prestado en favor del hijo de la denunciante, pagando la suma de 30 soles, sin embargo la denunciada procedió a cobrarle un doble concepto por el seguro de su hijo, ello es que cobro dos veces las cuotas de la prima desde los meses de noviembre de 2012 a julio de 2013, ello son 09 meses, habiendo pagado la denunciante el seguro y de otro lado la denunciada le debitaba automáticamente de su tarjeta de débito el mismo importe, produciéndose un cobro indebido doble, por lo que la denunciante reclamo ello con fecha 2 de diciembre de 2013 y 9 de enero de 2014 y la denunciada con fecha 27 de enero de 2014 habría procedido a emitir un cheque por el monto de S/ 270.00, sin embargo durante más de 1 año y 6 meses la denunciada contó con ese dinero o capital, que aun cuando fuera por un monto menor, igualmente significó un dinero activo en poder de la denunciada que pudo utilizar para otro tipo de gestiones, enriqueciéndose a costa de la infracción que cometió, y recién cuando se le reclamó subsanó la infracción y la denunciante careció de ese activo por más de un año que pudiera haber empleado para otra cuestión.

A su vez es de mencionarse el caso de otro grupo de consumidores quienes en calidad de adquirentes de viviendas en un conjunto residencial denunciaron a la inmobiliaria que vendió los departamentos a los consumidores, debido a que los ascensores instalados presentaban continuas averías, habiendo adquirido el inmueble en noviembre de 2015, denunciado la falta de idoneidad que contraviene el artículo 18 y 19 de la norma de consumo, puesto que esperaban recibir unos ascensores que funcionen y lo efectivamente recibido fue que aún no funcionaban al momento de entregarse las viviendas, sin embargo con anterioridad a imputarse cargos, específicamente el 22 de febrero de 2016 se acreditó que los ascensores funcionaban correctamente, notándose que el denunciado reconoce las averías sin embargo señala que subsana su infracción,

por lo cual la Sala especializada en protección al consumidor declaró improcedente la denuncia, exonerando de responsabilidad a la inmobiliaria.

El caso bajo comentario fue analizado en la RESOLUCIÓN 0532-2017/SPC-INDECOPI que señala lo siguiente: *49. Asimismo, cabe tener presente que, de conformidad con el artículo 107° del Código, los procedimientos de oficio en materia de protección al consumidor se inician con la notificación de la imputación de cargos al posible infractor. 50. En tal sentido, en caso que el administrado acredite fehacientemente ante la autoridad competente haber subsanado la conducta infractora antes de la notificación de imputación de cargos, ello será valorado como una causal eximente de responsabilidad administrativa. 51. Obra en el expediente el cargo de la notificación de imputación de cargos del presente procedimiento dirigido a la Constructora (Resolución 2 del 2 de marzo de 2016), en el cual se observa que dicho documento fue recibido por la denunciada el 7 de marzo de 2016. 52. Sin embargo, conforme a lo señalado en párrafos precedentes, se encuentra acreditado que, al 22 de febrero de 2016, los ascensores se encontraban reparados y operativos, esto es, antes de que se le notificara la imputación de cargos a la Constructora, por lo que en aplicación del literal f) del artículo 108° del Código, corresponde declarar improcedente la denuncia presentada en este extremo por presunta infracción al artículo 19° del Código.*

El consumidor de buena fe, o el consumidor razonable no adquieren un bien bajo la idea que este presentará fallas y que recién podrá calificarse la existencia de la infracción a sus derechos si es que el proveedor denunciado no repara voluntariamente el daño, o lo que es decir si no cumple con subsanar su conducta infractora. Ante tal panorama se insiste en que las obligaciones legales y convencionales son diseñadas para ser cumplidas desde el inicio de la prestación y no en un momento posterior, más aún en cuestiones de relaciones de consumo se advierte que el consumidor no adquiere un bien para que este no funcione durante semanas, meses o incluso años o no se cumpla con alguna obligación durante los tiempos antes referidos y recién cuando se reclama tales hechos el proveedor cumpla con reparar la infracción.

En el caso de los ascensores averiados, los consumidores esperaban que una vez adquiridas las viviendas estos puedan acceder a sus domicilios ubicados en los diversos pisos del edificio sin mayor desgaste físico, para lo cual escogieron como alternativa de

consumo un conjunto residencial que les ofrecía la ventaja de contar con ascensores, motivo por el cual pagaron el respectivo precio del bien, siendo que evidentemente contar con un ascensor otorga una ventaja cualitativa. De allí que si un consumidor adquiere un ascensor para poder recurrir con facilidad a los pisos superiores de un edificio, este espera que en efecto así sea y no espera que el ascensor presente fallas y tenga que esperar durante semanas a que lo arreglen y recién después de transcurridas todas esas semanas poder utilizarlos, habiendo un tiempo de espera donde la infracción ha sido cometida y dicha infracción ha sido soportada por el consumidor, quien de buena fe confió en adquirir un producto idóneo y lo efectivamente recibido fue que dicha idoneidad fue recibida después de semanas de efectuada la compra, por lo que reiteramos que nadie espera comprar una coca cola con un insecto y después de días que nos entregue otra coca cola sin el insecto o devolviéndonos el dinero, previo reclamo y tiempo gastado ¿ por parte de quién? Del consumidor ciertamente

## **9. El costo de oportunidad que asume el consumidor**

El efecto pernicioso en el mercado de este eximente de responsabilidad no se limita a lo señalado anteriormente, sino que el mismo traslada los costos de cumplimiento de la ley al consumidor, al menos en un primer momento, en tanto es el consumidor quien debe recurrir a reclamar frente al proveedor, lo cual requiere de tiempo y esfuerzo, dirigirse en la mayoría de casos a los establecimientos comerciales, nuevamente ello irroga gastos para el consumidor en dinero y tiempo, dejar actividades que debía de hacer para ocuparse de este asunto, por cuanto si hubiera elegido como alternativa de consumo a otro proveedor no estaría ocurriendo los desperfectos del producto, asimismo el consumidor ha invertido dinero en dicha compra, por lo que de conocer que se le iba entregar un producto defectuoso o un servicio deficiente y que recién semanas después o meses, el proveedor iba a solucionar la infracción, hubiese tenido la posibilidad de invertir el dinero en otro asunto.

Principalmente analicemos los costos que asume el consumidor frente a un producto defectuoso o servicio falto de idoneidad, partiendo de la propia definición de la relación de consumo, la misma que requiere de una contraprestación económica, donde el consumidor pague el precio que corresponda. Asumiendo que los recursos de una sociedad son escasos y las necesidades son ilimitadas y cada vez más crecientes, se observa que la economía proclama la gestión eficiente de estos recursos, habida cuenta

de su escasez y las abundantes necesidades, entonces la toma de decisión de la satisfacción de una necesidad se basa en optimizar recursos, siendo que una vez efectuada la elección se observa que se destina dinero, capital o algún otro activo para cubrir dicha necesidad, por lo que se genera un espacio en el cual el capital no fue invertido porque precisamente se destinó para otro fin, a esa elección de destinar capital para un asunto implica dejar de lado otro, cuando ese otro espacio u otros espacios también pueden otorgar beneficios al sujeto, se le denomina costo de oportunidad. Así una definición doctrinaria del costo de oportunidad sería: *La toma de decisiones en un mundo de escasez implica renunciar al resto de opciones, lo que supone el sacrificio de hacer otra cosa. Esa opción a la que se renuncia se denomina coste de oportunidad*<sup>156</sup>.

En buena cuenta el costo de oportunidad se halla representado por el sacrificio o renuncia de una actividad por la elección de otra, siendo que la actividad que fue sacrificada también pudo reportar satisfacción y beneficios al sujeto, considerando que esta renuncia a esos beneficios se debió a que se eligió otra opción, perdiendo las oportunidades de la actividad descartada, teniéndose presente que el costo de oportunidad no es únicamente un concepto económico sino que el mismo es de relevancia social, así se coloca el ejemplo de aquella persona que elige comprar un manual de contabilidad en vez de ir al teatro, siendo que la opción descartada fue la de ir al teatro, observando que esta última actividad ya no le reportará los beneficios de distracción, conocimiento de cultura y otros conceptos asociados, por lo que el concepto de oportunidad fueron lo que dejó de ganar en el teatro por decidir comprarse un manual de contabilidad.<sup>157</sup>

Traslademos el concepto de costos de oportunidad al ámbito de las relaciones de consumo, donde el consumidor es un jugador relevante del mercado y también debe de tomar decisiones de consumo para satisfacer sus necesidades<sup>158</sup>, motivo por el cual este enfrente a diario el costo de oportunidad según la valoración que brinde aquello que elige y aquello a lo cual renuncia, así por ejemplo si un consumidor elige adquirir una lavadora por el valor de 500, esta renunciado a adquirir unos zapatos de 400 y una camisa de 100, o al elegir la lavadora de la marca X renuncia a la lavadora de la marca

---

<sup>156</sup> SAMUELSON, P. A. y NORDHAUS, W. D. (1992): Economía, pagina 194, McGraw Hill, México

<sup>157</sup>Katz, M. L. Y Rosen, H. S. Microeconomía, Pagina 2-3, Addison-Wesley Iberoamericana, Wilmington, Delaware, 1994

<sup>158</sup> Neumann, B. R. Y Friedman, L. A. "Opportunity Costs: Further Evidence Through An Experimental Replication", Journal Of Accounting Research, Vol 16, N° 2, Pp. 400-410, 1978



Y. Entonces el consumidor asume este costo de rotundidad sacrificando otras necesidades y elige una de ellas, con la particularidad que una vez efectuada la elección el producto o servicio adquirido es defectuoso, el proveedor no cumple con lo ofrecido, entonces el costo de oportunidad al cual renunció por elegir ese bien defectuoso adquiere mayor onerosidad para el consumidor, en la medida que bien pudo destinar el dinero en adquirir otro producto que no tenga fallas o satisfacer otra necesidad.

En este punto donde el consumidor descubre que tiene un bien defectuoso o un servicio deficiente, el valor del costo de oportunidad se incrementa con creces, puesto que en primer lugar pudo destinar ese dinero en elegir otro bien para satisfacer otra necesidad o adquirir otro producto similar pero que no presente los defectos, en cuyo caso el costo de oportunidad de renunciar a otros bienes se reduce puesto que la opción elegida si le reportó beneficios<sup>159</sup>, sin embargo en el panorama de un producto o servicio fallido el costo de oportunidad se acrecienta en razón a que la opción renunciada o sacrificada le ofrecía múltiples beneficios y en cambio la elegida no le brindo ninguno o muy pocos en comparación la alternativa descartada, así por ejemplo el consumidor que adquiere un vehículo con averías ha pagado el precio de 300000, pudo haber destinado ese dinero para la compra de una motocicleta, la inicial de una vivienda, invertirlo en un negocio, pagarse un curso de post grado en una universidad, irse de viaje, remodelar su vivienda, sin embargo ahora el consumidor no tiene esos 300000 y no está conduciendo el vehículo que adquirió, debe de seguir utilizando taxi, alquilar otro vehículo, o utilizar el transporte público, en todos estos casos hay un costo de tiempo mayor.

Por otra parte el consumidor no solo asume los costos de oportunidad de aquello a lo que renunció, sino que debe de asumir otros costos adicionales para procurar remediar el defecto, así debe de invertir tiempo en comunicarse con el proveedor para reclamar por el desperfecto, en caso sea un bien que deba ser trasladado a las instalaciones del proveedor puede ocurrir que sea este quien envíe personal o que el consumidor lo lleve, si el consumidor lleva el producto igualmente debe de asumir los costos. Ahora bien, valiéndonos del aforismo de que el tiempo vale más que el dinero, cabe preguntarnos ¿dentro de cuánto tiempo se entregará el producto reparado, o se prestará nuevamente el servicio o se devolverá el dinero pagado? En el mejor de los casos serán días, aunque según hemos revisado casos anteriores, pueden ser meses o más de un año, a lo cual

---

<sup>159</sup> Ripoll Feliú, V. M. Y Vilar Sanchís, J. E. "Costes Relevantes Para La Toma De Decisiones", Técnica Contable, Nº 487, Pp. 327-340 Y 368, 1989.

debemos añadir otra pregunta ¿durante cuánto tiempo el consumidor estará soportando la infracción, sin recibir el producto o servicio y por ende sin poder cubrir la necesidad que tuvo? Porque el adquirir algo se basa en necesidades, sean primarias o suntuarias, y la necesidad no ha desaparecido, siendo que o bien se espera el tiempo que dure la subsanación de la infracción, o bien el consumidor por sus propios medios adquiere otro bien o servicio, efectuando en este último caso un doble gasto.

Indecopi, a través de sus diversas instancias de protección al consumidor ha considerado este costo de oportunidad para el consumidor en sus pronunciamientos, así en la Resolución N° 0183-2016/CC3 recaída en el expediente N° 57-2016/CC3 que señala lo siguiente: *81. Para valorar el daño referente a la pérdida del valor del dinero en el tiempo que tuvieron que esperar los consumidores para conseguir el informe médico se utilizará el costo de oportunidad del dinero perdido por parte de estos. El valor del dinero por parte de los consumidores es representado por el valor que le asignan estos a tener el dinero y poner disponible de él para su consumo de bienes y servicios, por ello una medida adecuada para valorar el uso de este dinero es conocer cuál es el valor de este dinero en otras fuentes alternativas, distintas al consumo, lo que se define como el costo de oportunidad del dinero. 82. En este contexto, el costo de oportunidad del dinero de los consumidores está constituido por el sacrificio en el consumo presente por parte de los consumidores y debe ser medido por la tasa de preferencia por el tiempo, la cual refleja el incremento en el consumo futuro que los miembros de la sociedad desean como recompensa por cada unidad de consumo presente que ha sido sacrificada. La tasa de preferencia por el tiempo se mide por la rentabilidad promedio de los instrumentos de ahorro disponible para los consumidores en el mercado de capitales, el cual asciende a 10.68% anual.<sup>160</sup>*

En el caso de la resolución N° 0183-2016/CC3 la autoridad de protección al consumidor halló responsable a la compañía aseguradora de exigir requisitos adicionales para el otorgamiento de la cobertura del SOAT, tales como la presentación de un informe médico, siendo que dicho informe médico debía de ser presentado por los consumidores, que reclamaban la aplicación del seguro del SOAT, en cuanto estos debían de dirigirse a un centro médico y pagar los servicios del profesional de la salud que los atiende y llevar el informe a la compañía aseguradora, cuando la ley que regula

---

<sup>160</sup>Resolución N° 0183-2016/CC3, expedida por la Comisión de Protección al Consumidor N° 03 de la Sede central de Indecopi, fundamentos 81 y 82

el SOAT no exige ese requisito, tratándose por ende de un requisito adicional no contemplado en la ley, lo cual fue catalogado como una infracción a la norma de consumo, específicamente por haberse vulnerado el deber de idoneidad, en la medida que se exigían requisitos ilegales y lo que un consumidor espera es que se le exija solo lo contemplado por ley, negándose la aseguradora a otorgar la cobertura del seguro a aquellos que no traían el seguro.

Entonces como lo señalada la resolución N<sup>a</sup> 0183-2016/CC3, el costo de oportunidad del consumidor es la renuncia o descarte de emplear el dinero en otras cosas que no sea la contratación de un médico para que emita un informe, sumado a ello se valora el costo de oportunidad en cuanto al tiempo que pudieran destinar para otras actividades en vez de ir a un centro de salud, esperar su turno, esperar el diagnóstico, y nuevamente enviar el informe a la compañía aseguradora, por lo cual este costo de oportunidad es utilizado como un criterio para calcular la sanción e imponerle una sanción más gravosa al proveedor denunciado. Sin embargo, bajo los parámetros del artículo 108 literal f) del Código de protección y defensa del consumidor, este costo de oportunidad sufrido por el consumidor es anulado, debido a que el proveedor debe únicamente subsanar la conducta infractora antes de imputarse cargos para que se libere de responsabilidad, y es el consumidor quien ya soportó el incumplimiento de la norma del proveedor y de los costos de oportunidad, en tanto el proveedor no asume estos costos de oportunidad ya que la autoridad ni siquiera puede utilizar ello como un criterio para graduar la sanción.

Entonces, el costo de oportunidad soportado por el consumidor es asumido única y exclusivamente por este, debido a que el proveedor puede subsanar su conducta infractora y quedar exonerado de responsabilidad, y para ello solo deberá de aplicar los remedios o mecanismos que resarzan la infracción directamente sufrida por el consumidor, no va más allá de estos costos, por lo que en el caso de la resolución 0183-2016/CC3 si la aseguradora decidía suprimir el requisito del informe médico y solo se exigía los requisitos de la ley, otorgando la cobertura del seguro, ya habría subsanado su infracción, incluso devolviendo el dinero pagado por el informe médico subsanaría también la infracción, sin embargo esta devolución del dinero o reconocimiento de la cobertura sería después de transcurridos días o semanas, cuando ese dinero y tiempo pudo haber invertido el consumidor en otra actividad, de allí que este costo de oportunidad sufrido por el consumidor no pasa desapercibido para la autoridad de

consumo quien utiliza este factor para agravar la sanción del proveedor, aunque con el nuevo eximente ya no tiene esta posibilidad.

Ahonda más en nuestra posición de que los costos de oportunidad deben ser reducidos por el proveedor en beneficio del consumidor, y que este igualmente debe responder por el daño aun cuando haya subsanado la infracción, y que dicha subsanación sea solo un atenuante lo expuesto en el caso américa móvil por la alta autoridad de protección al consumidor , quien parte de la premisa de que el proveedor al ser quien está en mejor posición para evitar las fallas es quien debe de prevenirlas, por lo que ello confirma que la subsanación de la infracción no debe ser un eximente y en realidad se está retornado al criterio del caso Hiraoka,( cheapest cost avoider) Resolución N ° 1008-2013/SPC-INDECOPI : *57.Otro de los factores a tomar en cuenta en la presente discusión es el referido a, quien se encuentra en la mejor posición para 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 (a largo plazo), estableciendo los cambios apropiados; y al mismo tiempo evitar los costos innecesarios, originados por la existencia de transacciones ineficiente entre compradores y vendedores, los costos de oportunidad incurridos por los consumidores al momento de adquirir un producto no idóneo; así como la desconfianza en el mercado generada por la comercialización de bienes que presentan fallas. A ello cabe agregar que la reputación de las empresas también se ve afectada cuando los productos que se ponen en el mercado no son idóneos, y esto se refleja en el valor del mercado, cuando los consumidores reputan como defectuosos y no adquieren los productos ofrecidos por una determinada empresa*

*58.En este punto, es pertinente recurrir al concepto del cheapest cost avoider, en el cual el agente capaz de evitar el daño de manera más económica o fácil es quien responde por las consecuencias de la puesta a disposición de bienes que presentan fallas, sin que ello implique necesariamente una mayor capacidad económica<sup>161</sup>*

---

<sup>161</sup>Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala Especializada en protección al consumidor de Indecopi, fundamentos 57 y 58.

## **10. Falta de transparencia en el mercado a raíz del eximente del Decreto Legislativo 1308: ¿Y el registro de proveedores sancionados?**

Otro de los efectos nocivos para el mercado a raíz del eximente introducido por el decreto legislativo 1308, consiste en que al quedar suprimida la potestad sancionadora del estado toda vez que se ha subsanado la infracción antes de imputarse cargos, es que los consumidores en general como elementos del mercado, no tienen la posibilidad de conocer que determinado proveedor no cumple con las exigencias legales previstas por nuestra normatividad de protección al consumidor, en la medida que para los consumidores es relevante contar con aquella información que le permita conocer que proveedores han sido sancionados a fin de que este decida si desea o no contratar con estos. La relevancia de dicha información se pone de manifiesto en que Indecopi haya creado el registro de proveedores sancionados que es un registro en el cual se inscriben todos aquellos proveedores que han cometido infracciones a la norma de consumo, y han sido sancionados, por lo que dicho registro contiene el nombre de estos, incluso en el portal web institucional de Indecopi se ha habilitado un espacio para la herramienta virtual denominada “ mira a quien le compras <sup>162</sup>”, que contiene este registro de proveedores sancionados.

En el aplicativo virtual “ mira a quien le compras “, cualquier persona puede acceder al mismo de forma gratuita, es de público acceso, identificándose que precisamente Indecopi habilita esta herramienta para que el consumidor tome decisiones de consumo basadas en información más completa, logrando reducir la asimetría informativa en la que se encuentra el consumidor y que este conozca aquellos proveedores que han sido sancionados, para que siguiendo la lógica del sentido común se evite contratar con aquellos proveedores que de forma reiterada son sancionados por infracciones sistemáticas a la normativa de consumo, o por infracciones sumamente graves que tornan en poco recomendable elegir a un determinado proveedor<sup>163</sup>, así puede ocurrir que se encuentra con un proveedor de servicios de salud que ha sido sancionado en diversas ocasiones por negligencias médicas, ocasionando daños físicos e incluso la

---

<sup>162</sup><http://servicio.indecopi.gob.pe/appCPCBuscador/> (25 de julio de 2017)

<sup>163</sup>Deming E. Calidad, Productividad y Competitividad, pagina 115. Madrid, Díaz de Santos,1989

muerte de algún paciente, en ese caso el consumidor tiene la opción de verificar tal información y decidir si desea o no contratar con este proveedor a pesar de sus antecedentes.<sup>164</sup>

La posibilidad de conocer los antecedentes de un proveedor en el mercado son de fácil, gratuito y público acceso, a través de este aplicativo de Indecopi, donde ciertamente sean los antecedentes uno de los factores relevantes para entablar una relación de consumo, puesto que el antecedente es el grado de prestigio, reconocimiento, y buen nombre en el mercado, donde tales insumos sean los ingredientes esenciales que busca todo proveedor, al querer posicionar su marca e imagen como un emblema de calidad y para ello invierte en tecnología para mejorar sus productos, se evitan los defectos de los mismos, desarrollan programas de atención al cliente y promocionan una imagen ante el mercado de ser impecables, buscando que el mercado los reconozca como confiables y el consumidor por su parte busca una marca de calidad en base a sus antecedentes, indagando en otros consumidores de su grupo social o entorno más cercano sobre si un proveedor es bueno o que calidad ofrece, todo ello redundando en que el consumidor busca conocer el antecedente del proveedor y averiguar si se puede confiar en él para entablar la relación de consumo.

No obstante con la promulgación del decreto legislativo 1308 que introduce este novel eximente de responsabilidad, así como con la dación del decreto legislativo 1272 que modifica la ley 27444, se resta funcionalidad al registro de proveedores sancionados, en el extremo que a pesar que los proveedores cometan infracciones a la norma de consumo es que estos no serán registrados como proveedores sancionados, puesto que el novel eximente plantea que la denuncia será improcedente si se ha subsanado la conducta infractora, partiendo de la premisa que la conducta constitutiva de la infracción si existe y esta se ha cometido, sin embargo para efectos de las normas antes citadas bastara con subsanar la misma para que el proveedor ya no sea sancionado y por ende no pueda ser inscrito en el registro de proveedores con sanción, consecuentemente no figuraran en el aplicativo “ mira a quien le compras “. Es preciso anotar que el consumidor desea conocer que proveedores son aquellos que incumplen con sus obligaciones legales y con lo ofrecido en los diversos rubros del mercado, y con la dación del nuevo eximente, se está encubriendo a los mismos puesto que la infracción ya se encuentra consumada, y al consumidor le interesa conocer aquellos que incumplen

---

<sup>164</sup><https://debitoor.es/glosario/definicion-goodwill> (26 de julio de 2017)

con la regla legal y luego remedan la infracción bajo el entendido de que al consumidor le interesa saber aquella tienda que vende camisas con manchas y mal cosidas, aunque luego ofrezca borrar las manchas y coser la camisa de nuevo entregar otra camisa.

Bajo ese orden de ideas el consumidor necesita gozar de información que le permita conocer al proveedor que no goza de buena reputación empresarial, traducido en que no es diligente al comercializar sus productos y servicios, y en efecto el proveedor que subsana su infracción no es diligente en tal aspecto, toda vez que los remedios o reparaciones que efectuó son cumplimientos tardíos de la obligación, ya que el consumidor esperaba que desde el momento que efectuó la compra y se le entregó el producto o servicio, es que desde ese momento funcione correctamente. No va con la intención de que funcione adecuadamente después de semanas o que después de meses le devuelvan el dinero. Entonces la idea que se ancla es que el proveedor que subsane su infracción es igualmente negligente en su actividades y ocasiona daños y perjuicios al consumidor, sin embargo si subsana su infracción no va ser sancionado, mas ello resta eficacia al registro de proveedores sancionados que también fueron negligentes al igual que los proveedores que subsanaron su infracción, puesto que lo se vigila es informar al consumidor de que proveedores son negligente,s generando que una cifra negra de proveedores negligentes que no fueron inscritos .

Lo que ocasiona el novel eximente de responsabilidad es que se consolida esta cifra negra de proveedores negligentes, distorsionando la transparencia de la información con la que deben de contar los consumidores, debiendo de figurar en el registro todos aquellos proveedores que no cumplieron con el ordenamiento jurídico en materia de relaciones de consumo y que en suma fueron negligentes, de tal suerte que bien puede ser el caso de un proveedor que sistemáticamente prefiera incumplir la norma y luego cumplirla con remedios y así no figurar en el registro de proveedores sancionados y haya un proveedor que tan solo cometió una sola infracción pero que subsanó la infracción después de imputarse cargos y este si figure en el registro, por lo que la información con cual cuenta el consumidor no revela la verdadera magnitud de los proveedores negligentes en el mercado, atentando contra lo dispuesto por el artículo 119 del Código de Protección y Defensa del Consumidor que señala lo siguiente : *Artículo 119º.- Registro de infracciones y sanciones El INDECOPI lleva un registro de infracciones y sanciones a las disposiciones del presente Código con la finalidad de contribuir a la transparencia de las transacciones entre proveedores y consumidores y*

*orientar a estos en la toma de sus decisiones de consumo. Los proveedores que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados por el lapso de cuatro (4) años contados a partir de la fecha de dicha resolución. La información del registro es de acceso público y gratuito.*

## **11. El Sistema de protección al consumidor está siendo afectado**

Por su parte se advierte que con la dación del literal f) del artículo 108 del Código de protección y defensa del consumidor se está restando eficacia al sistema de protección al consumidor, para tal efecto es pertinente revisar la finalidad de la norma de protección al consumidor, la misma que se halla ubicada en el artículo II del cuerpo jurídico precitado, el cual reza lo siguiente: *Artículo II.- Finalidad El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses (...)*, la norma en cuestión delimita el marco del sistema de protección al consumidor vigente en nuestro país que tiene asidero en lo expuesto en el artículo 65 de la constitución, en la cual se encarga al Indecopi a prevenir las infracciones de la norma de consumo, corregirlas y eliminarlas, bajo el eslogan que los consumidores accedan a bienes y servicios idóneos, sin embargo con el eximente antes detallado, no se previene la infracción, es decir se anula la acción preventiva de Indecopi cuando existan conductas infractoras, ni tampoco se elimina verdaderamente esta conducta infractora, puesto que no se han dictado medidas correctivas complementarias ni se ha registrado al proveedor sancionado y la corrección de la infracción únicamente es respecto del daño al consumidor, mas no de los costos de oportunidad que soportó este, ni de otros costos asociados a la presentación de la denuncia.

Bajo el orden de ideas del eximente del decreto legislativo 1308, el estado no estaría previniendo las infracciones sino tan solo reprimiéndolas cuando la subsanación de la infracción sea con posterioridad a la imputación de cargos, no obstante, ello resulta incorrecto por cuanto el artículo II del Código de protección y defensa del consumidor establece que la finalidad es la de prevenir las infracciones y que se acceda a bienes idóneos. En el caso de la prevención, el Indecopi queda atado de manos puesto que el



cambio drástico de la naturaleza jurídica de la subsanación de la infracción les impide proseguir con las actuaciones del procedimiento administrativo y deben de aplicar la actual norma, por lo que en realidad no se está previniendo que el proveedor cumpla desde el inicio con la regla legal sino que se da margen para su negligencia y se le brinda el premio de poder subsanar su infracción y quedar exonerado de responsabilidad, por lo que en realidad no se está previniendo los daños sino que se está únicamente reprimiendo los mismos.

De otro lado la norma del artículo II del cuerpo jurídico de protección al consumidor señala que la finalidad de la norma es que los consumidores accedan a bienes y servicios idóneos, lo cual significa que ese acceso implica que desde un primer momento se cumpla con el deber de idoneidad y calidad, puesto que el acceso es precisamente que desde el momento inicial o primario de la relación de consumo se cumpla con los deberes legales impuestos para el proveedor, y es un derecho del consumidor que ese acceso sea idóneo, por lo que la finalidad de la norma es que las obligaciones legales del proveedor se cumplan desde el origen de la relación de consumo, en el extremo que la idoneidad se cumple desde la puerta de entrada del vínculo proveedor-Consumidor, sostener lo contrario implicaría desnaturalizar la finalidad de la norma y tal afirmación en contrario nos conllevaría al error de señalar que en realidad la idoneidad no significa que los consumidores accedan a bienes y servicios de calidad sino que dicha idoneidad implica que el proveedor cumpla con reparar los daños y desperfectos de su infracción en un segundo momento, posterior al acceso y aun en ese caso se habría brindado u un servicio idóneo, lo que es decir que el acceso para este novel eximente no implica que desde un primer momento se deba de gozar del derecho de la idoneidad, sino que igualmente existe tal premisa si es que el proveedor a pesar de comercializar un bien defectuoso cumplió subsanar su infracción.

Sin embargo, de ampararse la teoría de la subsanación de la infracción como eximente, ocurriría que no se está garantizando el acceso al derecho de idoneidad y calidad, en cuanto el acceso significa que si se adquiere una motocicleta el día 15 de Julio, ese mismo día 15 de julio la motocicleta debe estar en condiciones adecuadas, no que presente fallas, y que recién después de reclamar se me entregue una motocicleta nueva o reparada dentro de 20 días o 2 meses. Refuerza aún más la postura de que se ha debilitado el sistema de protección al consumidor en la labor de prevención (que en

suma es lo recomendable, ya que es mejor prevenir que curar) la exposición de motivos del decreto legislativo 1308, el cual señala que el motivo de introducir a la subsanación de la infracción como eximente es el de reducir costos para la administración pública, lo cual se traduce en que el estado desea ahorrar recursos en estos casos donde se ha corregido la infracción antes de que se acuse formalmente, en tanto no habría razón para sancionar al proveedor ante la subsanación, y ello deviene en un ahorro de costos para el estado.

Considerando lo expuesto, se advierte que el sistema de protección al consumidor se debilita con el eximente del artículo 108 literal f) del bloque jurídico de consumo, toda vez que solo estima el eximente que la subsanación de la infracción implica el resarcimiento de los daños para el consumidor, priorizando esta faceta de la protección al consumidor considerando el procedimiento como un trilateral puro donde el estado no tiene mayor actuación, sin embargo no solo se resguardan los derechos subjetivos del consumidor que deben ser reparados a través de medidas correctivas reparadoras, sino que también la potestad sancionadora del estado exige que actúe el ente estatal a efecto de hacer cumplir el deber obediencia a las leyes, y corregir el mercado mediante una sanción que disuada y prevenga la comisión de otras infracciones, así como dar medidas correctivas complementarias que eviten la comisión de la infracción en el futuro como señala el artículo 116 del Código de protección y defensa del consumidor : *Artículo 116.- Medidas correctivas complementarias Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes (...)*

Entonces el sistema de protección al consumidor se sostiene sobre 2 pautas, la primera de ellas: la actuación del estado en el marco de sus deberes de policía que debe corregir el mercado, imponiendo sanciones a los infractores independientemente de si subsanaron la infracción, puesto que el estado debe vigilar el cumplimiento de la ley y por otro lado tutelar las afectaciones concretas sufridas por el consumidor, ordenando que se reparen los daños sufridos por este, a tal razón el Tribunal Constitucional peruano así lo ha reconocido en el EXP. N.º 3315-2004-AA/TC dispone lo siguiente: *9. El artículo 65 de la Constitución prescribe la defensa de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; a saber:*

- a) *Establece un principio rector para la actuación del Estado*
- b) *Consigna un derecho personal y subjetivo.*

*En el primer ámbito, el artículo 65° de la Constitución expone una pauta basilar o postulado destinado a orientar y fundamentar la activación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia tiene como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. En el segundo ámbito, el artículo 65 de la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, reconoce y apoya el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.<sup>165</sup>*

## **12. La prevención del daño como efecto en el mercado la fórmula de Hand**

Considerando los efectos negativos del eximente de responsabilidad analizado, se advierte que la técnica jurídica de este eximente resulta contraria a una regla ampliamente conocida en la práctica legal del resarcimiento de daños y particularmente en el campo de las obligaciones contractuales, dicha regla es conocida como la fórmula de Hand, la cual fue desarrollada por la jurisprudencia norteamericana a través del juez Learned Hand en el caso *United States v Carroll Towing*, el mismo que analizaba la responsabilidad civil extracontractual derivada del incumplimiento de obligaciones legales y al causarse daños a la víctima se ideó una fórmula que permita esclarecer cómo debía enfocarse la responsabilidad de aquel que incumplía con la regla legal, básicamente la fórmula de Hand señala que los causantes de los daños tendrán incentivos para evitarlos siempre que los costos de prevención del daño sean menores a la probabilidad de ocurrencia del daño multiplicado por la gravedad del daño resultante, entonces esta fórmula de Hand utiliza tres elementos: A) los costos de prevención del daño B) la gravedad de daño y C) la probabilidad de ocurrencia del daño, siendo que

---

<sup>165</sup>Sentencia N° 3315-2004-AA/TC, expedida por el Tribunal Constitucional Peruano, fundamento 9.

existirá negligencia o culpa del victimario si los costos para evitar el daño son menores a al daño producido multiplicado por la probabilidad de que ocurra .<sup>166</sup>

Es así que bajo la fórmula de Hand se considera que existen estímulos económicos considerables para prevenir el daño y cumplir con la obligación legal si es que el sujeto se da cuenta que le resulta más beneficiosos prevenir la ocurrencia del daño, así: *Algo inherente a la Fórmula Hand es un “efecto precio” ya que crea ciertos incentivos. Teóricamente los actores tienen la alternativa de tomar medidas para evitar o no un accidente. La Fórmula Hand informa los actores sobre el precio de cada alternativa. Cuando se comparan los precios, se supone que un actor racional seleccionará la alternativa menos costosa. Por ejemplo, si el costo de evitar el accidente es menor que el daño esperado, la selección deberá ser evitar el accidente. El resultado de una selección equivocada es que el autor del daño deberá entonces pagar los daños ocasionados.*<sup>167</sup> , es preciso ilustrar la fórmula de Hand bajo el esquema de variables de la siguiente forma: responsabilidad (negligencia) si  $C < DP$  (donde  $C$  es costo,  $D$  es daño y  $P$  es probabilidad).

Se desprende de la fórmula de Hand que si los costos para evitar el daño son menores que el daño resultante por la probabilidad que ocurra estaremos frente al existencia de responsabilidad por negligencia, razón por la cual la alternativa más saludable para el sujeto era la de evitar el daño. Extrapolando la fórmula de Hand al plano de las relaciones de consumo, se observa que es el proveedor el que pone a disposición de los consumidores sus productos y servicios, los que presenta desperfectos que ocasiona daños constitutivos de la conducta infractora, por lo que rigiéndonos bajo el esquema de la fórmula de Hand resultara más valioso para el proveedor evitar la ocurrencia de la infracción que asumir la reparación del daño y cumplir con la sanción impuesta por la autoridad de consumo<sup>168</sup>, habida cuenta que el criterio rector del deber de idoneidad y calidad en la prestación del servicio es que es el proveedor quien está en mejor posición para evitar la infracción y por ende en el campo de las relaciones de consumo este será quien la generalidad de casos se halle en la posición privilegiada de evitar los cotos del a infracción, tal postura fue analizada en la teoría del cheapest cost avoider que es el

---

<sup>166</sup>Arjona Trujillo, M. M., & Rubio Pardo, M. EL Análisis Económico Del Derecho. Precedente Revista Juridica, 118-150,2002

<sup>167</sup><http://www.gacetajudicial.com.do/analisis-economico/analisis-economico-responsabilidad2.html> (03 de agosto de 2017)

<sup>168</sup>Calabresi, Guido. Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts. Faculty Scholarship Series, 70,1961

criterio utilizado por Indecopi en el caso América móvil que formalmente continúa siendo el pronunciamiento jurisprudencial que se halla vigente en la interpretación del deber de idoneidad.

En virtud de lo señalado, el proveedor en el marco de las relaciones de consumo, es quien ciertamente puede evitar la infracción a un menor costo por lo que la fórmula de Hand será la regla general que se aplique para este, de allí que el proveedor deba de evitar la comisión de la conducta infractora, y ciertamente analizando la fórmula de Hand lo cierto es que es cierto que la industria no es un proceso infalible y que los bienes masivos siempre tiene probabilidades de que hayan desperfectos, sumado a ello los daños que se le puede irrogar al consumidor son diversos y el costo de evitar la infracción <sup>169</sup>, en el caso del proveedor siempre será menor que el daño ocasionado multiplicado por la probabilidad de que ocurra, así por ejemplo en el caso de aquellos proveedores sancionados por discriminación, se identifica que el costo de prevenir la infracción sería la de indicar a su personal de atención al cliente que eviten prácticas discriminatorias, sea mediante un aviso o comunicación, lo cual no irroga mayores costos, siendo que la probabilidad de que ocurra la infracción es mediana en tanto los consumidores recurren asiduamente a su establecimiento y la gravedad del daño es significativa puesto que la discriminación es una práctica proscrita por el estado peruano que acarrea responsabilidad penal como delito, sumado a ello se puede demandar una indemnización y afrontar una sanción pecuniaria por parte de la autoridad de consumo, sumado a que el proveedor bajo la teoría del cheapest cost avoider siempre será la parte que mejor puede evitar los costos de la infracción.

Bajo la óptica del eximente de responsabilidad dado con el decreto legislativo 1308, la fórmula de Hand no sería un parámetro útil para determinar la responsabilidad de los proveedores, toda vez que si la fórmula de Hand incentiva a evitar los daños de la infracción, el eximente estudiado proclama lo contrario, ya que no refuerza la prevención sino la represión, es decir que la conducta infractora del proveedor no será tal si no se previno la infracción sino que solo será calificada como infracción si no se reprimió la conducta infractora antes de imputarse cargos, de manera que no se califica el cumplimiento de la ley para evitar la infracción sino que a pesar de haberse incumplido la ley se califica si se subsanó o no con dicho incumplimiento a la norma, es

---

<sup>169</sup>Aciarri, H. A., & Melisa, R. La Fórmula De Hand y el CheapestCost Avoider en el Derecho de Daños Argentino. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association*, 2007

decir la eximente tiene una naturaleza más represiva que preventiva, cuando las normas de consumo buscan evitar la infracción y no solo reprimirla, de allí que al proveedor le sea indiferente en gran medida los costos de prevención del daño, careciendo de mayor interés si estos son menores o mayores a evitar el daño, en tanto si subsanó la infracción antes de ser acusado formalmente quedan libres de sanción.

La fórmula de Hand y la del cheapest cost avoider apuntan a la prevención del daño, en tanto los costos de prevenir este son el parámetro para determinar si hay responsabilidad o no, sin embargo esta premisa carece de relevancia para el actual artículo 108 literal f) del código de protección y defensa del consumidor, y es que el cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de los proveedores se sustenta precisamente en la precaución y la prevención de la vulneración de la norma, el estado peruano expide leyes con la finalidad de que se cumplan y quiere prevenir el incumplimiento de la norma mediante la amenaza de sanciones de lo contrario carecería de sentido expedir una ley, y es por ello que el estado no expide una norma con la lógica de que esta sea para incumplirla y luego verificar si se cumplió con subsanar o no la infracción mediante el cumplimiento posterior de la ley, sino que debe de evitarse el incumplimiento.

En torno a lo comentado se puede señalar que la doctrina indica que: *La adopción de medidas de prevención por parte de los proveedores disminuye la probabilidad de la producción de afecciones en la esfera de intereses del consumidor. En este orden de ideas, una de las formas de instrumentar el principio de prevención en el derecho del consumidor es la imposición de un deber de información a cargo del proveedor, haciendo la propia LDC referencias a este deber (artículos 4, 6, 9, 10, 14, 15, 21, 24, 25, 34 y 36). Esta inteligencia secuencial se relaciona con la “fórmula de Hand”, que surge a partir de la sentencia del juez Learned Hand en el caso United States v. Carrol Towing, 159 F.2d 169 [2d Cir.1947] (Ver en este sentido Irigoyen. El juez Hand expresó en su sentencia un razonamiento económico para determinar la culpabilidad o no de una persona, a partir de la responsabilidad objetiva por incumplimiento del deber de información. Se pretende así determinar cuándo una conducta es negligente, definiendo la exigibilidad de cierta actuación precautoria con la asunción de los costos que ello implique, en tanto estos resultan menores que la magnitud del daño si se obviase. Lo que se impone es celeridad y precaución por parte del proveedor, exigiéndole una medida de seguridad junto a una conducta informativa, en beneficio de*

*la efectividad de la tutela definitiva del consumidor. Ello, sin cuestionar la posición jurídica del particular cargo, su entidad y legitimidad de cobro.*<sup>170</sup>

### **13. La proporcionalidad y razonabilidad para graduar la sanción:**

Señalas las razones por las cuales se estima que la subsanación de la infracción con anterioridad a la imputación de cargos debe ser considerada como un atenuante de responsabilidad mas no como un eximente, es menester indicar que el ejercicio de la potestad sancionadora de Indecopi como órgano de protección al consumidor tiene como finalidad corregir el mercado, previniendo, y eliminando las conductas infractoras, aplicando correctivos al comportamiento de los proveedores, su finalidad no es la de eliminar al proveedor o que este salga del mercado ,sino que corrige su actuación y para tal fin las sanciones a imponerse no son facultades enteramente discrecionales de la administración<sup>171</sup> sino que deben de estar sujetas a los principios de razonabilidad y proporcionalidad contenidos en la ley 27444 como principios rectores de la potestad sancionadora y por supuesto aplicables plenamente al procedimiento de protección al consumidor en la medida que la sanción debe ser idónea y guardar correspondencia entre el fin perseguido y los medios empleados, evitando excesos.<sup>172</sup>

Así se observa que el Artículo IV inciso 1.4 de la ley 27444 1.4. Principio de razonabilidad. *- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.* Por su parte el Artículo 246 inciso 3 del mismo cuerpo normativo señala que (...) *Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación: (...)*

---

<sup>170</sup>Matías PeruginiPablo, Experiencias Del Derecho Argentino En Materia De Prestación De Servicios De Comunicaciones. Aporte Axiológico A Las Prácticas Abusivas en Boletín octubre – noviembre 2013 de la Academia de Derecho y consumo de la Universidad Diego Portales, página 7.

<sup>171</sup> Tornos, Joaquín. Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Revista Española de Derecho Administrativo, número 7 pp. 607–624, Madrid,1975

<sup>172</sup> El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno principio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, 2004, pp. 23 y siguientes.

Indecopi al imponer una sanción al proveedor debe evaluar la naturaleza de la infracción cometida, y proceder a graduar la misma mediante los criterios del artículo 112 del Código de protección y defensa del consumidor, por lo que la subsanación de la conducta infractora debe ser estimada como un criterio de graduación de la sanción que sirva como atenuante de responsabilidad, en la medida que se busca corregir al infractor y como este ha colaborado con la administración pública y ha remediado el incumplimiento normativo que cometió, dicha circunstancia debe ser valorada como una enmienda que evidencia el sometimiento del infractor a la ley y como tal debe ser atenuada la sanción que se le deba de imponer<sup>173</sup>, de tal manera que se conserva el beneficio y estímulo para los infractores de subsanar su infracción sabiendo que la sanción a imponerse será mucho más benévola.<sup>174</sup>

Retomando la metáfora planteada en el título de la presente investigación, si Adán devuelve la manzana prohibida antes de ser acusado en el marco de juicio divino, entonces la sanción que se le debe de imponer no es la de ser expulsado del paraíso, en tanto ciertamente cometió la infracción, sin embargo ha corregido la misma mediante la devolución de otra manzana, y tal enmienda no puede ser soslayada, por lo que en aplicación de la proporcionalidad y razonabilidad se debe atenuar su responsabilidad máxime que Adán es necesario en el paraíso como primer hombre que supone el inicio de la humanidad, de la misma forma como son necesarios los proveedores en el mercado para el funcionamiento del mismo, por lo que se debe conservar ese estímulo de cumplimiento de la ley, y por ello se debe ser benévolo con Adán que ha subsanado su infracción y tal circunstancia debe llevarlo a cumplir otras sanción menos gravosa, bien podría limpiar durante dos meses el paraíso, lo cierto es que la subsanación de su infracción solo debe atenuar la responsabilidad, mas no eximirlo.

---

<sup>173</sup>Miguel Carbonell y Pedro Grández Castro (coordinadores). El principio de proporcionalidad en el Derecho comparado. Lima: Palestra Editores, pp. 321 y siguientes, 2010

<sup>174</sup>López González, José Ignacio. El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo. Sevilla: Ediciones del Instituto García Oviedo, p. 16, 1988



## Conclusiones:

Atendiendo a los objetivos planteados en el proyecto de investigación de la presente tesis, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. El Instituto nacional de defensa de la competencia ( Indecopi) a través de sus diversas instancias de protección al consumidor es el encargado de resguardar los derechos de los consumidores y vigilar el mercado mediante la fiscalización y supervisión del cumplimiento de la normativa que conforme el bloque jurídico de protección al consumidor, siendo que su participación en el mercado como agente regulador es el de prevenir la comisión de infracciones que vulneran la norma de consumo, previniendo el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de los proveedores, debiendo actuar tanto preventiva como represivamente, para tal fin en el ejercicio de su potestad sancionadora debe actuar corrigiendo a los proveedores, previniendo que comentan futuras infracciones y disuadiéndolos de proseguir con estas prácticas, siendo que su participación en el mercado le obliga a exigir el cumplimiento de las normas de consumo y adicionalmente a ello dictar las medidas correctivas reparadoras de los daños sufridos por el consumidor afectado.

2. El procedimiento administrativo sancionador derivado de una denuncia sea de parte o de oficio por vulneración al código de protección y defensa del consumidor ostenta una naturaleza mixta al ser un procedimiento administrativo sancionador-trilateral en el cual ciertamente se pueden discutir el resarcimiento de la afectación individual sufrida por un consumidor en concreto y dictarse medidas correctivas que reparen el daño del afectado, siendo esa su vertiente de procedimiento trilateral, sin embargo la potestad sancionadora del estado es pura y el deber de obediencia de las normas y su cumplimiento es un poder de policía del estado quien debe de actuar frente a la vulneración del ordenamiento jurídico de protección al consumidor, persiguiendo a los infractores independientemente de que estos subsanen su infracción, puesto que no solo se analiza la reparación de la afectación sino que la potestad de sanción subyace como pautar basilar de corrección del mercado y prevención de la comisión de futuras infracciones ,razón por la cual la subsanación de la infracción como eximente de responsabilidad solamente enfoca el procedimiento administrativo como un trilateral puro, cuando ello es contrario a los fines del artículo 65 de la constitución que encarga al estado la actuación general de proteger a los consumidores.

3. La naturaleza jurídica de la subsanación de la infracción acaecida con anterioridad a la imputación de cargos es la de un atenuante de responsabilidad administrativa, y de forma errada ha sido considerada como un eximente toda vez que la infracción ya se encuentra consumada desde el momento en que se incumplió con la norma, habiéndose agotado el ilícito administrativo en el momento de la inobservancia de la ley, siendo que la subsanación de la infracción precisamente presupone que ya ocurrió la infracción y en un segundo momento se está subsanando esta, aunque la misma ya ha sido cometida, no existiendo causas de justificación que permita exonerar de responsabilidad al proveedor toda vez que las causales de exoneración de la ley 27444, y las del propio Código de Protección y defensa del consumidor consagran a otros factores externos ajenos al proveedor para poder librarlo de responsabilidad, siendo que se cumplen todos los elementos del ilícito administrativo y no concurren ninguna causal de fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o la imprudencia del propio consumidor, más aun cuando el régimen de responsabilidad administrativa en infracciones de consumo es de mera inobservancia de la norma y la propia norma de consumo señala que solo se exonera de responsabilidad al proveedor por las causales antes citadas.

4. Considerar a la subsanación de la infracción como un eximente de responsabilidad es premiar la negligencia del proveedor, y otorgar estímulos para la falta de diligencia de estos en el cumplimiento de sus obligaciones legales y convencionales para con el proveedor y con el estado, en la medida que subsanar una infracción implica que la infracción ya ha sido cometida y por ende no se ha cumplido desde el inicio con la regla legal y a pesar de tal incumplimiento se exonera de responsabilidad si estos oportunamente subsanan la infracción, sin embargo la negligencia del proveedor ha quedado consumada y la aplicación de reparaciones o subsanaciones son dadas en un segundo momento, por lo que el margen de la negligencia del proveedor es mucho más amplio que lo otorgado al consumidor en la medida que si este es negligente es él quien deberá de soportar con los daños sufridos.

5. La esencia del procedimiento administrativo sancionador de Indecopi no es el interés y legitimidad para obrar del consumidor, en el extremo que si esta ve resarcidos el daño en concreto que sufrió ya no habría razón de ser para que prosiga el procedimiento, en tanto la esencia de este procedimiento es que el estado active un mecanismo de tutela efectiva de los consumidores donde se corrija el mercado no solamente a través medidas

reparadoras para el consumidor, sino que debe de exigirse el cumplimiento de las normas y ejercer la potestad de sanción a fin de que esta sanción cumpla un fin preventivo y disuasorio, de allí que el estado expide una norma no bajo la lógica de que esta sea incumplida y luego cumplida, sino que las leyes se cumplen desde el momento en que resulten exigibles y no en un momento secundario, por lo que la potestad de sanción del estado es pura respecto desde las medidas correctivas reparadoras para el consumidor ,más aun que estas son una consecuencia accesoria y no son materia principal de debate en el procedimiento administrativo, el cual se califica la infracción a la norma de consumo para determinar responsabilidad y secundariamente se pueden dictar medias de reparación para el consumidor.

**6.** La aplicación de remedios, reparaciones, subsanaciones o cualquier otro mecanismo paliativo del infracción únicamente suponen medidas residuales e inoportunas en razón a que la infracción ha sido cometida y el deber idoneidad y calidad ha sido interpretado bajo el entendido de que este deber se exige desde el origen de la relación de consumo , fundamento por el cual los mecanismos residuales de subsanación de la infracción únicamente atenúan la responsabilidad del proveedor infractora, debido a que el consumidor ya soporto los daños de la infracción y tal criterio es reconocido a nivel de jurisprudencia en el caso América móvil, el cual consagra la teoría del cheapest cost avoider, el cual señala que debe ser el proveedor que está en mejor posición de evitar los daños el que cumpla con prevenir la infracción, por lo que considerar a la subsanación de la infracción como un eximente es desnaturalizar el caso América móvil y reinterpretar el deber de idoneidad y a su vez retornar al antiguo criterio del caso Hiraoka que obedece a un criterio jurisprudencia descartado y que es contrario a la teoría del cheapest cost avoider, debiendo en este caso el consumidor soportar los costos de la infracción.

**7.** Estimar a la subsanación de la infracción con anterioridad a la imputación de cargos como un eximente de responsabilidad genera efectos nocivos en el mercado, puesto que el proveedor sistemáticamente puede elegir incumplir con su obligación legal y luego reparar la infracción, de tal forma que le resulta más ventajoso incumplir con la ley y en los casos puntuales que se reclame puede subsanar su infracción, lo cual es utilizado como un anzuelo para conseguir entablar una relación de consumo, incumplir con la normativa y luego una vez captada la preferencia del consumidor subsanar la infracción

días o meses después, siendo que el engaño del proveedor consiste en supuestamente cumplir con el deber de idoneidad para captar al consumidor y este desembolsa el pago respectivo, sin embargo el proveedor incumple la obligación y luego repara la infracción, no obstante ya captó al consumidor.

**8.** La subsanación de la infracción como eximente genera en el mercado que los proveedores o ten por el incumplimiento de su obligación, toda vez que los costos de transacción asociados a la potestad sancionadora del estado son de cero o cercanos a cero, lo cual convierte a la regla legal en ineficiente y se propicia un panorama para la eficiencia del incumplimiento de la obligación, debido a que no afrontara sanción de ninguna clase, no pagará los costos del abogado que patrocinó al consumidor por tramitar la denuncia ante Indecopi, no será inscrito en el registro de proveedores sancionados donde se registran todos aquellos proveedores negligentes, aun cuando este fue negligente, ni tampoco asumirá los costos de oportunidad soportados por el consumidor,. Sumado a ello se contraviene el principio de razonabilidad que pregona que la conducta infractora no debe ser más ventajosa que cumplir con la obligación legal, y la subsanación de la infracción como eximente es más ventajosa que cumplir desde el inicio con la normativa de protección al consumidor.

## **Propuesta legislativa:**

**Ley que modifica diversas leyes a efecto fortalecer la actuación tuitiva del estado en materia de protección al consumidor y la corrección del mercado ante las infracciones en las relaciones de consumo**

### **Exposición de motivos**

#### **1. Antecedentes:**

La constitución política del Perú promulgada en el año de 1993 dispone como mandato constitucional contenido en el artículo 65 que el estado debe encargarse de la defensa y protección de los consumidores, garantizando que estos cuenten con el acceso a información sobre los bienes y servicios que se encuentran en el mercado y particularmente la actuación del estado debe enfocarse en velar la seguridad y salud de la población, por lo que tal mandato constitucional reconoce la relevancia de la protección al consumidor como un agente en posición de asimetría informativa y que requiere de la actuación tuitiva del estado tanto para restaurar los derechos subjetivos de los consumidores como fiscalizar, verificar y exigir el cumplimiento de las normas en materia de protección al consumidor que el estado expida y que los proveedores deben observar imperativamente.

Mediante la Ley 29571, Código de protección y defensa del consumidor, se ha regulado en un solo cuerpo normativo la principal herramienta jurídica que regula las relaciones de consumo entre proveedores y consumidores, siendo que la norma es expedida con la finalidad de que los consumidores accedan a bienes y servicios idóneos, debiendo el estado prevenir, combatir, corregir y eliminar aquellas prácticas que afectan el interés y derechos de los consumidores, habiéndose establecido los derechos y obligaciones de las partes de la relación de consumo, así como los mecanismos procedimentales para determinar la responsabilidad administrativa y demás aspectos necesarios para que el

estado pueda ejercer la potestad de sanción al verificar que se ha incumplido con la obligación legal de tal cuerpo jurídico.

Mediante el decreto legislativo 1308 se ha modificado la Ley 29571, Código de protección y defensa del consumidor, habiéndose modificado drásticamente la naturaleza jurídica de los eximentes de responsabilidad para el proveedor, señalando que la subsanación de la conducta infractora con anterioridad a la imputación de cargos amerita que la denuncia sea declarada improcedente y se archive el caso, asimismo es causal de improcedencia de la denuncia que el consumidor no tenga legitimad e interés para obrar, concepto que ligado a que la infracción ya ha sido subsanada, todo ello en relación a decreto legislativo 1272 que modifica la ley 27444, Ley del procedimiento administrativo general que también considera la subsanación de la infracción con anterioridad a la imputación de cargos como un eximente de responsabilidad, siendo que estimar como eximente a la enmienda de la infracción cambia rotundamente la calificación de esta circunstancia que era considerada por las normas precitadas y por la jurisprudencia de Indecopi como un atenuante de responsabilidad.

## **2. Justificación:**

El proyecto de ley tiene por objetivo fortalecer el accionar del estado en materia de protección al consumidor en su fase de prevención y disuasión de la comisión de infracciones al Código de protección y defensa del consumidor, enfatizando la acción tuitiva del estado mediante el ejercicio de la potestad sancionadora de este, reforzando el principio de obediencia de la ley y de respaldar la actuación de Indecopi a través de sus diversas instancias de protección al consumidor para que mediante el ejercicio de sus poderes de policía exija cabalmente cumplimiento de la norma y que los consumidores realmente accedan desde un inicio a productos y servicios de calidad.

El estado peruano al expedir una norma de rango legal que establece obligaciones y derechos que deben ser respetados por parte de los administrados actúa en su calidad de administración pública que debe regular la conducta de los sujetos de una sociedad, de allí que en el mercado y específicamente en el terreno de las relaciones de consumo el estado también debe actuar regulando la conducta de los proveedores y consumidores, a tal efecto expide leyes que regulan dicha relación, por lo que al expedir una ley el estado exige que esta sea cumplida, el artículo 65 de la constitución habilita al estado

expedir leyes que resguardan al consumidor, motivo por el cual la ley que se expida es para ser cumplida, sostener lo contrario nos llevaría al absurdo de considerar que una ley no debe ser cumplida sino que podemos incumplirla pero que si corregimos el incumplimiento, subsanando la infracción ya estaremos exentos de responsabilidad, tal cual como si se hubiera cumplido con la ley desde el momento inicial.

Estando a lo señalado es un error que el decreto legislativo 1308 y el decreto legislativo 1272 hayan modificado al Código de protección y defensa del consumidor, y a la Ley del procedimiento administrativo general, en tanto no puede considerarse a la subsanación de la conducta infractora acaecida antes de imputarse cargos como eximente de responsabilidad, en tanto dicha premisa no lleva precisamente a un efecto nocivo para el mercado, el cual es que los proveedores pueden incumplir la ley, no se exige el cumplimiento inicial de esta, ya que habrá una segunda oportunidad para después pueda ajustarse a derecho subsanando la infracción e igualmente no habrá responsabilidad, tal como si hubieran estos cumplidos con la ley desde el momento primigenio, lo cual es contrario al deber de obediencia y resta utilidad a la norma de consumo, debilitando la potestad sancionadora que evita y disuade la comisión de infracciones, máxime que el consumidor ya sufrió el impacto de la infracción y ya se vulneró el deber de idoneidad.

De allí que sea necesario considerar a la subsanación de la infracción como un atenuante de responsabilidad administrativa, de manera que en caso el proveedor que comete la infracción subsane esta, los entes de protección al consumidor en el marco de la proporcionalidad y razonabilidad proceden a graduar su sanción, otorgándole el beneficio de atenuar dicha sanción, de tal forma que a su vez es un estímulo en el mercado para que se eviten la comisión de infracciones, puesto que aun subsanando habrá una sanción pero también sea un incentivo para que el proveedor subsane su infracción ya que podrá acceder al beneficio de reducir la sanción.

### **3. Análisis costo beneficio**

Para la promulgación de la ley el estado no tendrá que incurrir en mayores gastos puesto que la modificación es a nivel normativo, no habiendo credo ninguna oficina o ente adicional que demande la inversión de presupuesto en personal o infraestructura, siendo que no se requerirá de la contratación de personal para las diversas instancias de

protección al consumidor de Indecopi sea en la sede central o en las oficinas regionales, toda vez que el decreto legislativo 1308 y 1272 fueron expedidos en diciembre de 2016 y con anterioridad a esa fecha se venía tramitando denuncias que consideraban a la subsanación de la infracción como atenuante y la carga procesal que soportaban era la ordinaria, siendo que la contratación de personal obedecerá al normal y previsible ajuste que requiera Indecopi según sus necesidades.

Por otro lado dicha modificación normativa no supondrá tampoco la inversión en nueva tecnología o infraestructura, toda vez que la modificación es en la técnica jurídica de leyes y el beneficio reportado será el de reforzar la acción de prevención de las conductas infractoras a la norma de consumo, enfatizando que el deber de idoneidad y calidad es una obligación legal que debe ser cumplida desde el inicio y no residualmente a través de subsanaciones, por otro lado se otorgara el beneficio de reducir la sanción al proveedor que subsane su infracción y se atenuara el impacto que pueda sufrir su imagen comercial al ser inscrito en el registro de proveedores sancionados con la salvedad de que ha asnados infracción y dicha circunstancia quedara anotada en el registro.

#### **4. Incidencia en la legislación vigente:**

La propuesta normativa incidirá directamente en determinados artículos del Código de protección y defensa del consumidor que fueron modificados por el decreto legislativo 1308, asimismo se deberá de modificar la ley 27444, ley del procedimiento administrativo general en ciertos artículos que fueron modificados por el decreto legislativo 1272.



**Propuesta legislativa:**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA POR CUANTO:

El congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA; Ha dado la Ley siguiente

**LEY QUE MODIFICA DIVERSAS LEYES A EFECTO FORTALECER LA ACTUACIÓN TUTIVA DEL ESTADO EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y LA CORRECCIÓN DEL MERCADO ANTE LAS INFRACCIONES EN LAS RELACIONES DE CONSUMO**

**Artículo 1.-** Incorpórese el literal c) al artículo 255 inciso 2, de la Ley 27444, Ley del procedimiento administrativo general, el cual quedara redactado de la siguiente forma:

Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

c) la subsanación voluntaria de la conducta infractora sea esta conducta por acción u omisión, que ocurra con anterioridad a la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253

**Artículo 2.-** deróguese el artículo 255, inciso literal f) de la Ley 27444, Ley del procedimiento administrativo general

**Artículo 3.-**Incorpórese un párrafo al artículo 104 de la Ley 29571, Código de protección y defensa del consumidor, el cual quedara redactado de la siguiente forma:

Artículo 104.- Responsabilidad administrativa del proveedor

(....) las infracciones administrativas derivadas de la vulneración de cualquiera de las disposiciones contenidas en la presente norma son de mera inobservancia de la norma, de manera que verificado el incumplimiento de lo prescrito sin que medie causal alguna de exoneración de responsabilidad a la que hace referencia el primer párrafo del presente artículo, se deberá de acreditar, reiterando que las infracciones a la presente son de prohibición absoluta, no dependiendo de la generación de un daño real al consumidor o al mercado.

**Artículo 4.-**Incorpórese el numeral 2.2 al artículo 112 de la Ley 29571, Código de protección y defensa del consumidor, el cual quedara redactado de la siguiente forma:

Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

2.2 la subsanación voluntaria de la conducta infractora sea esta conducta por acción u omisión, que ocurra con anterioridad a la imputación de cargos. Una vez acreditada la subsanación de la conducta infractora acaecida con anterioridad a imputarse cargos la autoridad administrativa considerara dicha circunstancia como un atenuante de especial naturaleza que acarreará según el criterio de cada caso en concreto la imposición de una amonestación o de la reducción de la mitad de la sanción a imponerse.

**Artículo 5.-** Deróguese el literal f) del artículo 108 de la Ley 29571, Código de protección y defensa del consumidor.

**Artículo 6.-** Incorpórese un párrafo al artículo 119 de la Ley 29571, Código de protección y defensa del consumidor, el cual quedara redactado de la siguiente forma:

(...) en caso el proveedor haya subsanado su conducta infractora con anterioridad a la imputación de cargos, deberá de señalarse tal circunstancia en el registro de infracciones y sanciones, asimismo respecto de aquellas infracciones subsanadas el proveedor solo estará inscrito en el registro por el plazo de 2 años.

**Artículo 7.-** Modifíquese el artículo 4.1.1 de la Directiva N° 005-2017/DIR-COD-INDECOPI, Directiva Que Regula Los Procedimientos En Materia De Protección Al Consumidor Previstos En El Código De Protección Y Defensa Del Consumidor, el cual quedara redactado de la siguiente forma:

Artículo 4.1.1 El Procedimiento Sumarísimo se inicia de oficio, por denuncia de parte, otorgándole una condición trilateral que no afecta la naturaleza sancionadora de dicho procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 del Código. Asimismo, se inicia de oficio como consecuencia de las infracciones referidas en los artículos 5 y 7 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, aprobada por Decreto Legislativo 807.

**Artículo 8.-** Modifíquese el artículo 4.1.1 de la Directiva N° 006-2017/DIR-COD-INDECOPI, Directiva Que Regula Los Procedimientos En Materia De Protección Al Consumidor Previstos En El Código De Protección Y Defensa Del Consumidor, el cual quedara redactado de la siguiente forma:

Artículo 4.1.1 El Procedimiento Sumarísimo se inicia de oficio, por denuncia de parte, otorgándole una condición trilateral que no afecta la naturaleza sancionadora de dicho procedimiento, desde la notificación con la imputación de cargos al posible infractor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 del Código.

#### **DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA**

##### **Única. - Aplicación de las disposiciones de la presente norma**

Las normas procesales previstas en la presente modificación se aplican de manera inmediata a los procedimientos administrativos iniciados antes de su entrada en vigor en el estado en que se encuentren.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los 3 días del mes de agosto de dos mil diecisiete.

## BIBLIOGRAFIA:

### Libros y Revistas:

- Acciarri, Hugo- Romero, Melisa "La Fórmula De Hand Y El Cheapest Cost Avoider En El Derecho De Daños Argentino" LLBA 2007 Junio, 517
- Aciarri, H. A., & Melisa, R. La Fórmula De Hand Y El Cheapest Cost Avoider En El Derecho De Daños Argentino. Latin American And Caribbean Law And Economics Association,2007
- Acosta Olivo Carlos, Criterios De Graduación En El Procedimiento Administrativo Sancionador, En Revista Actualidad Gubernamental, N° 65 - Marzo, 2014, Lima.
- ALPA, Guido. La persona. Constitución política comentada Tomo 1, Tra cidadinanza e merca/o. Feltrinelli, Milano, 1992
- Arjona Trujillo, M. M., & Rubio Pardo, M. EL Análisis Económico Del Derecho. Precedente Revista Jurídica,2002
- Baca Oneto Víctor Sebastián, Artículo: ¿Responsabilidad Subjetiva U Objetiva En Materia Sancionadora? Una Propuesta De Respuesta A Partir Del Ordenamiento Peruano, Lima, 2015
- Baigun, D, Naturaleza De Las Circunstancias Agravantes, Buenos Aires, Edit. Pannedille, 1971
- Bullard, Alfredo: Artículo ¿Es El Consumidor Un Idiota? El Falso Dilema Entre El Consumidor Razonable Y El Consumidor Ordinario. Revista De La Competencia Y La Propiedad Intelectual
- Bullard, Alfredo Y Falla, Alejandro. ¡Prohibido Prohibir! El Fantasma De Los Precios Sugeridos Y La Fijación De Precios De Reventa En El Derecho De La Competencia,Thémis N° 45, Lima,2002
- Bullard González Alfredo, ¿Cuándo Es Bueno Incumplir Un Contrato? La Teoría Del Incumplimiento Eficiente: Ejecución Forzada Vs. Pago De Daños,

Derecho Y Economía. El Análisis Económico De Las Instituciones Legales,2014

- Calabresi, Guido. Some Thoughts On Risk Distribution And The Law Of Torts. Yale Law Journal. Vol. 70. 1961
- Carbonell Miguel Y Grández Castro Pedro (Coordinadores). El Principio De Proporcionalidad En El Derecho Comparado. Lima: Palestra Editores, Pp. 321 Y Siguietes,2010
- Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. 6ª Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, P. 567, 2000
- Coase, R. The Problem Of Social Cost. En: Journal Of Law And Economics, Vol. III, 1960
- Corrientes Córdova, J. A. La Protección De Los Consumidores En Europa Comunitaria: De Los Tratados Fundacionales Al De La Unión Europea (Maastricht). En Estudios Sobre El Derecho De Consumo. (2.A Ed.). Bilbao: Iberdrola, 1994
- Danós, Jorge. “Notas Acerca De La Potestad Sancionadora De La Administración Pública”. En: Ius Et Veritas N° 10. Revista Editada Por Estudiantes De Derecho De La Pontificia Universidad Católica Del Perú. Lima, 1995.
- Deming E. Calidad, Productividad Y Competitividad, Madrid, Díaz De Santos,1989
- De Palma Ángeles, En La Recensión A Su Libro «Derecho Administrativo Sancionador, Realizada. En: RAP No. 135-1994
- De Trazegnies Granda. La Responsabilidad Extracontractual, T. Ii, Lima, 2001
- Espinoza Espinoza, Juan. Derecho De Los Consumidores. Lima: Rodhas, 2012, González Martín, Nuria. “El Principio De Igualdad, La Prohibición De Discriminación Y Las Acciones Positivas”. Derecho & Sociedad, Año 13, Número18, 2002. Lima
- Espinoza, Juan Y Stucchi, Pierino (Curadores). Normas De La Publicidad. Comentarios-Precedentes Jurisprudenciales. Rodhas. Lima, 2006.

- Espinoza Espinoza, J, Circulación De Los Modelos Jurídicos De La Responsabilidad Civil En La Tutela Administrativa De Los Derechos Del Consumidor. Actualidad Jurídica, 197. Lima: Gaceta Jurídica
- Espinoza- Saldaña Barrera, Eloy. Principios, Ámbito Subjetivo De Aplicación Y Fuentes Del Procedimiento Administrativo: En Busca De La Racionalidad Perdida Y Una Protección Del Administrado Hoy Casi Inexistente. En: Autores Varios. Comentarios A La Ley Del Procedimiento Administrativo General. Lima, Ara Editores, 2013.
- Eisenberg, M. A. Actual And Virtual Specific Performance, The Theory Of Efficient Breach, And The Indifference Principle In Contract Law. En: California Law Review, Vol. XCIII, N.º 4,2005
- Eisenberg, M. A., The Principle Of Hadley V. Baxendale. En: California Law Review, Vol. LXXX, N.º 3, Y Ss,1992
- Gagliuffi Piercechi Ivo, La Evaluación De Las Conductas Anticompetitivas Bajo La Regla Per Se O La Regla De La Razón, Pagina 153-154. En Revista De La Competencia Y La Propiedad Intelectual N ° 12 De INDECOPI,2013
- Goetz, C. J. Y Scott, R. E. Liquidated Damages, Penalties And The Just Compensationprinciple: Some Notes On An Enforcement Model And A Theory Of Efficient Breach. En:Columbia Law Review, Vol. LXXV, 1977 Holmes Jr., O. W., The Path Of The Law. En: Harvard Law Review, Vol. X, 1897
- Gómez Apac, H. El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional? Revista De Derecho Administrativo, Pagina 10. Derecho De La Competencia. Lima: Círculo De Derecho Administrativo,2011
- Gómez Apac, Hugo. Redescubriendo Al Procedimiento Trilateral. En: Sobre La Ley Del Procedimiento Administrativo General. Lima: UPC, 2009
- Gómez Apac, Hugo; Isla Rodríguez, Susan; Mejía Trujillo, Gianfranco, Apuntes Sobre La Graduación De Sanciones Por Infracciones A Las Normas De Protección Al Consumidor, En Revista Derecho Y Sociedad N º 34, Lima,2014
- Gómez Tomillo, Manuel E Iñigo Sanz, Rubiales. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General Y Práctica Del Derecho Penal Administrativo, Segunda Edición, España, Editorial Arandazi, 2010

- Gonzales Navarro. Comentarios A La Ley De Régimen Jurídico De Las Administraciones Públicas Y Del Procedimiento Administrativo Común, Tercera Edición, Madrid, Civitas,2004
- Gordillo, Agustín, El Acto Administrativo (Noción. Nulidades. Vicios. Los Actos De Gobierno), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963
- Guzmán Napurí, C. Tratado De La Administración Pública Y Del Procedimiento Administrativo. Lima: Caballero Bustamante, Pagina 533, 2011.
- Katz, M. L. Y Rosen, H. S. Microeconomía, Addison-Wesley Iberoamericana, Wilmington, Delaware,1994
- Ledesma Narvaez, Marianella. Comentarios Al Código Procesal Civil. Tomo I. Gaceta Jurídica. 3° Edición. Febrero, 2011
- Liñán Arana Luis Alberto, Compatibilidad De Las Instituciones Del Proceso Civil En El Procedimiento Administrativo Sancionador De Protección Al Consumidor A Cargo Del INDECOPI En Revista PRAECEPTUM, Año 1 Número 1, INDECOPI, Lima, 2014
- Lesch, Heiko, “La Función De La Pena”, Universidad Externado De Colombia, Bogotá, 1999
- López González, José Ignacio. El Principio General De Proporcionalidad En Derecho Administrativo. Sevilla: Ediciones Del Instituto García Oviedo, P. 16,1988
- Lozano Cutanda Y Otros. Diccionario De Sanciones Administrativas, Primera Edición, España, Editorial Ustel, 2010
- Malpartida Castillo Víctor. Introducción Al Derecho Económico. Análisis Económico Del Derecho Y Derecho Al Desarrollo. Lima, Editorial San Marcos EIRL,1996
- Mankiw Gregory, Principios De Economía, Tercera Edición, Mc Graw Hill, 2005  
Laura Fisher Y Jorge Espejo, Mc Graw Hill Mercadotecnia, Tercera Edición – Interamericana,2002
- Mans Puigarnau, Jaime M., Los Principios Generales Del Derecho. Repertorio De Reglas, Máximas Y Aforismos Jurídicos Con La Jurisprudencia Del Tribunal Supremo De Justicia, Barcelona, Bosch, 1979

- Maravì Sumar Milagros, Sobre La Ley Del Procedimiento Administrativo General, Libro Homenaje A José Alberto Bustamante Belaunde, Milagros Maravì Sumar, Editorial Universidad Peruana De Ciencias Aplicadas, 2009
- Matías Perugini Pablo, Experiencias Del Derecho Argentino En Materia De Prestación De Servicios De Comunicaciones. Aporte Axiológico A Las Prácticas Abusivas En Boletín Octubre – noviembre 2013 De La Academia De Derecho Y Consumo De La Universidad Diego Portales,2013.
- Moisset De Espanés, Luis. “Sanciones Conminatorias O “Astreintes”. En: Actualidad Jurídica, Suplemento Mensual De Gaceta Jurídica, N° 113,2003  
Mestre, Juan. En: Estudios Sobre La Constitución Española. Libro Homenaje Al Profesor García De Enterría. Civitas. 1991, Vol.III
- Monroy Gálvez, Juan. Las Excepciones En El Código Procesal Civil Peruano, En Revista Themis N° 27, Lima,2015
- Moraga Klenner, C. «La Actividad Formal De La Administración Del Estado». En Rolando Pantoja (Coordinador). Tratado De Derecho Administrativo. Tomo VII. Santiago De Chile: Abeledo Perrot, 2010
- Morón Urbina Juan Carlos, Libro Comentarios A La Ley Del Procedimiento Administrativo General, Lima,2011
- Morón Urbina, Juan Carlos. Los Principios De La Potestad Sancionadora De La Administración Pública A Través De La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional. Palestra Del Tribunal Constitucional. Revista Mensual De Jurisprudencia, Año 1. Número 7, Julio,2006
- Neumann, B. R. Y Friedman, L. A. “Opportunity Costs: Further Evidence Through An Experimental Replication”, Journal Of Accounting Research, Vol 16, N° 2, 1978
- Nieto García, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ª Ed. Madrid: Tecnos, 2005
- Northcote Sandoval Christian; Criterios Del Indecopi Sobre El Deber De Idoneidad En Revista Actualidad Empresarial Edición Nª 290, Lima,2013
- Ochoa Cardich César, Límites De La Potestad Sancionadora Del INDECOPI Y Las Garantías Del Administrado En Los Procedimientos Administrativos Del Derecho De La Competencia En Revista IUS ET VERITAS No. 13



- Ossa Arbelaez, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Hacia Una Teoría General Y Una Aproximación Para Su Autonomía. Colombia, Editorial Legis, 2000
- Peláez Ypanaqué Rodrigo, En Artículo La Naturaleza Del Procedimiento De Protección Al Consumidor Del Indecopi Y La Oportunidad De Desistimiento En Aquel, Ius Et Praxis, Revista De La Facultad De Derecho N.O 45, 2014
- Peña Cabrera, Raúl. “Tratado De Derecho Penal. Parte General”. Tercera Edición. Lima: Sagitario. 1987.
- Prado Saldarriaga Víctor, Las Circunstancias Atenuantes Genéricas Del Artículo 46 Del Código Penal En Revista Themis Edición N ° 68, 2016, Lima
- Posner, R. A., Economic Analysis Of Law. Little, Brown And Company, 1.ª Ed., Boston, P. 120,1972
- Ramírez Torrado Maria Lourdes, Reflexiones Acerca Del Principio De Proporcionalidad En El Ámbito Del Derecho Administrativo Sancionador Colombiano, En Revista Estudios Socio-Jurídicos De La Facultad De Derecho De La Universidad Del Rosario De Colombia, Página 162, Edición Enero-junio 2010, Colombia,2010
- Rojas Leo, Juan Francisco. “¿Hemos Encontrado El Rumbo Del Nuevo Derecho Administrativo En El Perú? Reflexiones En Torno A La Próxima Entrada En Vigencia De La Ley Del Procedimiento Administrativo General”. En: Autores Varios. Comentarios A La Ley Del Procedimiento Administrativo General. Lima, Ara Editores,2010.
- Ripoll Feliú, V. M. Y Vilar Sanchís, J. E. “Costes Relevantes Para La Toma De Decisiones”, Técnica Contable, N ° 487, 1989
- Rodríguez Collao L. Punibilidad Y Responsabilidad Criminal, En Revista De Derecho De La Pontificia Universidad Católica De Valparaíso, 1995
- Rosenberg, Leo. Tratado De Derecho Procesal Civil, Volumen I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1955
- San Martin Castro Cesar, “Derecho Procesal Penal”, Editorial Grijley, Volumen IIDellepiane, Antonio. Nueva Teoría De La Prueba, Bogotá, Edit. Temis, 2004.

- Saavedra Velazco, Renzo. Apuntes Comparativos Sobre La Teoría Del Incumplimiento Eficiente: Incumplir, O No Incumplir, He Allí El Dilema. En Latin American And Caribbean Law And Economics Association. Marzo,2011
- Sirena Pietro. La Prospettiva Dei Rimedi Nel Diritto Privato europeo. En: Rivista Di Diritto Civile. Año LVIII. N° 3. Padua, 2012
- Ticona Postigo, Víctor. Las Condiciones De La Acción Y El Nuevo Código Procesal Civil. Gaceta Jurídica, T.26, febrero, 1996, Pg. 48-A.
- Tirado Barrera, José Antonio, Función Y Posición Del Denunciante En El Procedimiento Administrativo Sancionador: Reflexiones Críticas Sobre El Llamado Trilateral-Sancionador. En: Derecho Administrativo En El Siglo XXI. Volumen I. Libro De Ponencia Del XII Congreso Internacional De Derecho Administrativo, ,2013
- Tornos, Joaquín. Infracción Y Sanción Administrativa: El Tema De Su Proporcionalidad En La Jurisprudencia Contencioso-Administrativa. Revista Española De Derecho Administrativo, Número 7, Madrid,1975
- Velásquez Velásquez, Fernando. “Derecho Penal. Parte General”. Cuarta Edición. Bogotá: Comlibros. 2009

#### **Jurisprudencia:**

- Resolución N<sup>a</sup> 0102-2008/TDC-INDECOPI, expedida por el Tribunal De Defensa De La Competencia De Indecopi
- Resolución 0228-2014/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- RESOLUCIÓN 0154-2017/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- RESOLUCIÓN 0493-2017/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución 3591-2012/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi

- RESOLUCIÓN 2528-2013/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi.
- Resolución N<sup>a</sup> 1630-2014/SPC-INDECOPI, expedida por La Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- RESOLUCIÓN 0733-2016/SPC- INDECOPI, expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- RESOLUCIÓN 0986-2015/SPC-INDECOPI expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución 0994-2015/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución 160-2016/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución 0243-2017/SPC-INDECOPI, expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- Sentencia Expedida Por El Tribunal Constitucional Peruano En STC N<sup>o</sup> 8957-2006-AA
- Sentencia Del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 03741-2004-AA/TC
- Sentencia Del Tribunal Constitucional recaída en el Exp N.º 518-2004-AA/TC
- Resolución N<sup>o</sup> 3125-2011/SC2-INDECOPI emitida Por La Sala De Defensa De La Competencia De Indecopi
- Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente 0013-2012-PI/TC, Fundamento 4
- Resolución 3448-2012/SPC-INDECOPI expedida por la Sala Especializada De Protección Al Consumidor De Indecopi
- RESOLUCIÓN 0925-2017/SPC-INDECOPI expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución 1324-2012/SC2-INDECOPI expedida por la entonces Sala De Defensa De La Competencia N<sup>a</sup> 2 De Indecopi

- Resolución 2249-2012/SC2-INDECOPI expedida por la Entonces Sala De Defensa De La Competencia N<sup>a</sup> 2 De Indecopi
- Resolución N<sup>o</sup> 005-2012-TSC/OSIPTEL expedida por el Tribunal de Solución De Controversias De OSIPTEL
- Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional Peruano En El EXP. N.º 01514-2010-PA/TC, Fundamento 4
- Resolución 251-2014/SPC-Indecopi expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- Sentencia expedida por la Corte Suprema De La Republica En La Sentencia. N.º 86-97, Fundamento Tercero
- Resolución 0233-2017/SPC-Indecopi expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor
- Resolución 0156-2017/SPC-Indecopi expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor
- Resolución 0302-2017/SPC-Indecopi expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor
- Resolución 1448-2012/SC2-Indecopi, expedida por la Sala Especializada En Materia De Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución 00812-016/SPC-Indecopi, expedida por la Sala Especializada En Materia De Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución 3354-2013/SPC-Indecopi expedida por la Sala Especializada En Materia De Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución 0910-2016/SPC-Indecopi expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- Sentencia De Vista Recaída En El Expediente N<sup>a</sup> 1910-2015 expedida por la Quinta Sala Especializada En Lo Contencioso Administrativo Sub Especialidad En Temas De Mercado
- Resolución 2806-2016/SPC-Indecopi expedida por la Sala Especializada En Materia De Protección Al Consumidor De Indecopi

- Resolución Final N ° 113-2014/CC1 expedida por la Comisión De Protección Al Consumidor N ° 1-Sede Central De Indecopi
- Resolución 0075-2011/SC2-Indecopi expedida por la entonces Sala De Defensa De La Competencia N ° 02 De Indecopi
- Resolución 0314-2011/SC2-Indecopi expedida por la entonces Sala De Defensa De La Competencia N ° 02 De Indecopi
- Resolución 0290-2011/SC2-Indecopi expedida por la entonces Sala De Defensa De La Competencia N ° 02 De Indecopi En La, Fundamento 9
- Resolución 1448-2012/SC2-Indecopi expedida por la Sala Especializada En Materia De Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución 1449-2012/SC2-Indecopi expedida por la Sala Especializada En Materia De Protección Al Consumidor De Indecopi
- Casación 251-2012 La Libertad, Resolución expedida por la Sala Penal Permanente De La Corte Suprema De La Republica
- Casación 4506-2010 Del Santa, Resolución expedida por la Sala De Derecho Constitucional Y Social De La Corte Suprema De La Republica
- Resolución 072-2013/SPC-Indecopi, Resolución expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución 1063-2013/SPC-Indecopi, Resolución expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución 2427-2016/SPC- Indecopi, expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución 1008-2013/SPC-Indecopi, expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución 2221-2012/Sc2-Indecopi, expedida por la Sala Especializada En Protección Al Consumidor De Indecopi
- Sentencia Del Caso United States Vs. Trenton Potteries Co. (1927) Y United States Vs. Socony Vacuum Oil Co. (1940) expedida por el Segundo Circuito De Apelaciones De La Corte Suprema De Justicia De Los Estados Unidos

- Resolución N<sup>a</sup> 0161-2017/SPC-Indecopi, expedida por la Sala Especializada De Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución 0102-2017/SPC-Indecopi, expedida por la Sala Especializada De Protección Al Consumidor De Indecopi
- Resolución N ° 0183-2016/CC3, expedida por la Comisión De Protección Al Consumidor N<sup>a</sup> 03 De La Sede Central De Indecopi
- Sentencia N<sup>a</sup> 3315-2004-Aa/TC, expedida por el Tribunal Constitucional Peruano

**Infografía:**

- [https://works.bepress.com/pierino\\_stucchi/12/](https://works.bepress.com/pierino_stucchi/12/) (20 de mayo de 2017)
- <http://www.infoderechopenal.es/2013/03/principio-de-necesidad-en-derecho-penal.html>, (28 de mayo de 2017)
- <http://conacup.org.pe/proveedores-no-pueden-alegar-supuestos-de-justificacion-de-responsabilidad-salvo-los-establecidos-en-el-codigo-del-consumidor/> (29 de mayo de 2017)
- <http://www.peruconsume.com/2014/09/jurisprudencia-resolucion-n-1008.html> (29 de junio de 2017)
- <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/defecto-infraccion-ivo-gagliuffi-358324> (29 de junio de 2017)
- <http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=858> (05 de julio de 2017)
- <http://www.encyclopediainfinanciera.com/definicion-excedente-del-productor.html> (16 de julio de 2017)
- <https://image.slidesharecdn.com/excedentedelproductordelconsumidoryeficienciaadelmercado-090512034343-phpapp02/95/excedente-del-productor-del-consumidor-y-eficiencia-del-mercado-33-728.jpg?cb=1242099862> (18 de julio 2017)
- <http://servicio.indecopi.gob.pe/appcpcbucador/> (25 de julio de 2017)
- <https://debitoor.es/glosario/definicion-goodwill> (26 de julio de 2017)

- <http://www.gacetajudicial.com.do/analisis-economico/analisis-economico-responsabilidad2.html> (03 de agosto de 2017)

## **Anexos:**

### **Proyecto de investigación**

**Enunciado:** Si Adán devuelve la manzana prohibida antes de ser acusado, entonces queda perdonado, Análisis de la subsanación de infracciones como eximente de responsabilidad según el código de protección y defensa del consumidor

**Autor:** Gonzalo Renato Neira Gallegos

#### **1. Planteamiento del problema:**

Habida cuenta del dinamismo comercial y el auge de relaciones económicas en diversos sectores del mercado, es que nuestro país no es ajeno a dichos procesos, siendo que el mercado peruano es el terreno de juego donde interactúan dos grandes grupos: demandantes de bienes y servicios y ofertantes de los mismos, protagonizando en consecuencia dicho estelar los denominados consumidores y proveedores, razón por la cual dicha interacción ha propiciado que nuestro país cuente con una norma de consumo que recoja los derechos de los consumidores, así como deberes de los proveedores y demás tópicos necesarios que regulan la relación entre estos actores.

Es así que nuestro Código de protección y defensa del consumidor es la norma que regula dicho vínculo. Sin embargo, a raíz de su reciente modificación dada en el Decreto Legislativo N° 1308, se ha establecido un nuevo eximente de responsabilidad administrativa, radicado en que la subsanación de la infracción cometida por un proveedor con anterioridad al momento en que la autoridad administrativa (INDECOPI) acuse al proveedor por dicha infracción, es que dicha enmienda exonerara de responsabilidad al proveedor infractor desembocada en la improcedencia de la denuncia ( artículo 108 literal f) del Código de protección y defensa del consumidor modificado

por el DL 1308), absolviéndolo de los pecados cometidos y perdiendo el estado la capacidad de sancionar al proveedor infractor. A la par se observa se observa que el consumidor afectado por la infracción no podrá obtener un pronunciamiento de fondo por INDECOPI, siendo improcedente la denuncia que este plantee, puesto que si bien es cierto que ya habrían solucionado el problema del consumidor, lo cierto es que la modificación no ha considerado que este ya vio vulnerados sus derechos, ya tuvo un costo de oportunidad perdido, ya defraudaron sus legítimas expectativas de adquirir un servicio o producto idóneo, por lo que las disculpas y el arreglo de su problema siempre suponen una medida residual e inoportuna.

Sumado a ello y partiendo de la premisa que INDECOPI en materia de protección al consumidor protege a estos no solo otorgando medidas reparadoras de la infracción, sino que disuade a proveedores mediante la imposición de sanciones, y medidas complementarias que corrijan estas prácticas infractoras en el mercado, asimismo al sancionar a un proveedor se informa a la sociedad general que proveedores han sido sancionados por alguna infracción, sin embargo a raíz del nuevo eximente de responsabilidad dicha labor se ve obstruida en tanto aún cuando haya un proveedor que comercialice usualmente productos y servicios defectuosos, ya no se podrá sancionarlo si este se pone a derecho antes de ser acusado, originando que INDECOPI no pueda dar medidas complementarias de impacto en el mercado, ni el consumidor sabrá cuales son los proveedores que ofertan productos o servicios defectuosos, arrojándose como resultado que el proveedor no está siendo disuadido, creándose un escenario en el que prosiga cometiendo infracciones y luego subsanándolas oportunamente sin que sea sancionado. De tal forma que bien podemos trasladar la situación descrita a lo ocurrido con Adán y Eva que cometieron el pecado de probar la manzana prohibida, siendo que estos pudieran haber entregado otra manzana en su lugar antes que se diera cuenta algún ser divino, sin merecer castigo alguno, y así proseguir con esa práctica, alegando que la subsanación de su conducta los absuelve de todo pecado, pudiendo en efecto comer cuantas manzanas prohibidas hayan por las veces que deseen y luego devolver la manzana, quedando INDECOPI y los juzgadores celestiales atados de manos.



## 2. Justificación del problema:

Considerando que las relaciones de consumo entre proveedores y consumidores son encuentros sumamente frecuentes, dados en diferentes rubros del mercado y cada vez más crecientes es que analizar las modificaciones al código de protección y defensa del consumidor el asunto materia de investigación ostentan una innegable relevancia académica y más aún cuando se ha introducido un nuevo eximente de responsabilidad administrativa para el proveedor, en el cual la infracción si ha sido plenamente cometida y esta únicamente ha sido reparada, enmendada u objeto de otras medidas residuales, sin embargo dicha subsanación de la infracción con anterioridad a la imputación de cargos determina la improcedencia de la denuncia y el archivo del proceso lo cual representa un cambio sustancial que se contrapone a la anterior regulación ,puesto que antes de la dación del DL 1308, la subsanación de la conducta infractora con anterioridad a la imputación de cargos únicamente representaba una circunstancia atenuante mas no eximente, incluso la jurisprudencia emitida por la sala especializada en materia de protección al consumidor de INDECOPI, había ratificado dicha postura, por lo que el cambio en el escenario marca un punto de inflexión , pasando de un atenuante a un eximente de responsabilidad, debiendo analizarse si dicha modificación resulta acertada, así como los conflictos que pueden derivarse de ella en la correcta aplicación del sistema de protección al consumidor. Ante tal panorama el cambio suscitado requiere de un análisis conjunto de las instituciones jurídicas propias de la materia de protección al consumidor, así como la naturaleza jurídica de un atenuante y eximente de responsabilidad administrativa, y la naturaleza de las infracciones de nuestra norma de consumo conjuntamente con la jurisprudencia emitida, siendo que el estudio de tales dimensiones involucra una innegable actividad académica de investigación.

Por otro lado el eximente de responsabilidad recientemente incorporado resulta de aplicación inmediata incluso para los procesos que se hallan en trámite, siendo que las

distintas instancias de INDECOPI ya se encuentran aplicándolo, razón por la cual los operadores del derecho deben de observar obligatoriamente la naturaleza y alcances del eximente de responsabilidad analizado, dotando al asunto investigado de una pronta trascendencia jurídica que involucre un examen inmediato del DL 1308 que permita a los operadores del derecho comprender los efectos de este cambio y los extremos de su aplicación en la medida que la subsanación anterior de la conducta infractora a la imputación de cargos era considerado como un atenuante y no eximente de responsabilidad, siendo que dicho cambio es drástico en la calificación jurídica de ambas instituciones requiere de una análisis de mayor profundidad, e incluso dicha modificación no solo se ve reflejada en la norma de consumo sino que también ha sido establecida en la recientemente modificada Ley del procedimiento administrativo general . De allí que teniendo presente que la materia de protección al consumidor es el área que mayor esfuerzo y atención demanda en INDECOPI resulta necesario para el debate el análisis a nivel jurídico de este novel eximente de responsabilidad a efecto de tener una formación sólida al momento de brindar asesoría tanto a proveedores y consumidores bien sea en el marco del patrocinio de un procedimiento sancionador ,o absolución de consultas previas ante posibles vulneraciones, así como para los servidores y funcionarios profesionales en derecho que laboran al interior de INDECOPI.

El análisis de la subsanación de una infracción como atenuante o eximente bajo la óptica de nuestra norma de consumo involucra no solamente el estudio del texto literal de la norma, sino que se debe contrastar el mismo con la jurisprudencia emitida por las instancias decisoras de INDECOPI quienes han venido moldeando la subsanación de la infracción como una circunstancia atenuante, emitiendo criterios resolutivos que fijaban predictibilidad ante la vulneración de las normas de consumo, siendo que la subsanación , reparación, enmienda u otros paliativos de la conducta infractora no determinaban la improcedencia de la denuncia y a raíz de este drástico cambio se ve violentado el criterio resolutivo de INDECOPI, por lo que el asunto amerita ser analizado desde todas sus aristas para comprender si el cambio legislativo es adecuado o no, máxime que la introducción de dicha modificación resulta aparentemente dada en beneficio de los consumidores, ello es la parte débil de la relación de consumo que se halla en desequilibrio con el proveedor, por lo que con mayor razón amerita que se efectúe un análisis investigativo .

### 3. Conceptos básicos extraídos del planteamiento del problema:

#### 3.1 Consumidor:

Ahora bien, cabe definir qué se entiende por “consumidor”, siendo que según el artículo IV del Título Preliminar del Código de Consumo, se consideran consumidores a las personas naturales o jurídicas que utilicen o disfruten como destinatarios finales productos o servicios en beneficio propio, actuando en una esfera ajena a su actividad profesional o empresarial. Así, en este primer nivel de análisis, no será considerado consumidor a quienes adquieran un producto o servicio que se encuentre destinado al desarrollo de actividades que incidan directamente en el desarrollo o dirección de las actividades empresariales del adquiriente (El Cristal Roto, 2017)

**3.1.2** El Código protege a la persona natural o jurídica<sup>1</sup> que forma parte o se encuentra expuesta a una relación de consumo o en una etapa preliminar a esta, y que actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial. La relación de consumo es definida por la concurrencia de los siguientes elementos: (i) un consumidor o usuario; (ii) un proveedor; y, (iii) un producto o servicio materia de transacción comercial en el ámbito de la Ley (ver Anexo 1). La etapa preliminar a una relación de consumo hace referencia a situaciones previas a la adquisición del producto o contratación de un servicio, donde no es necesario que la relación de consumo se materialice —por ejemplo, la negativa de acceso a un establecimiento sin justificación alguna o la negativa a prestar un servicio de legalización de firma estando en una Notaría (LINEAMIENTOS DE PROTECCION AL CONSUMIDOR, página 6 ) .

**3.1.3** Así, se entiende por consumidor final a aquel adquiriente de productos o servicios que ha de utilizarlos para su consumo personal o de su entorno inmediato, extrayéndolos del mercado, por lo que se considera al consumidor final como el último eslabón de la cadena productiva. De esta manera, debe entenderse que consumidor es una definición más económica que jurídica. Así, para los economistas, consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso y satisfacer sus propias necesidades personales o familiares. Lo que busca el consumidor es hacerse con el *valor de uso* de lo adquirido, al no emplearlo en su trabajo

para obtener otros bienes y servicios. En ese sentido, participa de la última fase del proceso productivo ( BOTANA GARCÍA, pagina. 28.)

### **3.2 Proveedor:**

**3.2.1** 42. En este punto, debe tenerse en cuenta que el artículo IV numeral 2 del Código considera como proveedores, a aquellas personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. Así, la noción legal de proveedor comprende a las personas que fabrican o producen el servicio, las que actúan como intermediarios, las que contratan directamente con los consumidores y las que finalmente prestan el servicio, siendo que todos los que formen parte de dicha cadena de producción y distribución, lo cual también puede aplicarse a los conceptos de franquiciado y franquiciador, pueden resultar responsables por los posibles defectos que presente el producto o servicio prestado a los consumidores. (RESOLUCIÓN 1630-2014/SPC-INDECOPI- sala especializada en protección al consumidor, lima 19 de mayo de 2014)

**3.2.2** Personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. (Indecopi, 2017)

### **3.3 Deber de idoneidad:**

**3.3.1** 9. El artículo 18° del Código define a la idoneidad de los productos y servicios como la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a la naturaleza de los mismos, las condiciones acordadas y a la normatividad que rige su prestación. Asimismo, el artículo 19° del Código establece la responsabilidad de los proveedores por la idoneidad y calidad de los productos y servicios que ofrecen en el mercado. (...) 11. El supuesto de responsabilidad administrativa en la actuación del proveedor impone a éste la carga procesal de sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de idoneidad del bien colocado en el mercado o 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. Así, una vez acreditado el defecto por el consumidor, corresponde al proveedor acreditar que éste no le es imputable. (RESOLUCIÓN N<sup>a</sup> 0011-2017/SPC-INDECOPI de la Sala Especializada en Protección al consumidor, lima 02 de enero de 2017)

**3.3.2** Así, podemos establecer que el deber de idoneidad constituye la obligación general de todo proveedor de cumplir con los ofrecimientos efectuados al consumidor y con las expectativas de este, con respecto a la calidad, uso, duración, origen, contenido y demás características de los productos o del servicio contratado. Debe quedar claro que la idoneidad no implica que los proveedores deban entregar al consumidor todo lo que es tos esperan del producto o servicio con independencia de los términos ofrecidos y contratados, sino que los límites de la obligación del proveedor se ajustan precisamente a lo ofrecido, negociado y contratado. ( Christian Northcote Sandoval, paginas X-1 a X-4)

### **3.4 Principio de razonabilidad**

**3.4.1**La razonabilidad, en sentido estricto, implica que los fines perseguidos por la limitación a los intereses de los administrados sean válidos y legítimos en un Estado de Derecho. Si los fines de dichos actos de gravamen tienen por finalidad justificar un comportamiento arbitrario, autoritario o discriminatorio por parte de la Administración Pública es evidente que la misma viola el principio de preferencia por los derechos fundamentales y deviene en inconstitucional. ( Christian Guzmán Napurì, página 239)

**3.5.1** por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional ( EXP. N.º 2235–2004–AA/TC, de 18 de febrero de 2005)

### **3.6 Principio de proporcionalidad**

**3.6.1** la aplicación del principio implica determinar si «la medida sancionada por el legislador sea apropiada y necesaria para alcanzar el objetivo perseguido. El medio es apropiado, cuando por su naturaleza favorece el resultado deseado; es necesario cuando

el legislador no tiene la posibilidad de elegir otro medio así de eficaz, pero que no conlleve un daño al derecho fundamental o que signifique un daño menor». Esto, a su vez, lleva a que la afectación «no debe tener una intensidad que no guarde relación con la importancia del objeto y los inconvenientes que se imponen al ciudadano ( Pedro José Jorge Coviello, página 145)

**3.6.2** Así las cosas, el legislador, a la hora de diseñar y definir las sanciones correspondientes, deberá hacer un examen –que la doctrina especializada ha llamado global– que comprende los costos y beneficios de las sanciones contenidas en las leyes. De forma tal que el legislador, en el momento de realizar el juicio de valor para determinar la sanción, tendrá que tener en cuenta tanto la gravedad de la medida contemplada, los costos de aplicación que implica la sanción y otras consecuencias negativas que podrían derivarse de la misma.(Maria Lourdes Ramírez Torrado, página 162,)

### **3.7 Infracción administrativa:**

**3.7.1** Las infracciones pueden producirse mediante acciones u omisiones La acción puede ser entendida como una manifestación de la personalidad, lo cual supone una exteriorización de la realidad interior del individuo, de su forma de ser. Esta caracterización de la acción comprende tanto las conductas de las personas físicas como de las jurídicas, constituyendo además una base mínima a la cual se pueden referir las categorías de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. (Frank Roger Espinoza Laureano, página 33)

### **3.8 Medidas correctivas**

**3.8.1** Las medidas correctivas consisten básicamente en órdenes de cese — obligaciones de hacer o de no hacer, incluso bajo determinadas condiciones— que puede imponer la Agencia de Competencia. Como suele ocurrir con los conceptos jurídicos, la mejor forma de entender esta figura, y aplicarla correctamente, es a través de la consideración de sus objetivos. ( Anuario Andino, 2017)

**3.8.2** Son medidas típicas incardinadas en la competencia de los organismos que ostentan la potestad fiscalizadora como los organismos técnicos especializados y municipalidades. 3. Son medidas de protección a posteriori para contrarrestar los efectos negativos de una vulneración ya producida, ya que su adopción siempre tiene como

presupuesto de hecho un incumplimiento a una determinada norma sectorial que puede llegar o no a calificarse como una infracción administrativa. ( Lourdes Boulanger Atoche, Pagina 60)

### **3.9 Circunstancias atenuantes de responsabilidad:**

**3.9.1** Ahora bien, cuando se trata de atenuantes genéricas que identifican una menor antijuridicidad del hecho o una menor culpabilidad de su autor, ellas producen como consecuencia una menor punibilidad o posibilidad de sanción del delito, y van a determinar una pena concreta menor. (Víctor Prado Saldarriaga, página 34)

**3.9.2** Como se sabe las circunstancias atenuantes son las particularidades de tiempo, lugar, condición, modo, o estado previstas por el ordenamiento que pueden aparecer o no en el momento de la comisión del ilícito. Ellas ocasionan que una misma falta administrativa pueda ser legalmente sancionada de diferentes maneras con medidas punitivas contextualizadas a cada caso, de suerte que cuando concurren se propende aminorar el quantum o la modalidad de punición administrativa. (Juan Carlos Morón Urbina, Libro Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, página 809)

### **3.11 Subsanación de conducta infractora:**

**3.11.1** Subsanar implica tener que reparar o remediar un defecto o resarcir un daño ocasionado, en este caso a la administración o a un tercero. La situación que nos plantea la norma se haya referido al caso del infractor que reconociendo su ilícito realiza el acto debido. No solo se trata de un pasivo arrepentimiento por el ilícito sino procurar de manera espontánea la reparación del mal o daño causado. Para ser valiosa la subsanación debe ser realizada sin instigación de la autoridad y oportuna esto es en cualquier momento antes de la notificación de imputación de cargos. (Juan Carlos Morón Urbina, Libro Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, página 809)

#### **4. Interrogantes y objetivos:**

**4.1 Interrogante General:** ¿Debe ser considerada la subsanación de la conducta infractora a las disposiciones del código de protección y defensa del consumidor como una circunstancia eximente de responsabilidad?

**Objetivo General:** Determinar si la subsanación de la conducta infractora a las disposiciones del código de protección y defensa del consumidor como una circunstancia eximente de responsabilidad

**4.1.2 Interrogante específica:** ¿Cuál es la naturaleza jurídica de una circunstancia eximente de responsabilidad administrativa?

**Objetivo específico:** establecer la naturaleza jurídica de una circunstancia eximente de responsabilidad administrativa

**4.1.3 Interrogante específica:** ¿Que criterios existen para la valoración de los remedios, subsanaciones o paliativos que ofrecen los proveedores ante la comisión de una infracción administrativa al CÓDIGO de protección y defensa del consumidor?

**Objetivo específico:** Identificar los criterios existen para la valoración de los remedios, subsanaciones o paliativos que ofrecen los proveedores ante la comisión de una infracción administrativa al CÓDIGO

**4.1.4 Interrogante específica:** ¿Cuál es el objetivo de INDECOPI ante la comisión de infracciones que vulneren los derechos de los consumidores?

**Objetivo específico:** Establecer el objetivo de INDECOPI ante la comisión de infracciones que vulneren los derechos de los consumidores

#### **5. Antecedentes investigativos:**

Tesis: Úrsula Luzmila Meza Villamonte, Aplicación Del Modelo De Regulación TwinsPeaks Para La Simplificación Del Sistema De Atención De Reclamos En Materia



De Productos Y Servicios Financieros, Pontificia Universidad Católica Del Perú, Lima 2015.

Artículo:Hugo Gómez Apac, Susan Isla Rodríguez Y Gianfranco Mejía Rodríguez, Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor, Revista Derecho y Sociedad Edición 34, páginas 134 a 146, junio 2010, Lima.

## **6. Hipótesis:**

Dado que la subsanación de la infracción a las disposiciones del código de protección y defensa del consumidor con anterioridad a la imputación de cargos es un eximente de responsabilidad que determina la improcedencia de la denuncia

Es probable que se generen efectos nocivos en mercado, generándose incentivos en la comisión de infracciones por parte de los proveedores que distorsionen las buenas prácticas de consumo en el mercado.

## **7. Esquema del informe:**

- 7.1 Desarrollo de los conceptos de proveedor, consumidor, relación de consumo, así como explicación del deber de idoneidad en la comercialización de productos y servicios
- 7.2 Estudio de la naturaleza jurídica de las infracciones administrativas al código,
- 7.3 Análisis de la naturaleza jurídica de un atenuante y un eximente de responsabilidad, analizando los otros eximentes de responsabilidad que ofrece el código
- 7.4 Análisis de la subsanación la conducta infractora a las disposiciones del código y la interpretación jurisprudencial emitida por la Sala especializada en materia de protección al consumidor de INDECOPI.,
- 7.5 Aplicación de principios de razonabilidad y proporcionalidad ante la subsanación u ofrecimiento de remedios o reparaciones ofrecidas por el proveedor ante una infracción.
- 7.6 Efectos de la subsanación de la infracción como eximente de responsabilidad en el sistema de protección al consumidor.

## **8. Marco operativo:**

## 8.1 Fuentes de consulta:

**8.1.1 Fuentes primarias:** legislación, jurisprudencia y doctrina a nivel nacional

**8.1.2 Fuentes secundarias:** legislación, jurisprudencia y doctrina a nivel nacional

## 8.2 Estrategia Metodológica

8.2.1 En primer lugar, se desarrollará los conceptos de los integrantes de la relación de consumo, así como los principales derechos y deberes que asumen consumidores y proveedores, enfatizando la definición del deber de idoneidad y calidad en la comercialización de productos y servicios.

8.2.2 En segundo lugar, se analizará la naturaleza jurídica de las infracciones al código de protección y defensa del consumidor, observando si estas son de mera inobservancia de la norma o se requiere de otros presupuestos adicionales.

8.2.3 En tercer lugar, se estudiará la naturaleza jurídica de un eximente de responsabilidad con atenuante y examinar cual es la naturaleza que realmente ostenta la subsanación de la conducta infractora a las disposiciones del código de protección y defensa del consumidor con anterioridad a la imputación de cargos, observado la jurisprudencia emitida por las instancias decisoras de INDECOPI.

8.2.4 En cuarto lugar, se procederá a analizar la aplicación de figuras jurídicas tales como la razonabilidad, proporcionalidad que permiten graduar las infracciones cometidas por los proveedores considerando que estos subsanaron su conducta infractora, valiéndonos de jurisprudencia emitida por las instancias resolutorias de INDECOPI.

8.2.5 En quinto lugar, se examinará los efectos de la subsanación de la infracción como eximente de responsabilidad en el sistema de protección al consumidor y finalmente se propondrá un proyecto de ley que modifique el código de protección y defensa del consumidor, el cual ira orientado a establecer la subsanación de la infracción con anterioridad la imputación de cargos como una circunstancia atenuante de responsabilidad con mayores beneficios.

### 9. Cronograma:

Tiempo Actividades	MARZO				ABRIL				MAYO				JUNIO			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1.- Aprobación del Proyecto de Investigación				X												
2.- Revisión de la bibliografía				X	X											
3.- Elaboración del marco teórico						X	X									
4.- Formulación del planteamiento operacional							X	X								
5.- Recolección de datos									X	X						
6.- Ordenación de datos										X	X					
7.- Redacción de sugerencias y conclusiones												X				
8.- Redacción informe final													X	X		

### 10. Bibliografía

**Bibliografía sobre los conceptos básicos del problema de investigación:**

El Cristal roto (16 de marzo de 2017) extraído de <http://elcristalroto.pe/regulatorio/proteccion-al-consumidor/la-definicion-actual-de-consumidor-segun-el-indecopi>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia (2015), LINEAMIENTOS DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.

BOTANA GARCÍA, Gema y Mc Graw Hill. (1999) Artículo para el Curso sobre la protección jurídica de los consumidores., Madrid. p. 28

RESOLUCIÓN 1630-2014/SPC-INDECOPI (2014); fundamento 9 y 11; Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y protección de la propiedad intelectual de INDECOPI, Lima 19 de mayo de 2014.

Indecopi (16 de marzo de 2017) extraído de <https://www.indecopi.gob.pe/web/atencion-al-ciudadano/-quienes-son-los-consumidores-y-proveedores>

Christian Northcote Sandoval (2013); Criterios del INDECOPI sobre el deber de idoneidad en Revista Actualidad Empresarial Edición N° 290, paginas X-1 a X-4, Lima.

Christian Guzmán Napurì, (2014); Los principios Generales del Derecho administrativo en Revista Ius Et Veritas , edición N° 37, página 239, Lima

EXP. N.º 2235–2004–AA/TC (2005); fundamento 6; Tribunal Constitucional del Perú

Pedro José Jorge Coviello, (2011) El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo en Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Edición N° 67 2011, página 145

Maria Lourdes Ramírez Torrado (2010), Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano, en Revista Estudios Socio-Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario de Colombia, página 162, Edición Enero-junio 2010, Colombia

Frank Roger Espinoza Laureano (2013); Tesis: La Infracción Administrativa Laboral, pagina 33, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Anuario Andino (17 de marzo de 2017) extraído de : <http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario04/Art18/ANUARIO%20ANDINO%20ART18.pdf>

Lourdes Boulanger Atoche (2015) , Tesis : la naturaleza no indemnizatoria de las medidas correctivas y su régimen jurídico en el derecho administrativo peruano , especial referencia al código de protección y defensa del consumidor ,Pagina 60, Universidad de Piura.

Víctor prado Saldarriaga (2016) , Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal en Revista Themis Edición Nª 68, página 34, Lima

Juan Carlos Morón Urbina, Libro Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, página 809

**Bibliografía sobre metodología de la investigación jurídica:**

Amado Mendoza, A. M. (2014) *Guía de Taller de Investigación Jurídica*. Arequipa: Programa Profesional de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.

Amado Mendoza, A. M. (2014) *Guía Metodológica de Investigación Jurídica*. Arequipa: Programa Profesional de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.

Cáceres Arce, J. L.; Amado Mendoza, A. M. & Chirinos Pacheco de Rivero, C. P. (2011) *Guía Académica para la Investigación Jurídica*. Arequipa: Universidad Católica de Santa María.

Ramos Núñez, C. (2014) *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. (Segunda ed.) Lima: Gaceta Jurídica.

Sumari Buendía, J. F. (2009) *Metodología de la Investigación*. Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín, Facultad de Derecho.

**11. Anexos:**

**11.1. Ficha bibliográfica:**

Ficha bibliográfica N°	
Autor	
Título	

Editorial		Lugar y año	
Biblioteca			

Ficha de observación estructurada N°	
Casación N°	
Fecha de publicación en El Peruano	
Sala Suprema	
Fundamento del recurso de casación	
Considerando	
Sentido del fallo	

