

**Pontificia Universidad Católica del Perú**  
**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor**

**¿Libertad de empresa?, reflexiones sobre el alcance de las medidas correctivas en procedimientos de protección al consumidor y su repercusión en el modelo de negocio.**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor**

**AUTORA**

Marilú Rocío Lazo Mac Dowall

**ASESOR**

Gustavo Rodríguez García

**CÓDIGO DE LA ALUMNA:**

20122466

2020

## RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo principal analizar la posibilidad de que mediante la imposición de medidas correctivas se pueda trastocar el modelo de negocio previamente estructurado por el proveedor para satisfacer la demanda de sus consumidores.

Las medidas correctivas al igual que las sanciones, pertenecen a las medidas de policía administrativa que la Administración Pública puede imponer a los administrados. Sin embargo, de acuerdo a lo señalado por la normativa administrativa y doctrina aplicable, su finalidad difiere, mientras que las sanciones tienen un objetivo punitivo, las medidas correctivas buscan reparar las situaciones generadas a propósito de la comisión de la infracción, así como procurar que estas no vuelvan a pasar, es decir, en teoría el fin punitivo queda de lado (aunque a lo largo del texto veremos que existen muchas situaciones grises que nos pueden llevar a cuestionar esta diferencia). En ese sentido, la imposición de medidas correctivas no implica las garantías del procedimiento sancionador que sí resguardan la imposición de sanciones, no obstante, podrían llegar a ser incluso más gravosas que las propias sanciones, como es en el caso que trastoquen la estructura más valiosa de cualquier empresa, es decir, su modelo de negocio.

Por otro lado, es importante resaltar que el modelo de negocio responde a un cuidadoso análisis e inventiva del empresario para concurrir en un mercado y lograr la preferencia del consumidor. En este sentido, es de suma importancia preservarlo de la forma en la que éste lo planteó, sobre todo si es que dicha configuración de negocio no implica la vulneración de ninguna disposición normativa.

## INDICE

<b>RESUMEN</b> .....	2
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>SOBRE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS</b> .....	6
<b>3.1 Naturaleza de las medidas correctivas en los procedimientos de protección al consumidor</b> .....	6
<b>3.2 Reflexiones sobre el alcance de las medidas correctivas y su repercusión en el modelo de negocio</b> .....	9
<b>SOBRE EL MODELO DE NEGOCIO</b> .....	22
<b>4.1. Relevancia de la delimitación del modelo de negocio a cargo del propio proveedor</b>	22
<b>4.2. El efecto real de las estipulaciones contractuales</b> .....	24
<b>CONCLUSIONES</b> .....	28
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	30

## INTRODUCCIÓN

El código de protección al consumidor permite que los derechos de los consumidores no sean vulnerados en las relaciones de consumo. Por su lado, el artículo 59 de la Constitución peruana reconoce el derecho a la libertad de empresa de los proveedores, el cual, abarca la libertad de organización. Esta libertad implica que los proveedores pueden decidir qué forma societaria adoptar, el número de trabajadores que necesitarán contratar, sus políticas de precio, si desean ofertar determinados productos o servicios con determinadas condiciones, y en general, cómo organizarán su empresa. Pero, la organización de la empresa no es del todo antojadiza ni responde a la espontaneidad del proveedor, sino que, implica un previo estudio del mercado, así como el planteamiento concreto de un modelo de negocio específico. Dicho modelo de negocio responderá a una selección pensada y cuidadosa de los atributos de la oferta que, a juicio del proveedor, serán los más valiosos para el consumidor. De esta forma, incentivará el consumo del producto o servicio en cuestión. La selección de los atributos de la oferta que configuran el modelo de negocio del proveedor debe mantener un equilibrio entre las particularidades del producto o servicio que el consumidor espera recibir, y el precio que está dispuesto a pagar. Por ello, entre las muchas bondades que un proveedor puede atribuirle a un determinado producto o servicio, deberá seleccionar solo las que son más valiosas para el consumidor, sin las cuales, no compraría lo que se le ofrece, pues de lo contrario, solo incrementaría sus costos de producción a tal grado que haría imposible establecer un precio que el consumidor esté dispuesto a pagar. Evidentemente, el cumplimiento de las obligaciones dictadas por la normativa aplicable al producto o servicio en cuestión, no podrán ser pasadas por alto, estas deberán ser cumplidas a cabalidad.

En este sentido, si bien el modelo de negocio está cuidadosamente estructurado para satisfacer las necesidades de su mercado, muchas veces ocurre que en el marco de un procedimiento de protección al consumidor se dispongan medidas correctivas que terminen vulnerando la libertad que tienen las empresas para estructurar su modelo de negocio. Como, por ejemplo, en el caso que, Indecopi decida imponer como medida correctiva la declaración de inexigibilidad de determinadas cláusulas, que, a su juicio, son identificadas como abusivas. Muchas veces, esto sucede porque Indecopi ha interpretado de forma extensiva los derechos de los consumidores, lo cual, sin duda, puede acarrear mayores consecuencias negativas que positivas en el largo plazo. De esta forma, la

imposición de ciertas medidas correctivas que incidan en la oferta del proveedor puede generar cambios significativos en el modelo de negocio planteado por el proveedor, como, por ejemplo, la generación de “riesgos no deseados” o la falta de herramientas para desincentivar ciertas conductas del consumidor.

De esta forma, el objeto del presente artículo será analizar cómo es que la imposición de ciertas medidas correctivas puede generar una afectación al modelo de negocio válidamente establecido al amparo del derecho a la libertad de empresa que tienen todos los proveedores. Es relevante realizar este análisis porque permitirá evidenciar cómo es que Indecopi se vale de la figura de la medida correctiva para realizar acciones que no se condicen con su naturaleza.

En este sentido, en primer lugar, analizaremos la naturaleza jurídica de las medidas correctivas, su finalidad, y el alcance de sus dos vertientes: las medidas correctivas reparadoras y las complementarias. Posteriormente, haremos mención a algunos puntos que deben ser considerados al momento de analizar la necesidad de imponer medidas correctivas y cómo es que éstas pueden trastocar el modelo de negocio del proveedor.

En segundo lugar, centraremos el análisis en el modelo de negocio. En este sentido, verificaremos cómo es que se configura la oferta del proveedor, la importancia de que sea él mismo el que delimite su oferta, de tal forma que concurra en el mercado con las estipulaciones que él considere eficientes y que implique los riesgos que él esté dispuesto a asumir, y en esa línea, no se vulnere el derecho a la libertad de empresa. Posteriormente, ahondaremos en la relevancia de analizar el efecto real de las estipulaciones contractuales, pues muchas veces, Indecopi decide inaplicar muchas estipulaciones por considerarlas abusivas o que vulneran los derechos de los consumidores, simplemente, porque en apariencia no les son “favorables”, pero que, luego de un análisis de su contexto y del mercado en el que actúan, resulta que ese no era el caso. De esta forma, es importante tener en cuenta que la eficiencia de los términos contractuales no pasa porque estos sean más beneficiosos para los consumidores, sino porque incrementen el bienestar en términos generales.

## **SOBRE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS**

### **3.1 Naturaleza de las medidas correctivas en los procedimientos de protección al consumidor**

De acuerdo a la regulación general administrativa, es decir, según lo señalado en el artículo 232 de la Ley General del Procedimiento Administrativo General (en adelante, “LPAG”):

“Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son **compatibles con el dictado de medidas correctivas** conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, (...) Las medidas correctivas deben estar previamente **tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados** que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto” (el subrayado es nuestro).

Adicionalmente, tal como lo señala Miguel Casino:

“Las medidas de tipo reparatorio, aun cuando traen causa también de un procedimiento previo, son simplemente declarativas del régimen jurídico sustantivo de referencia no respetado, **y su contenido (...) carece de todo contenido aflictivo**, sin añadir ni quitar nada a la posición jurídica del infractor”<sup>1</sup> (el subrayado es nuestro).

De esta forma, tal como lo menciona Miguel Casino, las medidas correctivas difieren de las sanciones impuestas por la Administración Pública, dado que estas últimas tienen una finalidad punitiva, que desincentive al administrado de realizar conductas que pueden infringir las normas. Mientras que, la finalidad de las medidas correctivas es reparar la situación alterada y devolverla a su estado anterior, al momento previo a la comisión de la infracción. O cuando menos esta es la diferencia que se plantea a nivel normativo y en doctrina en referencia a estas figuras de policía administrativa, pero como veremos posteriormente, en la práctica, esta diferencia puede no ser del todo clara.

---

<sup>1</sup> CASINO, Miguel, (2000), “La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía: comentarios a la STS del 2 de febrero de 1998, artículo 2060”. En *Reala*, No. 283, pp 571-572. Consulta: 18 de diciembre de 2020. <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/9065/9114>

De otro lado, tal como lo señala Morón Urbina, las medidas correctivas son: “*Medidas de restablecimiento de la legalidad (que) reponen el orden legal vulnerado por el infractor*”<sup>2</sup>. Dado que, después de todo, el establecimiento de una sanción no obliga a cumplir con las obligaciones legales que ocasionan la infracción en primer lugar.

En ese sentido, ante la comisión de una infracción administrativa, la Administración Pública, además de imponer una multa, también busca subsanar la situación alterada o evitar que esta se vuelva a repetir en el futuro mediante la imposición de medidas correctivas. Sin embargo, estas de igual forma pertenecen al poder de policía que ostenta la Administración. De hecho, al estar ambas en el marco del poder de policía, muchas veces su imposición se puede confundir, tal como lo señala Noelia Carreras: “*la retirada de un permiso de conducir es unas veces sanción administrativa y otras una medida para garantizar la seguridad del tráfico*”<sup>3</sup>, es decir, esta última tiene la función de medida correctiva. Es más, si miramos el caso de Argentina, vemos que, en su norma de protección al consumidor, las medidas tales como: decomiso, clausura, suspensión de actividades (en Perú, medidas correctivas), son consideradas sanciones administrativas<sup>4</sup>.

Por otro lado, a fin de tener un panorama claro de las medidas correctivas en nuestra área específica de estudio, debemos señalar cuáles son los tipos de las medidas correctivas contempladas por el Código de protección al consumidor (en adelante, el “Código”):

- **Medidas correctivas reparadoras:** resarcen las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa. Estas no tienen naturaleza indemnizatoria. Aunque, tal como lo menciona el profesor Moisés Rajanovinschi sí es posible considerar que otorgan “indemnizaciones a cuenta”<sup>5</sup> en atención a lo dispuesto en el artículo 115.7 del Código, por el que la satisfacción patrimonial que obtenga el consumidor con

---

<sup>2</sup> MORON, Juan Carlos, (s/a), “Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. En Círculo de Derecho Administrativo

<sup>3</sup> CARRERAS, Noelia, (2011), “Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú” En Revista de Derecho PUCP No. 67, pp.500.

<sup>4</sup> BOULANGGER-ATOCHE, Lourdes, (2015), “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. En Repositorio Institucional Pirhua, pp.36.

<sup>5</sup> RAJANOVINSCHI, Moisés, (2015), “Los dilemas para consumir justicia: algunos alcances de la tutela procesal del consumidor en la vía administrativa y el arbitraje de consumo”. En Revista de Derecho PUCP Número 75, pp. 235.

ocasión de la medida correctiva, luego se descontará de la indemnización patrimonial que se solicite en vía judicial.

- **Medidas correctivas complementarias:** revierten los efectos de la conducta infractora o evitan que esta se produzca nuevamente en el futuro. Al respecto, esta medida en realidad no solo responde a la denuncia del consumidor, sino que, está enfocada en que la infracción no se cometa a posterior, con ningún otro consumidor. Así lo menciona Morón Urbina: *“el alcance de una medida correctiva comprende no solo a los perjudicados que participen en el procedimiento administrativo, sino también a todos los administrados o afectados por los hechos ilícitos”*<sup>6</sup>

Por otro lado, tal como podemos observar de las últimas líneas del artículo 132, las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables, ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados.

En primer lugar, respecto a estar “previamente tipificadas”, vemos que, en nuestra área específica de análisis, es decir, dentro de lo dispuesto en el Código, tenemos el artículo 115, que dispone cuáles son las medidas correctivas reparadoras. Algunas de estas medidas son: reparar productos, cambiar productos por otros idénticos o de similares características, entregar un producto de idénticas características, cumplir con ejecutar la prestación, etc. En el mismo sentido, el artículo 116 tipifica las medidas correctivas complementarias, entre las que están: el decomiso o destrucción de mercaderías, publicar avisos rectificatorios o informativos, atender solicitudes de información requeridas, declarar inexigibles cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento, entre otros.

No obstante, el listado señalado tanto en el artículo 115 como en el 116 no son las únicas medidas que se pueden tomar, es decir, no son listados *numerus clausus*. Al respecto, Morón Urbina señala: *“Si bien lo ideal, sería contar con un listado taxativo de medidas, en la práctica ello no ocurre. No obstante, es indispensable incluir un listado más o menos amplio de aquellos mandatos posibles de dictar a cada autoridad. A eso le reconoce la doctrina como atender al principio de tipicidad o nominatividad por el cual estos mandatos deben ser típicos”*<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Op cit., pp.112.

<sup>7</sup> Op.cit., pp.149.

En este sentido, tal como lo menciona Morón, el escenario ideal implicaría tener un listado taxativo que disminuya significativamente la discrecionalidad de las autoridades para disponerlas. Por ello, el literal i) del artículo 115 señala que se podrán imponer “otras medidas reparadoras análogas de efectos equivalente a las anteriores”, con lo cual, reduce el espectro de mandatos posibles que podría dictar la autoridad administrativa. Sin embargo, el literal f) del artículo 116 es más flexible respecto a sus límites cuando señala: “cualquier otra medida correctiva que tenga el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro”. En este sentido, si bien la LPAG señala el elemento típico para este tipo de medidas, en el caso del Código, se mantiene cierta flexibilidad.

Por otro lado, también deben ser razonables y proporcionales con el bien jurídico protegido. En ese sentido, Morón Urbina señala: “*Así sucedería si, por ejemplo, por una infracción se aplicara una multa de valor ínfimo y se adopte como correctiva, la clausura del negocio*”<sup>8</sup>, y luego, tal como señala Carretero en base a jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, “*determinadas medidas de policía desproporcionadas equivalen a una sanción*”<sup>9</sup>

Al respecto, tal como se ha señalado, no será posible que mediante una medida correctiva se impongan medidas desproporcionalmente gravosas y no ajustadas a la finalidad de los bienes jurídicos que buscan proteger.

### **3.2 Reflexiones sobre el alcance de las medidas correctivas y su repercusión en el modelo de negocio**

A efectos de contextualizar este apartado, haré alusión a dos casos resueltos por Indecopi en el que podremos ver cómo es que las medidas correctivas impuestas, terminan tergiversando el modelo de negocio que plantearon los proveedores en cuestión.

#### **a) Caso Cineplanet (Resolución No. 0219-2018/SPC-Indecopi)**

Este caso inició a propósito de la denuncia de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (“Aspec”) en contra de Cineplex S.A. (“Cineplanet”) básicamente porque los consumidores no podían comprar los snacks para ver sus películas fuera de la confitería del Cine. A criterio de Indecopi, esta característica del servicio de Cineplanet era una

---

<sup>8</sup> Op.cit., pp.154.

<sup>9</sup> Ibidem.

cláusula abusiva. En ese sentido, dejaron de lado por completo el hecho que, su actividad económica no estaba solo dirigida a la proyección de películas, sino que, también tenía que ver con el expendio de productos comestibles a modo de acompañamiento de la actividad principal, es decir, la proyección de películas. De esta forma, básicamente perjudicaron gran parte de la actividad de Cineplanet en base a que la supuesta “limitación a la elección” constituía una infracción a los derechos de los consumidores, sin tener en cuenta que ésta respondía al modelo de negocio que válidamente planteó Cineplanet.

#### **b) Caso Empresa de Transporte Turismo Mer (Resolución No. 0012-2018/SPC-Indecopi)**

Este fue un caso iniciado de oficio por la Oficina Regional de Indecopi de Puno, en tanto consideró que varias de las cláusulas de su servicio de transporte resultaban no idóneas para el servicio que prestaban. Entre ellas:

- La anulación del viaje podía realizarse antes de las 24 horas de iniciado, siendo que Turismo Mer tenía la potestad de cobrar el 70% del costo del boleto.
- No se debía incluir en el equipaje artículos de valor (dinero y joyas), y sí es que se trasladaban en contra de lo indicado, su pérdida no estaría sujeta a indemnización.

Dejando de lado que ninguna de estas cláusulas implicaba una infracción a ninguna disposición legal (ni sectorial ni específica en materia de protección al consumidor), la Sala decidió hacer una interpretación extensiva de los supuestos normativos en los que estas cláusulas podrían encajar como “infracciones” y en base a ello decidió sancionarla y señalar como medida correctiva que esta empresa de transportes no podía continuar con estas estipulaciones contractuales.

Brevemente debemos señalar que tales estipulaciones contractuales pertenecían al modelo de negocio de dicha empresa, pues, en el caso de la primera cláusula implicaba que el consumidor no podía dejar de contratar con ellos sin pagar una penalidad por ello, y en el segundo caso, que el consumidor no podía exigir a Turismo Mer que le indemnice por la pérdida de artículos de valor que Turismo Mer señaló expresamente que no cubriría. En ese sentido, realizar este cambio implicaría que Turismo Mer tuviese que asumir riesgos no deseados, al menos, no en la forma en la que había estructurado su negocio.

Claramente, no estamos hablando de modelos de negocio que van evidentemente en contra de las disposiciones del Código, o de otras aplicables, sino de aquellos que, bajo una interpretación extensiva de Indecopi respecto de los supuestos de hecho que implicarían infracción, son sancionados y conminados a cambiar aquella parte de su negocio que, de acuerdo al criterio de Indecopi, podría afectar los derechos de los consumidores.

En ese sentido, ¿cuáles son sus límites? Al respecto, Acosta y Martínez señalan:

“¿Cuál es la tendencia marcada que se observa en las disposiciones de policía? Es limitar la acción, el campo de actividad del particular en vista de los intereses generales, públicos, que persigue el Estado, **desde luego esa limitación debe estar siempre de acuerdo con los cánones o con las disposiciones que en cada constitución señalen un límite o señalen una esfera específica al particular**”<sup>10</sup>  
(el subrayado es nuestro).

De igual forma, O.H Thormodsgard, señala “*la ley promulgada no debe restringir indebida o irrazonablemente a una persona en la adquisición de una propiedad o el uso de sus derechos de propiedad, o el libre ejercicio de su libertad de contrato*”<sup>11</sup>

De esta forma, y como todo en general, la imposición de medidas de policía administrativa tiene como límite la esfera de derechos que tiene el administrado. En el caso de los expedientes expuestos líneas atrás, ambos proveedores tienen el derecho a la libertad de empresa que protege su libertad de colocar las estipulaciones contractuales que ellos consideren adecuadas. Una vez más, este límite no opera en lo absoluto si es que efectivamente se trata de estipulaciones contractuales que son claramente contrarias a la normativa aplicable, por ejemplo, si se tratan de claras cláusulas abusivas que colocan al consumidor en una situación de desventaja frente al proveedor. Pero el punto importante es que, el hecho de que exista este derecho a favor de los proveedores pone sobre la mesa la obligación que tiene la administración pública de no identificar una presunta disposición contractual ilegal e inaplicarla sin más, sino que tiene que voltear al

---

<sup>10</sup> ACOSTA Miguel y Rafael Martínez (s/f) “Política Administrativa Poderes de Policía y Facultades de Policía” en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 4.

<sup>11</sup> THORMODSGARD, O (1948-1949) “Liberty against Government”. Illinois Law Review No. 43(6), pp. 897-900. Cita original: “the law as enacted must not unduly or unreasonably restrict a person in the acquisition of property, or the use of his rights in property, or the free exercise of his freedom of contract”

proveedor y entender cuando menos por qué la utilizó, cuál es su finalidad en la actividad del proveedor. Es posible que de ese análisis reafirme la ilegalidad de la cláusula consignada por el proveedor o de otro lado, que verifique la razonabilidad de la misma y que finalmente no termina siendo un perjuicio para el consumidor. El tema principal es que la autoridad administrativa debe preocuparse por comprender el papel de la estipulación contractual en el modelo de negocio y en base a ello decidir, no es posible hacerlo de espaldas al planteamiento del proveedor.

En el mismo sentido, el Expediente 00535-2009-PA/TC lo confirma:

“Este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto”<sup>12</sup>

En otro sentido, tal como lo menciona Brewer-Carías, *“la actividad de policía es una actividad sometida al derecho, de carácter reglada, primero en cuanto a la determinación de las limitaciones a los derechos y libertades para garantizar el orden público y para evitar la lesión de los derechos de los demás”*<sup>13</sup> En este sentido, aquella normativa que restringe la facultad de las empresas para establecer su negocio de la manera que consideren conveniente tiene que estar reglada, es decir, tiene que cumplir con el principio de tipicidad. De esta forma, los empresarios tendrán predictibilidad respecto de aquellas disposiciones que no puede infringir su modelo de negocio.

A modo de ejemplo, en el caso de la empresa de Transporte Turismo Mer reseñado previamente, se vio que Indecopi le sancionó, entre otros, porque Turismo Mer no quería indemnizar la pérdida de los artículos de valor que los consumidores podían trasladar, pese a que Turismo Mer antes de la contratación indicaba que no lo haría y que si el consumidor deseaba trasladarlos corría bajo responsabilidad suya (no olvidemos que no se trataba de cualquier equipaje, sino que la restricción iba dirigida a los artículos de valor exclusivamente, es decir, sobre aquellos en los que su pérdida no habría acarreado una indemnización “por peso” -de acuerdo a la normativa aplicable- sino que implicaría una indemnización respecto al valor del artículo). En esta medida, no existía ninguna

---

<sup>12</sup> Sentencia del Expediente No. 00535-2009-PA/TC

<sup>13</sup> BREWER-CARÍAS, Allan (1991) “Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de la policía administrativa”. En Revista de Derecho Público No. 48, pp.62.

disposición normativa, ni sectorial ni relativa en materia de protección al consumidor, que obligara a Turismo Mer a trasladar bienes que ellos consideraban valiosos, cuya pérdida podría significar un serio riesgo que, válidamente, no estaban dispuestos a asumir. Sin embargo, bajo el análisis del Indecopi, cualquier artículo de valor era perfectamente subsumible bajo la categoría de equipaje, con lo cual, todas las disposiciones aplicables a la pérdida de los mismos eran perfectamente extensibles al caso de los artículos de valor, razonamiento que por supuesto no comparto y en el que me baso para señalar que exigir la inaplicación de esa cláusula correspondía una injerencia no autorizada de Indecopi en el modelo de negocio planteado por Turismo Mer.

En este sentido, las medidas de policía administrativa, dado el gravamen que generan en la esfera jurídica del proveedor, solamente deben ser aplicadas producto de la determinación típica de las actividades que pueden limitar las libertades de los individuos, en este caso, de las actividades que pueden legalmente limitar la libertad de empresa.

Por otra parte, Brewer-Carias también se refiere a una característica clave para la aplicación de las medidas correctivas:

**“Las medidas deben ser de aplicación restrictiva, en el sentido de que deben estar guiadas por el principio de la interpretación más favorable respecto de la libertad; es el principio llamado “favor libertatis” o “in dubio pro libertad”.** Ello resulta del hecho de que, en definitiva, **la “regla” de la actividad de policía es la libertad, siendo la excepción la restricción,** por lo que la aplicación de la medida siempre debe buscar un mínimo de restricción a la libertad, teniendo que ser justificada y adecuada”<sup>14</sup> (el subrayado es nuestro).

Al respecto, debemos marcar una diferencia importante. La cita previa no debe interpretarse como una contradicción respecto al principio pro consumidor establecido en el Código<sup>15</sup>. Este principio refiere que, en caso de duda insalvable sobre el sentido de las normas o de los contratos celebrados con el consumidor, estos deben ser interpretados en

---

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> **LEY 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

**Artículo V.- Principios**

“2. Principio Pro Consumidor: En cualquier campo de actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor”

el sentido más favorable para el consumidor. Sin embargo, el principio “favor libertatis” en el caso de la aplicación de las medidas correctivas, apunta a la decisión o no de imponer tales medidas de policía al administrado, es decir, ambos principios están en un nivel diferente de análisis. En el caso del principio pro consumidor, se aplica en el nivel de análisis que decide la existencia de una infracción administrativa, mientras que el principio favor libertatis entra en aplicación una vez que se ha superado ese análisis, y se busca decidir si corresponde la aplicación de una medida correctiva.

Dicho esto, a fin de analizar lo dispuesto por el principio favor libertatis, considero pertinente hacer mención a lo señalado por Lorena Cordero en materia de las medidas correctivas en el ámbito de la evaluación y fiscalización ambiental:

“El OEFA establece como parte de su metodología **el respeto a la libertad de decisión de la empresa**, lo cual consiste en que la autoridad no debe intervenir en la gestión ambiental de la empresa, siempre y cuando se cumpla con la finalidad propuesta, es decir, las vías para cumplir con la medida correctiva pueden ser adoptadas por la empresa”<sup>16</sup> (el subrayado es nuestro).

En el mismo sentido, Rommel Calderón señala:

“la finalidad es el restablecimiento de la legalidad, por lo que **no habría mayor problema con que el presunto infractor sea quien presente su propuesta de medida correctiva sujeta a evaluación de la entidad**. No existe en este caso alguna finalidad de sancionar al presunto infractor, sino la de restablecer la legalidad”<sup>17</sup> (el subrayado es nuestro),

En este sentido, por un lado, tenemos que las medidas de policía administrativa deben ser aplicadas de forma restrictiva, es decir solo si es justificado, razonable y adecuado. Teniendo presente que siempre se debe preferir la libertad del administrado, y que la medida de policía debe ser más bien la excepción. Por otro lado, tenemos lo señalado por Lorena Cordero en cuanto a la aplicación de las medidas correctivas en materia ambiental.

---

<sup>16</sup> CORDERO, Lorena, (2017), “La razonabilidad en la aplicación de las medidas correctivas en el marco del procedimiento administrativo sancionador aplicado por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental: análisis de dos resoluciones del tribunal de fiscalización ambiental”. En Repositorio de Tesis Pucp. Consulta: 28 de noviembre de 2020. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/10220>

<sup>17</sup> CALDERÓN, Rommel, (2017), “Breve análisis respecto a la aplicación de medidas correctivas por parte de Indecopi en materia de libre competencia”. En Repositorio de Tesis Pucp. Consulta: 28 de noviembre de 2020. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/11806>

“OEFA respeta la libertad de decisión de la empresa”, con lo cual, siempre que se cumpla la finalidad de la norma, es decir, siempre que se restablezca la legalidad de la actividad, no habría problema en dejar libertad al administrado para que verifique cuál es la mejor forma de hacerlo.

Esta afirmación podría ser muy valiosa para lograr el cumplimiento de la finalidad de la medida correctiva, sin afectar la libertad de empresa de los proveedores. ¿Qué pasaría si se hubiese instado a Turismo Mer, por ejemplo, no a deshacerse de la cláusula por la que no indemnizaría por la pérdida de artículos de valor, sino que, presente una forma alternativa para que los consumidores que deseaban trasladar este tipo de artículos, puedan hacerlo, sin verse obligados a estar completamente desprotegidos en caso de su pérdida? De hecho, en el transporte aéreo esta alternativa es ampliamente conocida, se trata de la opción de contratar un seguro de equipaje complementario que permite al consumidor asegurar su equipaje por sumas mayores, equivalentes a las de los artículos que está transportando, pero ello estará en la esfera de libertad del consumidor, si desea podrá contratarlo, si no, no. Y a su vez, el proveedor no verá afectado su modelo de negocio en vista que las estipulaciones contractuales quedaron intactas, lo único que sucedió es que, se agregó una alternativa al consumidor para que pueda protegerse frente al riesgo de pérdida de sus artículos de valor. Asimismo, se protegió el interés de otros consumidores al poder contar con un servicio asequible de acuerdo a sus exigencias.

Dicho sea de paso, en el caso en concreto esto podría ser cuestionado bajo el entendido que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda” puesto que efectivamente, no existía obligación que lo instara a cumplir con estas medidas correctivas, pero en el supuesto que sí existieran, esta podría ser una alternativa. Permitir que el proveedor mismo plantee la forma en la que repondrá la legalidad de su actividad es una forma muy buena de no afectar su modelo de negocio.

Otra particularidad importante en este caso en concreto es que, la medida correctiva impuesta a Turismo Mer por la que tenía que inaplicar algunas cláusulas de su contrato de servicios, no opero como resultado de la aplicación del literal b del artículo 116<sup>18</sup> del

---

<sup>18</sup> **LEY 29571, 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:

Código, es decir, no opero a consecuencia de haber declarado esa cláusula como abusiva, sino que se impuso a consecuencia de declarar el servicio de Turismo Mer no idóneo en ese aspecto. En esa medida, se aplicó el literal f del artículo 116, es decir “cualquier otra medida correctiva que pueda revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro”, de esta forma, no es poco usual que la autoridad administrativa utilice el artículo que implica el mayor ámbito de discrecionalidad. En este sentido, declarar la abusividad de una cláusula contractual otorga más sustento al argumento por el cual es válido que esa disposición contractual sea inaplicada. Se trata de un argumento de peso para afectar la libertad contractual de aquél que estipuló tal contrato de adhesión, pero como podemos ver en este caso, la afectación de la libertad contractual no siempre tiene que tener como fundamento la declaración de una cláusula como abusiva. Y es allí donde la discrecionalidad de la autoridad administrativa puede generar graves afectaciones a la libertad de empresa.

Por otro lado, Brewer-Carías señala que:

*“Tiene que haber una adecuación precisa entre la medida de policía que se adopte y la finalidad perseguida por el Legislador al limitar la libertad y permitir la actuación de la policía, quedando, por su puesto, proscrita toda forma de desviación de poder”*<sup>19</sup>

En este sentido, ¿cuál es la finalidad perseguida por el legislador? Proteger los derechos de los consumidores. ¿De verdad se están protegiendo los derechos de los consumidores? Como veremos más adelante, en realidad es posible que estemos intercambiando el

- 
- a. Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado.
  - b. Declarar inexigibles las cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento.
  - c. El decomiso y destrucción de la mercadería, envases, envolturas o etiquetas.
  - d. En caso de infracciones muy graves y de reincidencia o reiterancia: (i) Solicitar a la autoridad correspondiente la clausura temporal del establecimiento industrial, comercial o de servicios por un plazo máximo de seis (6) meses. (ii) Solicitar a la autoridad competente la inhabilitación, temporal o permanente, del proveedor en función de los alcances de la infracción sancionada.
  - e. Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine el Indecopi, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado. Código de Protección y Defensa del Consumidor
  - f. Cualquier otra medida correctiva que tenga el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro
- El Indecopi está facultado para solicitar a la autoridad municipal y policial el apoyo respectivo para la ejecución de las medidas correctivas complementarias correspondientes.

<sup>19</sup> Op.cit, pp. 64.

“beneficio” de los consumidores al poder elegir los productos que desean consumir en la sala de cine, en el caso de Cineplanet, o que estemos dándole al consumidor la seguridad de que podrá ser compensado en caso sus artículos de valor resultan extraviados, en el caso de Turismo Mer, pero, a ¿cambio de qué? Probablemente de un alza en los precios, de una variación en la oferta del servicio poco eficiente o de una caída en la oferta de ese servicio (en vista que muchos proveedores podrían llegar a la conclusión que bajo las condiciones exigidas por la administración pública no podrían seguir operando en el mercado). Entonces, por un lado, tenemos todos los atributos de un servicio que un consumidor quisiera obtener, y por otro tenemos lo que está dispuesto a pagar. Para lograr la utilidad ambos deben estar equilibrados.

Claramente, esta lógica no sirve para justificar la deficiencia de los servicios de algunos proveedores, ni para justificar su incumplimiento respecto de las normas sectoriales y de protección al consumidor, pero sí es un punto válido en los casos grises. En los casos en los que no es evidente el incumplimiento, en los que hay duda.

En esos casos es prudente detenerse a hacer este análisis, ¿efectivamente se está cumpliendo la finalidad del legislador? Ese es un punto que no puede pasar por alto la autoridad administrativa al momento de hacer su análisis. Pues, dado que se afectará el derecho de un particular, cuando menos, esta afectación debe estar justificada. El peor escenario sería aquél en el que el proveedor tenga que reconstruir su modelo de negocio y que por su lado el consumidor no aprecie la nueva “prerrogativa” tanto como apreciaba un precio asequible.

Este escenario podría suceder si es que la administración pública únicamente se dedica a aplicar las normas sin tomar atención a los efectos que éstas ocasionan en el mercado.

Por otro lado, respecto al gravamen que puede alcanzar la medida correctiva, Morón Urbina señala:

“La Sanción administrativa siempre debe representar para el infractor un gravamen mayor frente a la medida correctiva, que debe representar una menor proporción de aflicción para el infractor [...] **si fuera la medida correctiva un gravamen mayor al administrado, parece carecer de sentido afirmar que la sanción administrativa es la que persigue una finalidad aflictiva al**

administrado y por eso se le recubre de una serie de garantías procesales y sustantivas”<sup>20</sup> (el subrayado es nuestro).

En el mismo sentido, Noelia Carreras señala que las medidas correctivas “*son un mecanismo complemento a la potestad sancionadora y una alternativa menos gravosa ante la necesidad de la flexibilidad*”<sup>21</sup>

Tal como podemos verificar de lo expuesto, una de las formas de diferenciar las medidas de policía que califican como sanciones de aquellas que reciben la categoría de medidas correctivas es el nivel de gravamen o aflicción que pueden causar en el administrado. En base a ello, ¿qué puede ser más grave que obligar al proveedor a cambiar su modelo de negocio?, o cuando menos, impedirle de usar aquellas cláusulas que, no siendo abusivas, definen en gran parte la estrategia del modelo de negocio. Podría parecer excesivo señalar que la administración pública “obliga a cambiar el modelo de negocio”, pero lo cierto es que, algunas veces, unas cuantas cláusulas definen sus aspectos principales.

El modelo de negocio es la configuración principal que tiene el empresario respecto a qué es lo que ofrecerá al público. Para establecerlo necesita realizar un estudio pormenorizado de su mercado objetivo, pues solo así podrá saber cuáles son los atributos que los consumidores más valoran respecto a un producto o servicio en particular. La configuración del modelo de negocio de una empresa no responde a una fórmula básica que cualquiera puede replicar. En ese sentido, obligar al proveedor a que trastoque su modelo de negocio sin duda implica un gravamen más fuerte que cualquier multa que se pudiera imponer (claro, si no estamos hablando de una empresa muy pequeña, en la que la mayor de las multas, pueda simplemente llevarla a la quiebra).

De esta forma, que una medida correctiva pueda trastocar básicamente la estructura de una empresa, no corresponde a la naturaleza menos gravosa que suelen tener estas medidas de policía administrativa.

Las medidas correctivas tienen una marcada diferencia respecto de las sanciones, “ventajas” si se quiere, tal como lo menciona Morón Urbina:

“Generalmente, concurren con las sanciones administrativas que las autoridades imponen como principal consecuencia por estos eventos. **Pero, tienen como**

---

<sup>20</sup> Op.cit., pp. 153.

<sup>21</sup> Op.cit., pp. 501.

**“ventaja” para los fines de las autoridades sancionadoras, estar eximidas de la limitación que supone el principio de “non bis in ídem”, por lo que se acumulan con las sanciones administrativas, y, además, carecen de un marco regulatorio común claro que uniformemente regule aspectos trascendentes de su naturaleza,** tales como el tipo de norma mediante la cual debe facultarse su imposición, si es necesario exigir un procedimiento previo para su dación, la identificación de su contenido previsible y delimitado, los criterios para su aplicación, entre otros”<sup>22</sup> (el subrayado es nuestro).

De esta forma, resulta contradictorio cómo es que una medida correctiva teniendo menos limitaciones para su imposición y admitiendo más posibilidad de flexibilidad para la autoridad administrativa, puede resultar siendo más gravosa que la propia sanción.

Por otro lado, en el caso de las sanciones, el Código establece criterios para la graduación de la sanción, bajo el entendido de que el grado de gravamen es una consideración importante al momento de infringir una pena en el administrado. ¿Por qué en este caso no es importante? Si bien existe el principio de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas correctivas, muchas veces tampoco son atendidos por la autoridad administrativa.

Finalmente, considero valioso rescatar lo señalado por Martha Aldana, Cesar Higa y Katherine Melgar respecto a la metodología que usa OEFA para la aplicación de las medidas correctivas:

“Determinación de la medida correctiva que corresponde imponer considerando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta los siguiente:

1. Adecuación de la medida correctiva a la finalidad propuesta: (...)
2. **Menor lesividad: las medidas correctivas no generan sobre costos** a los administrados más allá de lo estrictamente necesario para el cumplimiento de la obligación ambiental.

---

<sup>22</sup> Op.cit, pp.1.

**3. Respeto al ámbito de libre decisión de las empresas en cuanto a su gestión ambiental: Siempre y cuando se cumpla con la obligación ambiental.**

4. Otorgamiento de plazos razonables: (...)”<sup>23</sup> (el subrayado es nuestro).

En este sentido, establecer como criterios la menor lesividad y el respeto por la libertad de decisión de las empresas en cuanto a la forma en la que podrán volver a la legalidad son criterios muy relevantes que ayudarían a evitar afectaciones a la libertad de empresa que no son necesarias ni justificadas. Es posible revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta ocurra nuevamente sin tener que afectar gravemente el modelo de negocio de los proveedores.

Por otro lado, ¿Se podría aplicar la prohibición de reforma en peor en el caso de medidas correctivas? Si bien un análisis a profundidad sobre este tema en concreto excede el alcance del presente artículo, considero que es una pregunta válida que nos puede llevar a múltiples reflexiones. Por un lado, se entiende que la prohibición de reforma en peor aplica a la potestad sancionadora de la Administración Pública y bajo el entendido que las medidas correctivas no entran en este ámbito, se podría señalar que este principio no le aplica, con lo cual, sí podría caber la “reforma en peor” de las medidas correctivas. Por otro lado, tenemos que, supuestamente las medidas correctivas no tienen como finalidad causar una aflicción al administrado (aunque en los hechos sí lo hacen), sino que su objetivo es reparar la situación alterada y garantizar que esta no vuelva a ocurrir, con lo cual, podría decirse que no hay “situación peor”, sino que se trataría de la medida correctiva “más idónea” para reparar la situación alterada y evitar que tal situación vuelva a ocurrir. Lo cierto es que, ante la verificación de dos medidas correctivas que restablezcan la legalidad de la actividad de manera equivalente, siendo una de ellas más gravosa que la otra para el administrado, ¿cabría imponer aquella más gravosa con posterioridad a la de menor grado de aflicción bajo el entendido que es la más idónea para la finalidad perseguida? Personalmente considero que no. Considero que es importante la aplicación de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y menor lesividad anteriormente reseñados.

---

<sup>23</sup> ALDANA, Martha, Higa, Cesar y Katherine Melgar, (2016), “Las medidas correctivas en el marco de la fiscalización ambiental del OEFA”, pp.72-73. Consulta: 28 de noviembre de 2020. [https://www.oefa.gob.pe/?wpfb\\_dl=19032](https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=19032)

Finalmente, tal como veremos en el siguiente apartado, la mención constante al modelo de negocio la hago porque es importante también tener ese lado del mercado en consideración. Aunque algunas veces pareciera que la autoridad administrativa solo se enfoca en atender las necesidades del otro lado, esto no debe ser así, se debe entender que en un mercado todos los actores son importantes. La defensa en base a la afectación al modelo de negocio, no se trata de un capricho del proveedor, sino que, verdaderamente la imposición de medidas correctivas puede comprometer la estructura base de su empresa o hasta su permanencia en el mercado.



## SOBRE EL MODELO DE NEGOCIO

### 4.1. Relevancia de la delimitación del modelo de negocio a cargo del propio proveedor

En primer lugar, respecto a la naturaleza del empresario, Israel Kirzner, señaló

“Empresario quiere decir un hombre que actúa de acuerdo con los cambios que tienen lugar en los datos del mercado [...] la empresarialidad como fuerza impulsora para la distribución de los recursos de manera que correspondan a los deseos del consumidor. El mercado [...] tiende a eliminar del papel empresarial a todos excepto a los capaces de “prever mejor que los demás la futura demanda de los consumidores”<sup>24</sup>

De esta forma, el empresario es un individuo que tiene información sobre el funcionamiento del mercado, sabe de los cambios que se están dando, o que se pueden dar en el futuro. Pero tampoco se trata de que tiene toda la información disponible, si no, que sabe dónde conseguirla, lo cual es ampliamente valioso, porque conoce la fuente que siempre lo puede mantener informado. Evidentemente, tener esto al alcance implica que siempre está atento a las oportunidades y en general a los movimientos del mercado.

Todo ello con la finalidad de satisfacer la demanda de sus consumidores. Toda la información que consiga le permitirá conocer qué es lo que debe tener aquello que vende, ya sea un producto o un servicio, para obtener la preferencia de los consumidores.

La organización que tendrá que adoptar la empresa para asegurarse de proveer aquello que es más valorado por los consumidores, así como la distribución eficiente de los recursos que tendrá que emplear para conseguirlo, es lo que podemos denominar el modelo de negocio. Sin duda alguna, el modelo de negocio es la estructura base de cualquier empresa.

En ese sentido, el planteamiento del modelo de negocio se puede realizar libremente, claro, mientras no implique una infracción a las disposiciones normativas aplicables. Esta libertad de planteamiento ocurre gracias al derecho a la libre iniciativa privada y libertad de empresa consagrados en los artículos 58 y 59 de la Constitución Política del Perú.

---

<sup>24</sup> KIRZNER, Israel, (s/a), “El Empresario”.

En ese sentido, al amparo del derecho de libertad de empresa los empresarios plantean su modelo de negocio de forma particular en base a sus experiencias y en base a lo que ellos consideran que podría funcionar mejor en su mercado objetivo. Así lo señala Huerta de Soto:

“Luego el hombre, cada vez que actúa y ejerce la función empresarial, lo hace de una forma característica, solo propia de él, es decir personal e irrepetible, que tiene su origen en intentar lograr objetivos o visión del mundo que actúan como incentivo y que, en sus distintas características y circunstancias, sólo él posee. Esto permite que cada ser humano logre unos conocimientos o informaciones que solo descubre en función de sus fines y circunstancias y que no son repetibles de forma idéntica por ningún otro ser humano”<sup>25</sup>

En este sentido, no quisiera dejar de enfatizar la importancia de la visión del empresario en su negocio, ya que, nadie más que él podrá moldearlo de acuerdo a sus intereses. Por ello, el empresario tiene que hacer una selección cuidadosa y específica sobre las condiciones de la oferta de sus servicios, con lo cual, tiene que ponderar qué atributos de su oferta resultan ser los más valorados por sus consumidores para que efectúen la compra de sus productos o servicios. Dependiendo de su modelo de negocio, no le hará sentido incluir un atributo poco valorado por los consumidores, en la medida en que todo lo que incluya en su oferta se trasladará a los costos de su operación

Al respecto, Richard Craswell señala:

“Si el valor de la garantía para los consumidores es menor que el costo para los vendedores, los consumidores terminarán peor como resultado de la garantía, (...) Los consumidores, que antes de la adición de la garantía estaban dispuestos a comprar el producto solo, ahora no están dispuestos a pagar un producto de mayor precio más la garantía. Estos consumidores deben haberlo valorado en una cantidad inferior al aumento de precio resultante, por lo que han empeorado con la introducción de la garantía”<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> HUERTA DE SOTO, Jesús, (1992), “Socialismo, cálculo económico y función empresarial”, pp 41-76.

<sup>26</sup> CRASWELL, Richard, “Passing on the cost of legal rules: efficiency and distribution in buyer-seller relationships”, pp. 370-371. Cita original: “If the value of the warranty to consumers is less than its cost to sellers, consumers will end up worse off as a result of the warranty (...) Consumers, who before the addition of the warranty were just willing to purchase the product alone, are now

De esta forma, es muy importante analizar qué garantías, o en general, qué condiciones de la oferta del proveedor, pondrán en una posición tal al consumidor que su adición podría incentivar o desincentivar la compra del producto o servicio.

Por ejemplo, respecto al caso de la Empresa de Transportes Turismo Mer que señalamos previamente, en tanto Indecopi ordenó que dejen sin efecto la cláusula por la que no se hacían responsables por la pérdida de artículos de valor, ahora, lo que podría pasar son dos cosas. Por un lado, podrían asumir el riesgo de la pérdida de estos artículos de valor, pero ello se verá reflejado en su estructura de costos, con lo cual, si el consumidor estaba acostumbrado a pagar  $x$  cantidad por su boleto, ahora tendrá que pagar  $x+y$  si desea contratar con Turismo Mer. La segunda opción es que la empresa exija la contratación de un seguro complementario por pérdida de equipaje, con lo cual, evidentemente, el consumidor no solo tendrá que asumir el costo del boleto, sino también del seguro complementario que tendrá que contratar.

En este sentido, tal como lo señala Richard Craswell, es posible que la garantía que se incluya en el modelo de negocio no sea valorada por el consumidor lo suficiente como para pagar su costo, con lo cual, es posible que decida simplemente dejar de contratar con esa empresa, pues, básicamente están incluyendo un atributo poco valorado por el consumidor. En nuestro caso de ejemplo, es posible que el consumidor solo esté dispuesto a pagar el valor “ $x$ ” del producto, pero no el complemento “ $y$ ” como seguro respecto de la pérdida de sus objetos de valor, en tanto considere que no está recibiendo ningún beneficio adicional por ese costo extra.

Es parte del modelo de negocio establecer cuáles son las cualidades de la oferta que serán más satisfactorias para el consumidor y cuáles deberá dejar de lado en tanto representan un costo para la empresa que no es suficientemente valorado como para trasladarse a su estructura de costos que finalmente se verá reflejado en el precio del producto o servicio.

#### **4.2. El efecto real de las estipulaciones contractuales**

La eficiencia de los términos contractuales no tiene que ver con que éstos sean más beneficiosos para los consumidores, en detrimento del beneficio de los proveedores, pues

---

unwilling to pay a higher price for the product plus the warranty. These consumers must have valued the at an amount less than the resulting price increase, so they have been worse off by the introduction of the warranty.

en realidad, un buen negocio implica que ambas partes salgan beneficiadas del mismo. De igual forma, ciertos términos contractuales que parecen ser solo beneficiosos para los proveedores, pueden ser un beneficio para los consumidores en tanto los proveedores tendrán más incentivos para bajar los precios y dinamizar la competencia. Evidentemente este análisis implica verificar el tipo de mercado y la elasticidad de la demanda, pues existen mercados en los que, la demanda es inelástica, es decir, que la demanda por esos bienes y servicios no es sensible respecto a las variaciones del precio, con lo cual, en estos mercados, el proveedor no necesitará bajar el precio para dinamizar la competencia. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los cambios del precio sí tienen un efecto visible en la demanda.

En este sentido, como idea preliminar, podemos señalar que la eficiencia de un término contractual no es solo aquél que da mayor bienestar al consumidor, sino que implica analizar el bienestar en términos generales.

Por lo tanto, es muy importante analizar el efecto real de un término contractual pues es posible que algunos “parecen beneficiar al consumidor”, pero de un análisis posterior se determina que no es el caso:

“Si una regla beneficia a los compradores, pero perjudica a los vendedores, es probable que algunos de los costos de los vendedores sean devueltos a los compradores en la forma de precios más altos. Si las pérdidas directas de los vendedores superan las ganancias directas de los compradores, los precios más altos podrían opacar las ganancias de los compradores, generando perdedores en ambos grupos. **En resumen, una vez que se toman en cuenta los efectos de las normas legales sobre el precio, se podría argumentar que las preocupaciones de distribución sobre las identidades de los ganadores y perdedores son innecesarias siempre que el balance general de costos sea favorable**”<sup>27</sup> (el subrayado es nuestro).

---

<sup>27</sup> CRASWELL, Richard, “Passing on the cost of legal rules: efficiency and distribution in buyer-seller relationships”, pp. 365-366. Cita original: “if a rule benefits buyers but hurts sellers, some of the sellers' costs will likely be passed back to buyers in the form of higher prices. If the sellers' direct losses exceed the buyers' direct gains, the higher prices could more than offset the buyers' gains, thereby making losers out of both groups. In short, once the price effects of legal rules are taken into account, it could be argued that distributional concerns about the identities of gainers and losers are unnecessary as long as the overall balance of costs and benefits is favorable”.

De esta forma, debo dar énfasis a la idea de que es sumamente relevante analizar el efecto final de un término contractual. Pues, tal como lo señala Craswell, es posible que algunos términos contractuales beneficien al consumidor y empeoren la posición del vendedor, pero, en tanto el vendedor trasladará los costos que le genere la imposición de determinada norma (o medida correctiva) a los precios de su producto o servicio, la posible “ganancia” que haya obtenido un consumidor teniendo un término contractual que le sea más beneficioso, como por ejemplo, el poder trasladar todos los artículos de valor que desee sin tener que preocuparse por su custodia, o el hecho de poder cancelar sus pasajes sin tener que pagar ninguna penalidad por ello, será totalmente opacado con el perjuicio de un nuevo precio mucho más alto. Con lo cual, más allá que un término contractual parezca ser más beneficioso para el consumidor o más beneficioso para el proveedor, es importante tener en cuenta el beneficio del balance final de tales términos contractuales.

Finalmente, se sabe que la intención de Indecopi es proteger los derechos de los consumidores, pero en muchos casos no hay certeza de que los cambios que conmina a realizar a los proveedores (en tanto las condiciones contractuales previas habrían, presuntamente, vulnerado los derechos de los consumidores) terminarán siendo beneficiosos para el consumidor, pues, el hecho de que Indecopi intervenga en la oferta del proveedor, generará como efecto dominó otros cambios en la estructura de negocio del proveedor que no siempre serán positivos para el consumidor. Por ello es que, es necesario analizar cuáles serán los efectos que tiene una medida dada por Indecopi, porque de lo contrario se podría creer que existe un falso nivel de eficiencia en sus resoluciones. En ese sentido, Richard Craswell sostiene:

“No obstante, con frecuencia un análisis directo de la eficiencia de cualquier cláusula dada será muy difícil y las cortes (u otras instituciones legales) podrán no ser muy buenas en la tarea [...] La corte también necesitaría alguna forma de estimar el tamaño aproximado de los efectos buenos y malos para decidir si el efecto neto es bueno o malo. No obstante, en la mayor parte de los casos será extremadamente difícil medir el tamaño real de cualquiera de estos efectos”<sup>28</sup>

El mercado es el mejor regulador de estas condiciones. Claro, habrá ocasiones en las que necesitará de la intervención estatal, pero en líneas generales, lo más eficiente es dejar

---

<sup>28</sup> CRASWELL, Richard, s/a. “Libertad de contratación”.

que el mercado se autorregule, sobre todo cuando existe duda sobre el beneficio de la intervención estatal.



## CONCLUSIONES

1. Las medidas correctivas aplicables en los procedimientos de protección al consumidor deben cumplir con los principios de tipicidad, razonabilidad, proporcionalidad y deben ajustarse a los bienes jurídicos tutelados, tal como lo señala la LPAG. En este sentido, los espacios de discrecionalidad dejados por el legislador del Código deben ser especialmente comprendidos como tales por la autoridad administrativa, de tal forma que motiven su aplicación de forma correcta, teniendo en consideración el gravamen que pueden generar en el administrado. De igual forma, las medidas correctivas deben atender a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de tal forma que su lesividad no sea comparable a la de una sanción.

2. La imposición de las medidas correctivas debe ser de carácter restrictivo, se debe preferir la libertad del administrado. La imposición de las medidas correctivas deben ser la excepción, con lo cual, si esta debe imponerse debe ser debidamente justificada y adecuada para los fines que desea conseguir.

3. De igual forma, si lo que se quiere es restablecer la legalidad de las actividades del administrado, en realidad no habría impedimento para que esta vuelta a la legalidad parta de una propuesta del propio proveedor. De tal forma que, conociendo su modelo de negocio y con la finalidad de no afectarlo de manera injustificada, podría plantear su propia forma de adecuar sus estipulaciones a las observaciones de la autoridad administrativa. Esto teniendo en consideración los criterios de aplicación de medidas correctivas que utiliza OEFA en el que se preocupan por la menor lesividad de las mismas y por el respeto de las decisiones de la empresa en cuanto a la forma en la que podrán volver a la legalidad.

4. Es contradictorio respecto a la naturaleza de las medidas correctivas causar mayor lesividad que las sanciones. Y esto es perfectamente posible en el caso que la autoridad administrativa dicte como medida correctiva la imposibilidad de que un proveedor mantenga en sus contratos ciertas cláusulas clave para su modelo de negocio. En algunos casos esta afectación podría comprometer seriamente su continuidad en el mercado. Esto a su vez genera una contradicción respecto a las menores limitaciones que su imposición requiere en comparación con el caso de las sanciones. En este sentido, a diferencia del caso de la imposición de sanciones, no debe atender a principios como el de non bis in ídem, su determinación no implica reserva legal (aún cuando en el caso de protección al

consumidor sí estén contempladas por una norma con rango de ley), no cuenta con criterios de aplicación, entre otros.

5. La libertad de empresa otorga al empresario la facultad de organizar su negocio de la manera más conveniente a fin de satisfacer la demanda de sus consumidores. De esta forma, puede moldear los atributos de su oferta de acuerdo a lo que considere que el mercado podría valorar más. En tal sentido, cualquier cambio en la oferta del proveedor debe obedecer a un estudio realizado sobre el mercado. Por lo tanto, cuando Indecopi indica al proveedor que no puede incluir ciertas estipulaciones a su oferta le impone muchas veces riesgos no deseados no justificados bajo la estructura del mercado.

6. Ante la intervención de Indecopi en la configuración de los atributos de la oferta del proveedor, este tiene dos caminos, el primero implica encarecer su oferta a fin de compensar los costos en los que tendría que incurrir a consecuencia de las estipulaciones que no pudo incluir. El segundo camino es el retiro del proveedor del mercado. Si es que verifica que no puede incluir las condiciones que podrían hacer su negocio rentable, no le queda más que retirarse y emprender en un nuevo mercado. De esta forma, ambos efectos terminan afectando más al consumidor que las estipulaciones inicialmente consideradas por el proveedor. Por un lado, podrá tener un producto o servicio mucho más caro, o tal vez, ya inalcanzable por su nuevo precio, y por el otro, tendrá menos oferta en el mercado, lo que, a su vez, perjudicará la competencia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ACOSTA Miguel y Rafael Martínez,

s/f “*Política Administrativa Poderes de Policía y Facultades de Policía*” en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 4.

ALDANA, Martha, Higa, Cesar y Katherine Melgar

2016 “*Las medidas correctivas en el marco de la fiscalización ambiental del OEFA*”, pp.72-73. Consulta: 28 de noviembre de 2020. [https://www.oefa.gob.pe/?wpfb\\_dl=19032](https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=19032)

BREWER-CARÍAS, Allan

1991 “*Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de la policía administrativa*”. En Revista de Derecho Público No. 48, pp.62.

BOULANGGER ATOCHE, Lourdes

2015 “*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*”. En Repositorio Institucional Pirhua, pp.36.

CALDERÓN, Rommel

2017 “*Breve análisis respecto a la aplicación de medidas correctivas por parte de Indecopi en materia de libre competencia*”. En Repositorio de Tesis Pucp. Consulta: 28 de noviembre de 2020. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/11806>

CASINO, Miguel

2000 “*La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía: comentarios a la STS del 2 de febrero de 1998, artículo 2060*”. En Reala, No. 283, pp. 571-572. Consulta: 18 de diciembre de 2020. <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/9065/9114>

CARRERAS, Noelia

2011 “*Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú*” En Revista de Derecho PUCP No. 67, pp.500.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2010 *Ley N.º 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Lima, 1 de septiembre.*

CORDERO, Lorena

2017 “*La razonabilidad en la aplicación de las medidas correctivas en el marco del procedimiento administrativo sancionador aplicado por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental: análisis de dos resoluciones del tribunal de fiscalización ambiental*”. En Repositorio de Tesis Pucp. Consulta: 28 de noviembre de 2020. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/10220>

CRASWELL, Richard

s/f “*Libertad de Contratación*”.

CRASWELL, Richard

1991 “*Passing on the cost of legal rules: efficiency and distribution in buyer-seller relationships*” en Stanford Law Review. Vol. 43, No. 2 pp. 370-371

HUERTA DE SOTO, Jesús

1992           “*Socialismo, cálculo económico y función empresarial*”, pp. 41-76.

KIRZNER, Israel,

s/f             “*El Empresario*”

MORON, Juan Carlos

s/f             “*Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración*”. En *Círculo de Derecho Administrativo*

RAJANOVINSCHI, Moisés

2015           “*Los dilemas para consumir justicia: algunos alcances de la tutela procesal del consumidor en la vía administrativa y el arbitraje de consumo*”. En *Revista de Derecho PUCP* Número 75, pp 235.

THORMODSGARD, O

1948           “*Liberty against Government*”. *Illinois Law Review* No. 43(6), pp. 897-900

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009           *Expediente N.º 00535-2009*. Sentencia: 5 de febrero.  
Consulta: 27 de noviembre de 2020.