

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

El recall en la legislación peruana: a propósito de la jurisprudencia de Indecopi

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

AUTOR

Sebastián Walter Conza Salcedo

ASESOR:

Cesar Augusto Higa Silva

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20080902

2020

RESUMEN

El presente trabajo académico aborda la figura del “recall” o denominado también “llamado a revisión” como una medida preventiva aplicada por los proveedores y/o fabricantes ante la posibilidad o potencialidad de encontrarse frente a desperfectos que puedan afectar el correcto funcionamiento de un determinado producto puesto a disposición de los consumidores en el mercado, pese a que ni siquiera se tenga certeza del mismo o, incluso, antes que los consumidores hayan podido advertir la existencia fallas reales. En ese extremo, como bien hemos desarrollado, se busca iniciar un debate respecto a la posibilidad de promover que los proveedores utilicen el “recall” como un mecanismo de control de calidad ex post en el que puedan revisar el producto y, en su oportunidad, se apliquen medidas correctivas sin mayores costos para el consumidor permitiéndose así que “recall” se constituya como un remedio jurídico que sea equiparable a las disposiciones previstas en el artículo 97° del Código de Protección al Consumidor y se promueva su ejercicio y aplicación en beneficio de los consumidores. Así, en el presente trabajo no solo brindamos una mirada crítica al método de regulación existente actualmente en el Código de Protección al Consumidor, sino que analizamos las razones por las que urge un cambio significativo, sobre todo desde el ámbito de la responsabilidad administrativa.

INDICE

1.	Introducción	4
2.	Desarrollo y Análisis del problema jurídico	5
2.1.	Definición de la figura de “recall”	5
2.2.	Regulación de la figura de “recall” en la legislación peruana	9
2.2.1.	Decreto Supremo N° 006-2009-PCM, TUO de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor	13
2.2.2.	Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor ...	15
2.3.	Los defectos en la fabricación de productos y su interpretación en la jurisprudencia peruana: tolerancia cero.....	21
2.3.1.	Caso Toyota: Resolución N° 0177-2012/SC2-INDECOPI.....	21
2.3.2.	Caso América Móvil: Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI.....	24
2.4.	Cambio de paradigma: El “recall” como remedio jurídico equiparable a los derechos previstos en el Artículo 97° del Código de Protección al Consumidor.	28
2.4.1.	Consumidor razonable: inexistencia de productos perfectos....	34
2.4.2.	El “recall” como atención preventiva de desperfectos en productos masivos y su necesidad para la eficiencia del mercado.	39
2.5.	La aplicación del “recall” y su vinculación procesal con el procedimiento administrativo sancionador	42
2.5.1.	Como elemento que concluye el procedimiento administrativo sancionador	43
2.5.1.1.	Excepción: daño real o potencial a la vida o la salud.....	47
2.5.2.	Como elemento atenuante en la imputación de responsabilidad administrativa	48
2.5.3.	Como elemento eximente de responsabilidad administrativa.....	49
3.	Conclusiones	52
4.	Bibliografía	54

1. INTRODUCCIÓN

No hace mucho tuve la oportunidad de conocer un caso bastante interesante denominado por muchos como el caso “Hiraoka vs Bocanegra” en el que se discutía como punto central, entre otros aspectos, la presunta infracción del deber de idoneidad previsto en los artículos 18° y 19° del Código de Protección al Consumidor como resultado de una refrigeradora que, a los pocos meses de haber sido adquirida, empezó a presentar fallas de fábrica.

El análisis profundo del mencionado caso, más allá de la postura personal que cada uno de los que quizás hemos tenido oportunidad de conocerlo, trajo como consecuencia un interés respecto a la aplicación de la figura del “recall” en nuestra legislación peruana a propósito de las – ya no tan recientes- jurisprudencias emitidas por Indecopi, que advertían que los productos puestos en el mercado siempre debían responder bajo los estándares de perfección y que, bajo ningún supuesto, debían presentar fallas una vez puestos en el mercado.

Siendo así, el presente trabajo busca abordar la figura del “recall” y determinar si la mencionada figura jurídica se encuentra regulada en nuestra legislación peruana y, de ser el caso, analizar si dicha figura resulta aplicable a los fabricantes de productos defectuosos en el sector de electrodomésticos u otros, debiendo este ser considerado como un mecanismo de protección a los consumidores que pueda ser equiparable a los remedios jurídicos previstos en el artículo 97° del Código de Protección al Consumidor.

Adicionalmente, se busca determinar si la aplicación de la figura de “recall” por parte de los fabricantes debe generar siempre la imputación de responsabilidad administrativa por la presunta vulneración al deber de idoneidad o, en su defecto, deba ser considerado como un elemento sustancial que incide en el desarrollo del procedimiento administrativo a la luz de los cambios normativos que se han incorporado en nuestro Código de Protección al Consumidor y, supletoriamente, en el TUO de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

Con estas dudas académicas iniciamos el análisis del presente trabajo, siempre desde una visión crítica con miras a buscar una mejor protección a los derechos de los consumidores.

2. DESARROLLO Y ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

2.1. Definición de la figura de “recall”

Como sabemos, la producción y comercialización de bienes masivos es una realidad que no solo afecta al Perú, sino que ocurre en diversas partes del mundo como consecuencia de la globalización y la apertura de nuevos mercados. Ello se debe, sin lugar a dudas, a que nos encontramos en un proceso continuo de transformación económica, social y tecnológica que inició desde la Revolución Industrial¹ y que se acentúa con la Revolución 4.0.

Así, notamos que la implementación de nuevas tecnologías en la fabricación de bienes no solo permitió un avance en el método de producción procurando su masificación, sino también incidió directamente en las características de los mismos. Un claro ejemplo de esta situación la podemos observar en los teléfonos celulares.

Como se recordará, el primer celular hizo su aparición en 1979 y se caracterizó por ser analógica y estrictamente para voz, pero el avance tecnológico y la demanda de los consumidores han provocado que estos se reinventen constantemente al punto los fabricantes han desarrollado procesos más sofisticados conducentes a disminuir el tamaño y peso, o incorporar baterías más pequeñas y de mayor duración, o tener pantallas más nítidas y de colores, o quizás con la incorporación de software más amigables que permitan a los consumidores una mejor experiencia.²

Sin embargo, la producción masiva de bienes supone a su vez la posibilidad de que ocurra un defecto en la fabricación; es decir, que se produzcan bienes que no cumplan con las especificaciones de diseño o no cumplan con los estándares de desempeño previstos³ para el

¹ Bejarano-Roncancio JJ, Diaz Moreno AC, Egoavil-Cardozo MJ. Recall en la industria alimentaria: una estrategia sanitaria por implementar en Colombia. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-00112016000400727&script=sci_abstract&tlng=es

² LA PATRIA. La evolución del celular en la última década. Consultado el 24 de octubre en: <https://www.lapatria.com/tecnologia/la-evolucion-del-celular-en-la-ultima-decada-451274>

³ CARCIONE, Maria Carolina. La responsabilidad de los empresarios por la seguridad de los productos de consumo. Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/5038/503857545011/html/index.html>

correcto funcionamiento del producto.

Así, los defectos de fabricación pueden resultar de un ensamblaje inadecuado, o por la existencia de partes faltantes, o partes sueltas, o mal ensambladas, o partes averiadas, o debido uso de materiales defectuosos o de baja calidad (por debajo de los estándares).⁴

Lo anterior resulta incluso más preocupante cuando nos damos cuenta de que los procesos de fabricación en masa suelen ser procesos productivos que tienen un grado de complejidad bastante elevado, el cual puede variar dependiendo del tipo de producto que se oferta en el mercado.

Por ejemplo, si analizamos el mercado automovilístico, notamos que para la fabricación de automóviles los proveedores o fabricantes suelen seguir procesos bastantes complejos debido a la cantidad de piezas que requiere la fabricación de los productos que posteriormente serán ensamblados, así como por la cantidad de fases que requiere el ensamblaje de los mismos que van desde la recepción y clasificación de piezas, corte de piezas metálicas que servirán como el armazón del vehículo, ensamblaje de motor, chasis y piezas hasta las pruebas finales del proceso de producción de un automóvil.⁵

Ello nos lleva a plantearnos que, pese a efectuarse los respectivos controles de calidad de los productos con anterioridad a que salgan al mercado, pueden presentarse fallas o defectos en los procesos de fabricación, ya que es posible garantizar una “tolerancia cero”. Por el contrario, aún con adoptar una conducta diligente es totalmente posible que estas ocurran.

En ese sentido, toda vez que la fabricación de productos masivos no está exenta de la presencia de fallas, surge la figura del “recall” como una medida que sirve como contramedida en estos casos, donde los fabricantes adoptan una acción preventiva frente a la detección de potenciales fallas en el producto y/o en el correcto funcionamiento del mismo. Entonces, ello nos lleva a preguntarnos: ¿Qué es el recall?

⁴ Denis W, Staern. An introduction to product liability. Disponible es: <https://marlerclark.com/pdfs/intro-product-liability-law.pdf>

⁵ BRITISH FEDERAL MÉXICO. Las 9 etapas del proceso de producción de un automóvil. Consultado el 24 de octubre de 2020 en: <https://bfmx.com/soldadura/las-9-etapas-del-proceso-de-produccion-de-un-automovil/>

En palabras de Raúl Vizcarra⁶, el término Recall (entendida en su traducción literal al idioma español) significa una “llamado de vuelta a”, “llamar de nuevo” o “volver a llamar”, el cual consiste en una solicitud de retorno que hacen los fabricantes respecto de un lote o una producción de un producto comercial, usualmente debido a un defecto, problema de seguridad o eficiencia en el mismo.

Como se puede notar, este es un mecanismo que adoptan los fabricantes cuando advierten una potencial falla que podría afectar a un lote o serie específica de producción y que, al no tener certeza real de los bienes sobre los que afectaría la potencial falla detectada, realizan un llamado a revisión de los mismos para verificarlos y, en el caso que se presenten tales fallas o errores en el correcto funcionamiento, estos puedan ser solucionados inmediatamente.

En esa misma línea, Venzke y Freundt⁷ citando a PROCON, señalan que el *Recall* es una acción adoptada por los proveedores para advertir a los consumidores sobre la necesidad de llamar al consumidor cuando encuentran problemas con productos o servicios comercializados en el mercado de consumo.

Desde la perspectiva esbozada en la doctrina⁸, se sostiene que la gestión de retiro de productos está influenciada por tres factores:

- a) Reputación corporativa: las consecuencias de la crisis pueden ser limitadas si la empresa tiene una buena reputación;
- b) Efectos externos: los medios pueden disminuir los efectos negativos al demostrar que la empresa está actuando de manera responsable, o viceversa;
- c) Respuesta a la crisis: la empresa puede adoptar cuatro tipos de actitudes frente el retiro,

⁶ VIZCARRA, Raul. Autos, recalls e INDECOPI: comentarios a la luz de recientes fallos y precedentes de INDECOPI. IUS ET VERITAS, 23(46), 400-418. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11979>

⁷ Bortoli, Luiza Venzke y Freundt, Valeria. (2017). Efectos del retiro voluntario de productos en la confianza del consumidor. *BBR. Brazilian Business Review*, 14 (2), 204-224. <https://dx.doi.org/10.15728/bbr.2017.14.2.4>

⁸ Hammel Brandao, Mariana, Yamada Yuka, Canniatti, Mateus y Almada Rafaela (2016). The Influence of Product Recall on Consumer Loyalty. Traducción Libre. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273745301006>

las cuales son: (i) la negación; (ii) retiro involuntario; (iii) retiro voluntario; y (iv) "super esfuerzo".

Así, con relación a la negación, la empresa no se responsabiliza del defecto y evita cualquier comunicación con el cliente; respecto del retiro involuntario, el fabricante comunica y recoge los productos solo después de ser notificado por la agencia reguladora; mientras que en el supuesto del retiro voluntario, la empresa se comunica y retira el producto de forma espontánea; y, finalmente, respecto a la campaña de "superesfuerzo" o de mejora, la empresa lleva a cabo un retiro voluntario y muestra preocupación por el bienestar de los consumidores y transparencia en sus acciones de comunicación relacionadas con la crisis.

Dicho ello, debe quedar claro entonces que el "llamado a revisión" o *Recall* es una figura jurídica que funciona de forma preventiva ante la potencialidad de que los productos puestos en el mercado puedan presentar fallas que terminen afectando el producto en sí mismo, o afecten su correcto funcionamiento, sin incluso ser advertidos realmente por los consumidores, dando la opción al fabricante de que estos sean puestos nuevamente a su disposición para que sean revisados y, en su momento, sean corregidos por el fabricante sin mayores costos para el consumidor.

Lo anterior puede ser leído conjuntamente con lo señalado por Rómulo Mezarina, quien sostiene que: "el Recall – entre otras definiciones que se puedan encontrar – es la comunicación que la empresa fabricante de un producto le hace llegar a su cliente sobre alguna anomalía – o defecto – que presente el producto en cuestión. En tiempo que tanto se habla de "responsabilidad social empresarial" podríamos decir que el recall es la acción básica que realiza una compañía para demostrar su interés y cuidado por el cliente"⁹.

No obstante, resulta pertinente hacer una precisión, y es que como bien señala Rómulo Mezarina, a pesar de que la traducción que se pueda efectuar al termino recall haga referencia

⁹ IUS 360. Reflexiones en torno al "recall" en el código de protección y defensa del consumidor ¿una infracción consumada o una conducta diligente? Disponible en: <https://ius360.com/publico/administrativo/reflexiones-en-torno-al-recall-en-el-codigo-de-proteccion-y-defensa-del-consumidor-una-infraccion-ya-consumada-o-una-conducta-diligente/>

a la posibilidad del retiro de productos, en estricto, el “llamado a revisión” no se centra únicamente y exclusivamente en dicha solución; es decir, no se debe dar por sentado que siempre que haya un procedimiento de revisión necesariamente sea porque existe un producto fallado; por el contrario, puede darse el caso que de las acciones adoptadas se percaten que la presunta falla no existe en el producto revisado concluyendo el “llamado a revisión” únicamente en una recomendación respecto al uso del producto.

Ahora bien, habiéndose establecido la definición legal del *Recall*, resulta pertinente conocer su regulación en la legislación peruana a efectos de determinar si la mencionada figura se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico y, de ser el caso, verificar los alcances del mismo.

2.2. Regulación de la figura de “recall” en la legislación peruana

Previo a determinar la existencia o no de una regulación específica de la figura de *Recall* en el Perú, resulta pertinente recordar la definición previamente desarrollada anteriormente a efectos de tener un breve contexto legal sobre el particular.

Como bien se estableció, el *Recall* es una figura jurídica que funciona de forma preventiva ante la potencialidad de que los productos puestos en el mercado puedan presentar fallas que terminen afectando el producto en sí mismo, o afecten su correcto funcionamiento, sin incluso ser advertidos realmente por los consumidores, dando la opción al fabricante de que estos sean puestos nuevamente a su disposición para que sean revisados y, en su momento, sean corregidos por el fabricante sin mayores costos para el consumidor.

Más allá del objetivo y/o finalidad que pueda tener el *Recall* en el mercado, lo cierto es que busca incidir en las relaciones de consumo llevadas a cabo por los consumidores dentro del mercado.

Bajo la premisa anterior, debemos tener en cuenta que la Constitución de 1993 otorga una protección especial a los consumidores, poniéndolos en una mejor posición respecto a la tutela de los derechos que lo asisten, siendo deber del Estado procurar que se garanticen tales derechos.

Así, el Artículo 65° de la Constitución del Perú establece que 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.

El citado mandato constitucional guarda una estrecha vinculación con su antecesora, pues la Constitución de 1979 también promovía una protección especial de los consumidores al establecer que:

Artículo 110.- El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.

Si bien la redacción entre ambos textos constitucionales presenta marcadas diferencias, lo cierto es que la defensa de los consumidores continúa siendo un aspecto medular del accionar del Estado, debiendo utilizarse todas las herramientas jurídicas posibles y necesarias para desarrollar los alcances normativos aplicables al derecho interno.

Ahora bien, con relación a la Constitución de 1993, se debe tener presente que el Tribunal Constitucional realizó la interpretación del Artículo 65°, cuyos criterios se encuentran recogidos en el Expediente N° 008-2013-AI/TC, de la siguiente manera:

“(…) el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, 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, apareja el atributo de exigir al 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.” (Fundamento 30)

Sobre la base de dicho mandato constitucional y el desarrollo normativo en disposiciones de menor jerarquía, no debemos dejar de observar la obligación vinculada al deber de idoneidad al que se encuentran obligado los proveedores reconocida en el Art. 18º y 19º del Código de Protección y Defensa del Consumidor; de allí que los proveedores deben entregar los bienes y prestar los servicios tal cual como ellos se comprometieron por medio de su oferta, debiendo ser cumplida a cabalidad, puesto que, hubo un factor determinante en la oferta que los hizo inclinar por ella¹⁰

Por ello, “(...) para determinar si el proveedor cumplió con sus obligaciones, se construye un modelo de idoneidad que se compara con lo que el consumidor recibió. Si lo que recibió es menos que el modelo no hay idoneidad, entonces hay responsabilidad del proveedor”.¹¹

Ahora bien, a la luz del deber de idoneidad que rigen las actuaciones de los fabricantes cabe preguntarnos si la existencia real o potencial de fallas debe suponer necesariamente una defraudación de las expectativas de consumidor, pese a que estas puedan ser subsanadas por los proveedores de forma preventiva.

Sobre lo anterior, Rómulo Mezarina señala lo siguiente:

“(…) pretender encontrar en el proveedor la responsabilidad absoluta por cualquier evento, defecto o potencial falla sancionándolo por una vulneración al deber de idoneidad a pesar que la norma vigente establece requisitos para solucionar riesgos no previstos, nos parece que le hace un flaco favor a los consumidores porque

¹⁰ SALAS, Rodolfo (2010). Algunos apuntes y reflexiones sobre la Tutela de los derechos de los consumidores y la Asimetría Informativa en el mercado. *Foro Jurídico*, (11), 182-193. Recuperado a partir de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18587/18827>

¹¹ BULLARD, Alfredo (2010). ¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Lima, número 10, página 14.

finalmente serán ellos quienes se les trasladará los costos de la implementación de una “tolerancia cero” en cualquier tipo de producto que se coloque en el mercado y que con posterioridad a ello se detecten posibles riesgos inicialmente no previstos (...)”

Lo señalado por el citado autor tiene una especial relevancia en el caso del *Recall* debido a que, como bien señalamos, lo que se busca es efectuar una campaña de llamado de revisión de aquellos bienes con posibles fallas o defectos, en la que el fabricante convoca a los potenciales usuarios afectados con la finalidad de solucionarlas a tiempo, de modo que no se produzca una situación que eventualmente genere *per se* un daño real en el consumidor.

Desde mi punto de vista, considero que el deber de idoneidad no debería ser entendido a “raja tabla” ya que, como veremos más adelante, nuestro Código de Protección al Consumidor vigente prevé la existencia del artículo 97°, el cual plantea remedios jurídicos aplicables frente a la existencia de fallas los cuales consisten en: (i) reparar el bien; (ii) de cambiarlo por otro; y (iii) la devolución del dinero pagado como contraprestación por el producto defectuoso.

La interpretación conjunta entre el citado artículo y el deber de idoneidad nos termina por brindar mayores luces respecto a la postura que adopta nuestro Código, siendo una norma que tolera la existencia de fallas en el mercado porque no se pueden pedir productos perfectos.¹²

Ahora bien, dejándose establecido la situación de la materia, resulta pertinente identificar si la figura del recall, entendida como la acción preventiva de los proveedores que identifican las potenciales fallas de los productos puestos en el mercado pese a rigurosos procesos de control de calidad, se encuentra regulado en nuestra legislación de protección al consumidor y, de ser el caso, determinar los alcances del mismo.

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

2.2.1. Decreto Supremo N° 006-2009-PCM, TUO de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor

De acuerdo a lo previsto en el artículo 10° del Decreto Supremo N° 006-2009-PCM, TUO de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor, se aprecia el siguiente dispositivo legal:

Artículo 10.- En el caso que se coloque en el mercado productos o servicios, en los que posteriormente se detecta la existencia de peligros no previstos, el proveedor se encuentra obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro, tales como notificar a las autoridades competentes esta circunstancia, retirar los productos o servicios, disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores oportunamente con las advertencias del caso.

Como se puede notar, la redacción del referido texto legal tiene elementos muy interesantes que deben ser considerados:

- a) Colocar en el mercado productos o servicios, en los que posteriormente se detecta la existencia de peligros **no previstos**.
- b) Obligación del proveedor de adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro tales como: notificar a las autoridades, retirar productos o servicios, disponer la sustitución o reparación, e informar a los consumidores oportunamente con la advertencia del caso.
- c) Exigencias de las medidas no aplican a un determinado sector específico, por lo que se entiende que puede calzar a todas las actividades económicas sobre las que sea posible sustentar fallas sobrevinientes a la fabricación.

En cuanto al primer elemento, se aprecia un reconocimiento expreso de que pueden existir riesgos no previstos que, pese al riguroso control de calidad que pueda tener un producto y/o servicio antes de ponerlos en el mercado, pueden tener fallas; es decir, se tolera la existencia

de fallas en la medida que no exige como estándar de idoneidad la perfección de los productos o servicios puestos a disposición de los consumidores.

Respecto al segundo elemento, se aprecia que la ley de protección al consumidor en referencia contempla, aunque no expresamente con la denominación de recall.

Otro aspecto a tomar en consideración respecto al segundo elemento deviene en la figura del “proveedor”, pues si bien la norma no establece expresamente que se refiere a los fabricantes, el citado dispositivo legal debería ser leído conjuntamente con el artículo 3° del D.S. N° 006-2009-PCM.

Así, el citado artículo define la figura del proveedor de la siguiente manera:

*b) **Proveedores.** - Las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:*

*b.1. **Distribuidores o comerciantes.** - Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, bienes destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.*

*b.2. **Productores o fabricantes.** - Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.*

*b.3. **Importadores.** - Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.*

*b.4. **Prestadores.** - Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores.*

Desde ese extremo, se verifica que efectivamente se contempla al fabricante como un proveedor, encontrándonos dentro del supuesto del recall.

Finalmente, otro aspecto que se debe tener en cuenta respecto a este segundo elemento es que permite aplicar medidas de carácter preventivo como la carta a los consumidores y la notificación a la autoridad respecto al hecho advertido, y también permite adoptar soluciones a los potenciales consumidores afectados.

Finalmente, un tercer elemento que no debe pasar desapercibido es que la norma no plantea una diferencia entre sectores económicos para aplicar la figura del recall o llamado a revisión. Ésta situación es muy interesante ya que, sobre la base del mencionado dispositivo legal, se podría aplicar el recall en el sector automovilístico, alimentario, farmacéutico, de electrodomésticos, entre otros, dado que la norma no prevé una limitación expresa o una prohibición.

Por lo antes señalado, se considera que la norma prevista en el Decreto Supremo N° 006-2009-PCM, TUO de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor sí contemplaba la figura del recall. No obstante, la citada ley de protección al consumidor posteriormente fue derogada.

2.2.2. Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

Con fecha 01 de setiembre de 2010, se promulgó la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, siendo la norma vigente en el Perú en materia de protección al consumidor.

En ese contexto, resulta pertinente traer a colación la disposición prevista en el Artículo 28° del citado texto normativo, cuyos preceptos establecen lo siguiente:

Artículo 28.- Medidas de los proveedores para eliminar o reducir los peligros no previstos

En caso de que se coloquen productos o servicios en el mercado, en los que posteriormente se detecte la existencia de riesgos no previstos con anterioridad o imprevisibles, el proveedor está obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro en el plazo inmediato; entre ellas, notificar a las autoridades competentes esta circunstancia, retirar los productos o servicios, disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores, **a la brevedad**, de las advertencias del caso. **La prueba de las medidas adoptadas corresponde al proveedor.**

Tratándose de riesgos previsibles con anterioridad a su introducción en el mercado, la responsabilidad por la adopción de las medidas anteriores se entiende sin perjuicio de la responsabilidad administrativa.

Si bien la norma citada prevé la figura del recall, considero que la redacción difiere de su antecesora, pues existen algunos elementos a desglosar que requieren una especial apreciación:

- a) Se coloque productos o servicios en el mercado
- b) Posteriormente se detecte la existencia de riesgos no previstos con anterioridad o imprevisibles.
- c) El proveedor está **obligado a adoptar las medidas** razonables para eliminar o reducir el peligro **en el plazo inmediato**, tales como notificar a las autoridades competentes, retirar productos o servicios, disponer la sustitución o reparación e **informar a los consumidores, a la brevedad.**
- d) La prueba de las medidas adoptadas corresponde al proveedor
- e) Tratándose de los riesgos previsibles con anterioridad a su introducción en el mercado, la responsabilidad por la adopción de las medidas se entiende sin perjuicio de la responsabilidad administrativa.

En cuanto al primer y segundo aspecto detallado en la norma vigente, no existe mayores modificaciones por lo que resulta similar a la norma antecesora.

Respecto al tercer aspecto, vale la pena señalar que la adopción de medidas razonables para eliminar o reducir el peligro es considerado una obligación de los proveedores. De allí que, la figura del recall que plantea nuestro ordenamiento sea un recall regulado.

Sobre el particular, vale la pena traer a colación lo señalado por Crosby Buleje¹³, quien sostiene que un recall regulado genera costos para los proveedores, los cuales pueden ser clasificados de la siguiente manera: (i) los costos de ejecución, los cuales hacen incidencia a los propios costos de la implementación del recall y la de aplicación de los remedios; y (ii) los costos posteriores, que hacen incidencia a los daños reputacionales que genera implementar un proceso de recall.

Si bien el ideal normativo es que el recall regulado permita que las empresas asuman las consecuencias de dichos errores (fallas) de manera más eficaz y eficiente, lo cierto es que para que ello funcione debe considerarse que la norma haya podido prever los efectos económicos que genera a los proveedores, pues de lo contrario, el recall no cumpliría el objetivo por el cual fue regulado.

De otro lado, notamos que el tercer aspecto incorpora también términos como “plazo inmediato” o “a la brevedad”, cuando antes menciona que debía considerarse un plazo razonable. Sobre este aspecto, consideramos pertinente señalar que los programas de recall no suelen ser tan ágiles ya que se debe mover toda una cadena de procedimientos que van desde la toma de decisión del fabricante (tomando en cuenta que muchas empresas son multinacionales), hasta la notificación a los distribuidores y a su vez a los consumidores, por lo que exigir un plazo breve para ello puede generar que en realidad se agudicen los problemas vinculados a los recall.

Sobre la base de lo anterior, considero que la redacción no refleja coherentemente el sentido del recall, pues si sabemos que estamos frente a una situación potencial (es decir, el daño aún

¹³ PROMETHEO. Avances y experiencias con relación a la aplicación del reglamento de comunicaciones de alertas y advertencias. Consultado el 24 de octubre de 2020 en: <http://prometheo.pe/avances-y-experiencias-con-relacion-a-la-aplicacion-del-reglamento-de-comunicacion-de-alertas-y-advertencias/>

no se ha producido), el plazo razonable de la medida debería ser el estándar, considerándose además los costos de transacción que puede suponer mover todo el engranaje de acciones para llevar a cabo el procedimiento de revisión, con excepción de aquellos casos en los que el potencial defecto pueda poner en riesgo la vida, la salud o la seguridad.

Ahora bien, con relación al cuarto aspecto a tener en cuenta en la citada norma, vemos que la norma vigente incorpora la obligación de la carga probatoria respecto a haber llevado a cabo el procedimiento de recall.

Y finalmente, respecto al quinto aspecto, se advierte que aun cuando se lleve a cabo un procedimiento de recall, la norma no es clara en establecer un supuesto de eximente de responsabilidad pese al carácter preventivo de la medida, lo cual constituye un grave problema para el cumplimiento real del dispositivo legal.

En ese contexto, al no tener normas claras respecto a la responsabilidad administrativa que se pueda generar, debe analizarse cuidadosamente qué tan beneficioso, a nivel de costos, será el cumplimiento de la norma frente a su incumplimiento, sobre todo porque los procedimientos de recall implican un gran despliegue que económicamente es asumido por el fabricante, pero en caso de no existir incentivos para ello, quizás termine generando que este no ocurra y prefieran pagar la sanción administrativa.

Sin perjuicio de lo antes señalado, considero que quizás el único caso donde sí debería mantenerse la responsabilidad administrativa (más allá de los costos que pueda generar al fabricante el procedimiento de llamado a revisión) es cuando nos encontremos frente casos en los que se pongan en riesgo la vida, la salud y la seguridad, pues en tales casos estaríamos frente a materias no negociables en el que el Estado deberá ejercer plenamente su potestad punitiva, debiendo considerarse la actuación del fabricante como una medida atenuante que deberá ser valorada al momento de analizar la determinación de la sanción.

Por otro lado, resulta pertinente mencionar que las disposiciones previstas en el Art. 28° del Código deben leerse conjuntamente con el artículo 29° del mismo texto normativo, en la medida que, en esta última, se establecen los criterios que deben seguir las advertencias de

los riesgos y peligros no previstos o imprevisibles que se detecten con posterioridad a la colaboración de los productos o a la prestación de los servicios en el mercado, en cuyo caso debe aplicarse complementariamente las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 050-2016-PCM, referido al Reglamento que establece el procedimiento de comunicación de advertencias y alertas de los riesgos no previstos de productos o servicios colocados en el mercado que afecten la salud y/o seguridad de los consumidores.

Entre los principales requisitos tenemos:

a. La advertencia debe ser difundida con la debida celeridad. Se deben difundir las advertencias en un plazo prudencial de acuerdo con la gravedad del riesgo o peligro involucrados. Tratándose de un daño grave a la vida o a la salud de los consumidores, las advertencias deben ser difundidas de inmediato, apenas existan indicios para suponer la existencia del peligro.

b. Debe usarse un encabezamiento o señal de advertencia adecuados al riesgo o peligro que se advierte. El título con el que se pretende llamar la atención del consumidor debe ser adecuado para que, sin alarmar innecesariamente, llame la atención lo suficiente con relación a la magnitud del riesgo al segmento de la población afectada y permita a los interesados identificar la importancia de la advertencia para ello.

c. El tamaño y frecuencia de la advertencia deben ser adecuados. Las dimensiones de la advertencia y la frecuencia con la que se hace, en el caso de que la advertencia se haga por medios de comunicación, deben permitir que se llegue a los consumidores afectados o potencialmente afectados.

d. Se debe especificar la naturaleza del riesgo o peligro que se advierte señalando si dicho riesgo afecta la vida o salud del consumidor, su propiedad o la pérdida o afectación del producto adquirido.

e. Debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor que actúa con la diligencia ordinaria según las circunstancias del caso. Debe, por tanto, descartarse el uso de

lenguaje excesivamente técnico o científico, utilizándose, por el contrario, términos que permitan al consumidor entender cuáles son los riesgos o peligros que se le advierten.

f. Se debe describir el nivel de certidumbre que rodea al riesgo o peligro previsible. Si el riesgo es solo potencial o no se tiene certeza absoluta del mismo, debe indicarse ello en el aviso o advertencia, pudiendo en esos casos usarse expresiones condicionales. Por el contrario, si se trata de un riesgo cierto y preciso, debe utilizarse un lenguaje que dé a entender ello al consumidor.

g. Deben explicarse las medidas que se adoptan para evitar el riesgo o daño o para mitigar los efectos que puedan producirse. La advertencia debe, de ser posible, señalar cómo corregir estos problemas de una manera clara y sencilla.

h. Se debe incluir una fuente de información alternativa, que sea gratuita y de fácil acceso para los consumidores, con la finalidad de poder contar con mayor información sobre las advertencias de los riesgos y peligros del producto, indicando el número gratuito de contacto o su localización. Dicha información debe ser, además, comunicada de inmediato al Indecopi.

Sobre la base de lo anterior, se puede advertir que nuestra legislación vigente sí prevé el recall, presentado incluso una regulación más exhaustiva que su antecesora, lo que nos permite afirmar que el Código vigente no solo incorpora nuevas obligaciones para los administrados (entiéndase proveedores), sino que incluso se reglamenta las advertencias por riesgos que afecten la vida y/o la salud.

Sin perjuicio de ello, nótese que hay posturas que cuestionan el nivel de regulación que se prevé a la figura del recall, sobre todo desde un punto de vista de costos, pues al parecer no se habría analizado correctamente el impacto económico en los proveedores al punto de señalarse que el cumplir el recall genera más costos que el no cumplirlo, por lo que no habría incentivos claros respecto a estos temas.

2.3. Los defectos en la fabricación de productos y su interpretación en la jurisprudencia peruana: tolerancia cero.

Previo a aventurarnos a iniciar un análisis respecto al tratamiento legal de nuestra jurisprudencia peruana, concretamente la desarrollada por INDECOPI, respecto a la existencia real o potencial de defectos en la fabricación de productos y su vinculación con el deber de idoneidad, resulta pertinente recordar lo señalado por Rómulo Mezarina¹⁴ en cuanto a que:

“(…) pretender encontrar en el proveedor la responsabilidad absoluta por cualquier evento, defecto o potencial falla sancionándolo por una vulneración al deber de idoneidad a pesar que la norma vigente establece requisitos para solucionar riesgos no previstos, nos parece que le hace un flaco favor a los consumidores porque finalmente serán ellos quienes se les trasladará los costos de la implementación de una “tolerancia cero” en cualquier tipo de producto que se coloque en el mercado y que con posterioridad ello se detecten posibles riesgos inicialmente no previstos (…)”

En ese contexto, veamos si los casos que desarrollaremos a continuación tienen realmente en cuenta el impacto que pueden generar en los derechos de los consumidores, no solo desde un punto de vista de costos de transacción sino desde la formación de incentivo a los fabricantes para la aplicación del *recall* como una medida preventiva aplicable a la potencial existencia de fallas o desperfectos en bienes de consumo masivo.

2.3.1. Caso Toyota: Resolución N° 0177-2012/SC2-INDECOPI

En el año 2009, el señor Narazas acudió a un concesionario de la marca Toyota y adquirió un vehículo de la misma marca, modelo Avensis, fabricado el mismo año. Sin embargo, a los pocos meses después de la compra, el señor Narazas recibió una carta de Toyota del Perú

¹⁴ IUS 360. Reflexiones en torno al “recall” en el código de protección y defensa del consumidor ¿una infracción consumada o una conducta diligente? Disponible en: <https://ius360.com/publico/administrativo/reflexiones-en-torno-al-recall-en-el-codigo-de-proteccion-y-defensa-del-consumidor-una-infraccion-ya-consumada-o-una-conducta-diligente/>

S.A. en el que se le informaba que su vehículo había sido seleccionado para ingresar a la campaña de llamado a revisión (recall) debido a que el vehículo en determinadas condiciones climáticas de frío extremo y bajo condiciones de manejo muy particulares (entre las que se encuentra el recorrer largas distancias a muy alta velocidad con el pedal del acelerador a fondo), el pedal del acelerador podría tardar en retornar a la posición de desaceleración.

Como consecuencia de lo anterior, el 7 de abril de 2010, el vehículo del señor Narazas fue ingresado a un taller autorizado de Toyota para ser revisado y, posteriormente, fue reparada la potencial falla con la introducción de una pieza en el pedal como medida de solución correspondiente a fin de evitar la falla real del vehículo. Así, el procedimiento de revisión llevado a cabo por Toyota (que incluye la pieza incorporada) fue aplicada de manera gratuita en beneficio del consumidor.

No obstante, pese a las medidas implementadas, el Sr. Narazas denunció a Toyota ante la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur por la presunta infracción al artículo 8 del Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor, sosteniendo que se le habría vendido un vehículo no idóneo como consecuencia de la presencia de fallas de fábrica al poco tiempo de haber sido adquirido.

En su defensa, Toyota sostuvo que aplicó las disposiciones previstas en el artículo 10 de la Ley de Protección al Consumidor (vigente en la época) y, en consecuencia, procedió a aplicar las medidas preventivas necesarias (llamado a revisión), comunicándose diligentemente con propietario del vehículo para informar que encontraba incluido en el programa de llamado a revisión que había sido ordenado desde la casa matriz sin costo alguno para el consumidor ya que era consecuencia de la política de control de calidad y de protección al consumidor que había implementado la empresa.

Mediante Resolución N° 1578-2011/CPC, la Comisión resolvió declarar fundada la denuncia interpuesta por el Sr. Narazas al indicar que se le entregó al denunciante un vehículo no idóneo, pues un consumidor no esperaría que un vehículo nuevo presente fallas o problemas en su funcionamiento al poco tiempo de haber sido adquirido, pero declaró infundada las otras pretensiones del Sr. Narazas.

Como consecuencia de lo anterior, tanto el Sr. Nazaras y Toyota presentaron sus respectivas apelaciones, siendo resulta mediante Resolución N° 0177-2012/SC2-INDECOPI, en el cual la Sala confirma la resolución venida en grado respecto a la presunta infracción del artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor al sostener entre sus fundamentos lo siguiente:

“Si bien en el presente caso no podemos afirmar que nos encontramos frente a una falla o defecto en el vehículo – aunque sí que nos encontramos frente a una falla de manera potencial – lo cierto es que un consumidor que adquiere un vehículo nuevo de la marca reconocida en el mercado internacional (...)

Asimismo, se esperaría que cualquier pieza que deba instalarse en un componente fundamental del vehículo (como el acelerador), sea instalada y probada en este al momento de su fabricación, siendo en esta etapa donde se puede verificar la existencia de cualquier problema que pueda surgir, es decir, antes de la comercialización en el mercado (...)

Es evidente que la sola potencialidad de una falla en uno de los componentes fundamentales del vehículo (acelerador) y la colocación de la pieza ajena a este afectaron las expectativas legítimas del señor Narazas (...)”

Como podemos leer de la Resolución comentada, la postura que adopta la Sala respecto a la aplicación del recall termina por desconocer el sentido mismo de la medida preventiva al exigírsele al proveedor, en este caso Toyota, que ponga en el mercado productos perfectos que jamás puedan presentar fallas o desperfectos después de ponerse en circulación, en cuyo caso – afirma la Sala - el control de calidad debe darse únicamente de forma anterior, adoptándose así una “tolerancia cero” a los desperfectos.

A modo de comentario, se debe tener presente que los defectos en los procesos de fabricación, pese a efectuarse los respectivos controles de calidad de los productos con anterioridad a que salgan al mercado, no implica que no puedan presentarse fallas ya que es imposible garantizar de forma absoluta la perfección de un producto. Por el contrario, aún si se adoptase una conducta diligente al momento de efectuar el control de calidad anterior a la

comercialización es totalmente posible que ocurran situaciones no previstas.

En ese contexto, y considerándose justamente que la fabricación de productos masivos no está exenta de la presencia de fallas de forma posterior al proceso de control de calidad, es que surge la figura del “Recall” que sirve como contramedida en estos casos, donde los fabricantes adoptan una acción preventiva frente a la detección de potenciales fallas en el producto y/o en el correcto funcionamiento del mismo.

Además, en el caso particular del mercado de automóviles, la situación es bastante compleja por la cantidad de piezas que requiere la fabricación de los productos que posteriormente serán ensamblados, así como por la cantidad de fases que requiere el ensamblaje de los mismos que van desde la recepción y clasificación de piezas, corte de piezas metálicas que servirán como el armazón del vehículo, ensamblaje de motor, chasis y piezas hasta las pruebas finales del proceso de producción de un automóvil, situación que evidentemente no fue analizado por la Sala.

2.3.2. Caso América Móvil: Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI

El 11 de abril de 2011, el señor Torrealba adquirió un equipo telefónico modelo Iphone 4 de 32 Gb., color negro, en América Móvil Perú S.A.C.; no obstante, a los meses de adquirido, el producto empezó a presentar fallas de funcionamiento debido a que la pantalla no encendía y no se podía visualizar.

Debido a ello, el señor Torrealba procedió a ingresar el teléfono al servicio técnico de la empresa, en el que le informaron que el display se encontraba averiado y que presentaba golpes, sin especificar las causas del defecto. Como consecuencia del diagnóstico, el área técnica negó la posibilidad de hacer efectiva la garantía del equipo por la presencia de golpes, pese a que no analizaron los elementos interiores del equipo.

Ante tal situación, el señor Torrealba procedió a presentar una denuncia contra América Móvil Perú S.A.C ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de INDECOPI por la presunta infracción al deber de idoneidad prevista en el artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

En su defensa, América Móvil Perú S.A.C. sostuvo que el equipo del señor Torrealba fue revisado exhaustivamente por los técnicos y que, tras la revisión efectuada, se determinó que el equipo presentaba fallas en el display principal, así como evidencia de golpes, razón por el que se encontraba excluido de la garantía ofrecida como expresamente se había señalado en los supuestos de exclusión del equipo.

El Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos N° 3, mediante Resolución N° 1362-2011/PS3, declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Torrealba al sostener que se acreditó la existencia de fallas de funcionamiento en el teléfono celular adquirido por aquel, siendo que la empresa negó indebidamente la cobertura de la garantía otorgada al producto, por presentar golpes, toda vez que presentó los medios probatorios que acrediten de manera suficiente que las fallas de funcionamiento se hayan producido por causas imputables al denunciante y no por la existencia de un defecto de fábrica en el referido equipo.

Debido a ello, América Móvil Perú S.A.C. interpuso apelación al sostener que se negó a brindar la cobertura de la garantía debido a que el celular del denunciante presentó golpes, situación que constituía una exclusión expresa de la garantía según el Manual del Cliente, documento que fue puesto en conocimiento del consumidor oportunamente.

Mediante Resolución N° 3015-2012/CPC, la Comisión de Protección al Consumidor de Lima Norte confirmó la resolución venida en grado en el extremo que declaró fundada la infracción al artículo 19° del Código al haberse acreditado objetivamente la existencia de fallas en el equipo.

Frente a lo resuelto por la Comisión, América Móvil Perú S.A.C. formuló recurso de revisión al considerar que se aplicó erróneamente el artículo 19° del Código en la medida que el citado artículo no está referido a que los proveedores deban garantizar que sus productos o servicios nunca deban presentar fallas o desperfectos, dado que tal obligación sería de imposible cumplimiento, sino en solucionarlas bajo la aplicación de las garantías implícitas o explícitas.

La Sala que toma conocimiento del recurso de revisión resuelve la controversia a través de la Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI, declarándolo improcedente en mayoría, bajo

los siguientes fundamentos:

“En ese sentido, si un consumidor adquiere un vehículo nuevo no espera que 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.

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). 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.

(...)

A criterio de este Colegiado, en el caso de la venta de productos de comercialización masiva no idóneos, es el proveedor quien tiene una ventaja comparativa en la prevención o en la asunción de los riesgos dada su especialización respecto de su actividad productiva y de comercialización, al ser estos los que organizan, dirigen y efectúan el control de los productos que hacen ingresar en el mercado.

Esta Sala no pretende desconocer la existencia de mecanismos de control de los

bienes por parte de los proveedores; no obstante, lo que propugna a través de la presente resolución, es que las empresas fortalezcan los referidos sistemas a fin de que los productos que ingresen al mercado sean idóneos y no defrauden las expectativas de los consumidores; así como introducir un elemento disuasivo a fin de que los proveedores no incurran en prácticas que afecten los derechos de los consumidores al ser los proveedores quienes deben asumir los costos derivados de la venta de productos no idóneos.”

Como se puede leer y, más allá de la postura que se pueda tener en el caso particular, es interesante entender el criterio asumido por la Sala en la Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI donde expresa una “tolerancia cero” a los desperfectos, pues asume que a pesar de que el proveedor pueda haber reparado el producto, o lo haya repuesto por otro o, incluso, haya procedido a la devolución del dinero al consumidor conforme a las disposiciones previstas en el artículo 97° del Código, automáticamente debe ser sancionado ya que la infracción habría quedado consumada.

Desde esa perspectiva, la Sala entiende que el deber de idoneidad supone que los proveedores se encuentren obligados a vender productos perfectos cuya obligación no solo desconoce la posibilidad de que puedan existir desperfectos no previstos aún se hayan realizado las acciones de control necesarias, sino que obliga al proveedor que asuma los costos de un control perfeccionista antes de que los productos salgan al mercado.

Lo anterior genera serias dudas en la interpretación que se busca dar al deber de idoneidad, pues si el objetivo de la norma fuese que los productos gocen de perfección, no tendría sentido que existan los remedios jurídicos previstos en el Artículo 97° del Código de Protección al Consumidor.

Asimismo, no se puede dejar de lado que la Sala únicamente se enfoca en los controles de calidad de forma anterior a la puesta en circulación dentro del mercado; es decir, en el control *ex ante* como obligación de los proveedores; pero deja de lado la posibilidad de aplicar medidas de prevención posterior en el que los proveedores y/o fabricantes puedan realizar acciones de control de calidad, sin que ello suponga necesariamente el reconocimiento de

una responsabilidad administrativa, pese a que nuestra legislación vigente y su antecesora reconocen la figura del *recall* o llamado a revisión como medida preventiva.

Si la norma permite la aplicación de procedimientos de control de calidad de forma posterior; es decir, de forma *ex post*, se entiende que en definitiva los productos que circulan en el mercado no pueden ser perfectos, pues aun cuando se lleve a cabo procedimientos de control exhaustivos, pueden suceder hechos no previstos que requieran la actuación oportuna del proveedor para evitar que una potencial falla ocurra.

Castigar la actuación del proveedor, aun cuando actúe con diligencia, no generaría los incentivos necesarios para que busquen realizar las acciones de control posterior a través del *recall*, pues podría entenderse que resulta más rentable dejar de cumplir la norma que pagar las multas que la Autoridad Administrativa pueda imponer en cada caso concreto, lo cual considero que sería un despropósito a los derechos del consumidor constitucionalmente protegidos.

- 2.4. Cambio de paradigma: El “*recall*” como remedio jurídico equiparable a los derechos previstos en el Artículo 97° del Código de Protección al Consumidor.

Como bien hemos podido advertir, el *Recall* es una figura jurídica que funciona de forma preventiva ante la posibilidad de que los productos puestos en el mercado puedan presentar fallas que terminen afectando el producto en sí mismo, o afecten su correcto funcionamiento, sin incluso ser advertidos realmente por los consumidores, dando la opción al fabricante de que estos sean puestos a su disposición para que sean revisados y, en su momento, sean corregidos por el fabricante sin mayores costos para el consumidor, situación que, a mi entender, de ninguna manera implicaría un reconocimiento expreso de la presunta comisión de una infracción administrativa del deber de idoneidad.

En ese extremo, es posible notar que el *recall* reconoce la posibilidad de que el proveedor pueda adoptar procedimientos de control posterior en el que se pueda implementar programas de control de calidad en los productos puestos en el mercado con el objetivo de detectar

potenciales defectos no previstos , lo cual no solo resulta beneficioso para los consumidores sino que, en determinadas industrias de consumo masivo como el automovilístico, alimentario, farmacéutico, químicos, de electrodoméstico, entre otros de complejo proceso, resultan necesarios a efectos de anticiparse a los daños reales que se puedan generar a los consumidores por la concretización de fallas.

Desde esa perspectiva, la figura del recall no solo nos demuestra que es imposible colocar en el mercado productos perfectos; es decir, que nunca presenten fallas pese al riguroso control de calidad que se pueda tener sobre estos, sino que abre la posibilidad de que los proveedores adopten las medidas razonables necesarias que permitan reevaluar el control de calidad a efectos de detectar y aplicar contramedidas que permitan subsanar cualquier a daño real a cuenta y costo del fabricante.

Un claro ejemplo de la aplicación de esta medida preventiva lo podemos encontrar en el “Manual de Buenas Prácticas de Recall Dirigidos a la Industria de Alimentos” que forma parte del Programa de Difusión y Transferencia de Conocimiento y Buenas Prácticas para el Manejo de Alimentos y las Técnicas de Recall en el Retail del Proyecto InnovaChile en el que se suman diversas empresas de reconocida reputación como “3M”, “Nestlé”, “Aconcagua Foods”, entre otras.¹⁵

El citado manual señala que el contenido es aplicable a la industria alimentaria que incluye la producción, importación, envasado, almacenamiento y distribución hasta la venta de alimentos para proteger la vida y nutrición de la población con el objeto de garantizar el suministro de productos sanos e inocuos, reconociendo que tanto el error sanitario como la pérdida de calidad de los alimentos pueden producirse en cualquier fase de la cadena alimentaria, lo que supone que los actores (entiéndase, las empresas de la industria alimentaria) tienen que contar con un procedimiento que permitan prevenir las fallas y establecer pautas de acción necesarias, según sea el caso.

Así, el Manual promueve que las empresas tengan un sistema de trazabilidad que se avoque,

¹⁵ GCL Capacita. Manual de Buenas Prácticas de Recall. Dirigido a la Industria de Alimentos. Santiago de Chile. pp. 8

en primer lugar, a tener una trazabilidad hacia atrás; es decir, una trazabilidad respecto de los proveedores que los abastecen o les suministran los insumos alimenticios a utilizar en los alimentos; en segundo lugar, una trazabilidad interna o trazabilidad de proceso, el cual implica que exista una cadena de información dentro a las fases productivas de la empresa que incidan en la elaboración y/o producción de alimentos, siendo así una trazabilidad promovida particularmente por la autogestión del control de calidad; en tercer lugar, una trazabilidad hacia adelante, que supone la necesidad de tener una codificación segura y eficaz que permita identificar cualquier unidad inequívocamente una vez que sale al mercado a efectos de prevenir cualquier contingencia que pueda ocurrir de forma posterior.

Dentro de la última parte del sistema de trazabilidad, reconocen la posibilidad de aplicar el *recall* como un mecanismo preventivo aclarando que no en todos los casos supone el retiro del producto del mercado; es decir, el retiro cuando el producto ya fue adquirido por un consumidor, sino que pueden incluso aplicarse como una medida preventiva que, pese a encontrarse lista para su distribución y comercialización en bodegas y/o almacenes, estos puedan ser retirados o recuperados.

Cabe mencionar que la figura del recall como medida preventiva no solo aplica cuando se tenga certeza sobre una determinada falla, sino incluso cuando se advierta meramente una potencialidad de la existencia de una falla, aunque no se tenga certeza de la misma.

En ambos casos, el Manual reconoce que dentro de la industria alimentaria las causas posibles más comunes por los cuales se aplica el recall es cuando estamos frente a la presunta existencia de alérgenos en los productos comercializados, la contaminación por microorganismos, la contaminación química, la contaminación física, el error de rotulado o el defecto de empaque, sobre los que podrían tenerse la certeza o no de la presencia de tales fallas; de allí que sea necesario y útil tener una trazabilidad para el muestreo correspondiente a efectos de anticiparse y adoptar las acciones necesarias.

Ahora bien, dejando de lado el Manual, considero pertinente insistir en que el “llamado a revisión” no se centra única y exclusivamente a retirar un producto del mercado; es decir, no se debe dar por sentado que siempre que haya un procedimiento de revisión necesariamente

sea porque existe un producto fallado sobre el que se deba reparar, cambiar o devolver el dinero; por el contrario, puede darse el caso que de las acciones adoptadas se percaten que la presunta falla no existe en el producto revisado concluyendo el “llamado a revisión” únicamente con una recomendación respecto al uso del producto, generándose en tales supuestos consecuencias distintas a las previstas en el artículo 97° del Código de Protección al Consumidor.

Entonces, entendiendo que el recall o llamado a revisión no siempre concluye en la confirmación de fallas e, incluso, hemos visto en el ejemplo del Manual que no siempre ocurren en la etapa de comercialización final donde se pone a libre disposición de los consumidores para su adquisición sino que pueda darse también en los propios almacenes o bodegas; esto es, cuando ya concluyeron con el control de calidad ex ante para ser puestos a disposición de los consumidores. Con ello, nos damos cuenta de la inmensa importancia del *recall* como una medida sumamente importante que debe ser promovida por el Estado, pues resulta ser una manera de expresión del Artículo 65° de la Constitución en tanto brinda remedios jurídicos que pueden aplicarse en situaciones de potencialidad, sin que implique necesariamente (i) la reparación del bien, (ii) el cambio o (iii) la devolución del dinero a los consumidores.

En ese extremo, el recall como medida preventiva a efectos de mitigar una afectación real en los derechos del consumidor resulta relevante, pues en el caso de hacer un llamado a revisión y que se corrobore la potencialidad del daño, los proveedores tendrían la oportunidad de proceder con una acción correctiva inmediata y eficaz que implique aplicar los remedios jurídicos existentes en nuestro Código.

Adicionalmente, bajo la misma figura de prevención, es posible aplicar recomendaciones de uso que también calzaría como un remedio jurídico o, incluso, en aquellos supuestos en los que, pese a concluir los controles de calidad ex ante y se encuentren listos en bodega para su comercialización (aunque aún no estén a disposición de los consumidores finales), sean retirados o recuperados a efectos de evitar potenciales contingencias.

Ello nos lleva a pensar que el procedimiento de revisión permite una acción más amplia como

un mecanismo preventivo el cual, si bien es cierto, puede surgir como consecuencia de la política interna de proveedor o incluso sea consecuencia de una disposición legal como obligación de los proveedores (como en el caso del Perú), nos lleva comprender la importancia que tiene ésta en la esfera de los derechos del consumidor, configurándose así en un derecho equiparable a los remedios jurídicos que prevé el artículo 97° del Código, pues su incidencia va más allá de la mera confirmación de una falla real en un producto, sino que contempla un plan inmediato de acción que incluso puede ocurrir en un momento intermedio a la puesta a disposición de los consumidores finales, realizando acciones inmediatas e innovadoras que sirvan para mitigar cualquier potencial daño por la ocurrencia de fallas en los productos.

De allí que considero a la prevención ex ante y ex post como necesaria, sobre todo en los bienes de consumo masivo, pues permite una actuación inmediata de los proveedores frente a daños potenciales de los que se podría tener certeza o no de estas en determinadas industrias (automovilístico, farmacéutico, electrodomésticos, celulares, alimenticios, etc.), lo que implica a su vez que estas sean promovidas de manera correcta.

En ese extremo, debemos recordar lo señalado por Crosby Buleje¹⁶, quien sostiene que un recall regulado genera costos para los proveedores, los cuales pueden ser clasificados de la siguiente manera: (i) los costos de ejecución, los cuales hacen incidencia a los propios costos de la implementación del recall y la de aplicación de los remedios; y (ii) los costos posteriores, que hacen incidencia a los daños reputacionales que genera implementar un proceso de recall.

Si bien el ideal normativo es que el recall regulado permita que las empresas asuman las consecuencias de dichos errores reales o potenciales de manera más eficaz y eficiente, lo cierto es que para que ello funcione debe considerarse que la norma haya podido prever los efectos económicos que genera a los proveedores, pues de lo contrario, el recall no cumpliría el objetivo para el cual fue regulado, pues una inadecuada regulación traería como

¹⁶ PROMETHEO. Avances y experiencias con relación a la aplicación del reglamento de comunicaciones de alertas y advertencias. Consultado el 24 de octubre de 2020 en: <http://prometheo.pe/avances-y-experiencias-con-relacion-a-la-aplicacion-del-reglamento-de-comunicacion-de-alertas-y-advertencias/>

consecuencia que estos no sean aplicados porque sería más rentable incumplir la norma que cumplirla.

Lamentablemente el paradigma de la “tolerancia cero” a los productos defectuosos puestos en el mercado que desafortunadamente han sido motivados por las resoluciones de INDECOPI antes citadas (que prevén como estándar de protección la venta y/o comercialización de productos perfectos), han generado barreras en el uso de las medidas de prevención ex post, pues si el proveedor siempre es responsable por los defectos (incluso los no previstos pese a tener controles de calidad de productos muy rigurosos), termina generando las condiciones perfectas para desincentivar su aplicación, dado que el emplearlo no solo llevaría a los proveedores a asumir los gastos que implica mover el engranaje del llamado a revisión (desde su detección hasta la aplicación de las contramedidas), sino que dejan carta abierta para que INDECOPI pueda sancionarlos por una presunta infracción al deber de idoneidad.

Por el contrario, contar con una norma que se anticipe a estas situaciones de costos excesivos y que faculte a los proveedores subsanar oportunamente aquellas fallas potenciales sobre los que aún no se tiene una certeza absoluta, permite reconocer la triple funcionalidad¹⁷ procedimiento de recall:

a. Para el consumidor, como una herramienta que le permite prevenir daños potenciales en los productos adquiridos a efectos de evitar fallas reales, anticipándose así a que estos ocurran, en cuyo caso aplicarán las medidas razonables, eficaces y en el menor tiempo posible que sean necesarias para mitigar.

b. Para el proveedor, como una herramienta preventiva que le permita mitigar contingencias legales y reputacionales, siendo incluso considerada como una conducta que pueda construir nuevas bases para la credibilidad de la empresa para con sus clientes, promoviéndose así un clima de responsabilidad empresarial y respeto por los derechos de los consumidores, siendo útil incluso esta característica como una forma de competir sobre la base de la eficiencia.

¹⁷ NORABUENA, Andrea. Sobre el alcance del recall de productos defectuosos en nuestro ordenamiento jurídico. Disponible es: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16444>

c. Para la Autoridad de Consumo, como una herramienta que le permite adelantarse a situaciones de desperfectos y colaborar en la presentación de soluciones idóneas para el consumidor, sin tener que iniciar procedimientos de oficio contra cada empresa que utilice los mecanismos de prevención posterior evitando así los sobrecostos que ello implica y el cumplimiento efectivo del principio de economía procesal que tiene como premisa el ahorro en el uso de los recursos públicos.

Bajo esa línea argumentativa, considero que los productos puestos en el mercado no pueden ni deben tener como estándar de protección la perfección, lo que nos lleva a señalar que resulta necesario un cambio de paradigma de la “tolerancia cero” de tal modo que la regulación sea más coherente con los fines de los derechos del consumidor, dando oportunidad a que los proveedores puedan ejercer acciones oportunas, preventivas y necesarias en aquellos casos en los que se detecte fallas no previstas en los controles de calidad ex ante y que, potencialmente, no supongan un daño en la vida, la salud o la seguridad de los consumidores.

Así, tanto la aplicación del artículo 28º (recall) y el artículo 97º (derechos del consumidor) del Código de Protección al Consumidor deslizan la posibilidad de que los productos puestos en el mercado no siempre sean perfectos; por el contrario, las tolera siempre que al tenerse conocimiento de ellas se apliquen contramedidas que permitan mitigar los potenciales daños que pueda generarse en los consumidores previa comunicación a estos, deslizándose así la posibilidad de que las acciones de prevención puedan ser consideradas también un derecho de los consumidores completamente equiparables a los derechos ya reconocidos actualmente a ellos.

2.4.1. Consumidor razonable: inexistencia de productos perfectos

En las resoluciones antes comentadas hemos podido advertir que cuando un proveedor no cumplía con el estándar de perfección que exigía la Autoridad de Consumo por el solo hecho de haber puesto en el mercado productos defectuosos, pese a que el daño o falla en el producto pueda ser considera meramente potencial, sancionaba a los proveedores por el

incumplimiento del deber de idoneidad.

Debido a ello, resulta pertinente delimitar el alcance del deber de idoneidad que prevé nuestro Código de Protección al Consumidor, cuyo texto legal previsto en el artículo 18° de la citada norma lo regula de la siguiente manera:

Artículo 18.- Idoneidad

Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

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.

Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

De lo señalado por la norma, entendemos que el deber de idoneidad hace referencia a la correspondencia entre lo que un consumidor espera de un producto o un servicio y lo que efectivamente recibe; es decir, que la norma busca proteger las expectativas que se formaron en el consumidor en virtud de distintos factores, tales como: la información recibida, las circunstancias de adquisición, las características del producto o servicio, el precio, entre otros.¹⁸

No obstante, la protección de expectativas sin parámetros claros puede generar serios problemas al momento de imputar responsabilidad, pues no se puede obviar que la formación de expectativas surge dentro de la esfera subjetiva de cada persona, lo que implica que cada

¹⁸ REJANOVINSCHI, Moisés (2012). Hacia la protección del consumidor en la Comunidad Andina. Recuperado de Repositorio Institucional PUCP: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/110987>

consumidor comprenda e interprete la información de acuerdo a su propia perspectiva sobre la base de la información explícita o implícita que pueda ser puesta a disposición por el proveedor, pues resulta lógico que cada persona añada juicios de valor que terminen por influir en el proceso de toma de decisiones del consumidor.

Debido a la existencia de esta problemática, el Código de Protección al Consumidor no ampara cualquier tipo de expectativa que pueda nacer del consumidor, sino solo aquellas que se encuentren vinculadas estrechamente con la información que reciba el proveedor; es decir, aquella información explícita o implícita¹⁹ que pueda estar asociada al bien y/o servicio adquirido y, siempre que el consumidor actué dentro de un parámetro de la debida diligencia o bajo el comportamiento razonable.

En esa línea, Gustavo Rodríguez²⁰, señala que al tener claro que el consumidor protegido es el que actúa razonablemente, debemos comprender cómo se determina la expectativa razonable, siendo esa la forma en la que deben resolverse los casos en los que se alega la presunta infracción al deber de idoneidad.

De allí que la determinación de un parámetro razonable permite que aquella subjetividad en la que se asientan las expectativas del consumidor no sean irrestrictas, sino que permitan tener límites claros respecto a los alcances de responsabilidad del proveedor, permitiendo de esta manera equilibrar la balanza en ambos lados.

Desde esa perspectiva, un consumidor razonable entendería que los bienes puestos a disposición en el mercado, si bien tienen por objeto satisfacer las expectativas para las cuales fueron puestas en el mercado, no se encuentran exentas de presentar fallas dado que es imposible asegurar que un producto sea siempre perfecto, dejándose abierta la posibilidad de que un producto pueda presentar fallas de fábrica.

Por ello, aun cuando estemos frente a garantías implícitas y el proveedor asuma ciertas

¹⁹ Fundamento 39 de la Resolución Final N° 069-2019/CC3 emitida por la Comisión de Protección al Consumidor N° 3 – Sede Central.

²⁰ RODRIGUEZ, Gustavo. Apogeo y Decadencia del Deber de Idoneidad en la Jurisprudencia Peruana de Protección al Consumidor. THEMIS, Revista de Derecho. Lima, número 65, página 304.

obligaciones conexas no expresamente señaladas frente al consumidor como puede ser la garantía de funcionalidad de un determinado producto se aplique los márgenes de razonabilidad cuya aplicación no solo analice el supuesto en el que una cosa sea apta para su destino; es decir, sea funcional, útil o que cumpla con el objeto para la cual fue concebida²¹, dicha obligación no debe alejarse del marco de razonabilidad que debe tener un consumidor sobre todo si se entiende que mientras más complejos son los procesos para elaborar productos de consumo masivo, mayor es el riesgo de que alguna parte del proceso interno pueda fallar y, por ende, que el producto adquirido no pueda ser perfecto.

No obstante, frente a la posibilidad de tener productos desperfectos en el mercado, nuestra norma vigente prevé la posibilidad de aplicar los derechos previstos en el inciso c) del artículo 97 del Código de Protección al Consumidor en el que los consumidores tendrán derecho a la reparación o reposición del producto o a la devolución de la cantidad pagada cuando, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad u otras, el producto adquirido no sea apto para el uso al cual está destinado.

De forma complementaria, encontramos a los procedimientos de llamado a revisión que sirven como mecanismos preventivos empleados por los proveedores, conforme se encuentra regulado en el artículo 28° del Código, en cuyo caso se entiende que la norma tiene objeto aplicar medidas preventivas razonables cuando se advierta de un potencial defecto no previsto, pese a realizarse exhaustivos controles de calidad del producto antes de ser puestos en el mercado.

Ello nos demuestra que un consumidor razonable no esperaría que todos los productos puestos en el mercado ingresen siempre bajo estándares de perfección; por el contrario, un consumidor razonable entendería que es muy probable que un producto de fabricación masiva pueda tener algún error, debiendo ser subsanado por el proveedor ni bien tenga conocimiento del mismo, lo cual puede ocurrir en dos momentos: i) cuando el producto presente fallas reales o concretas sobre que debería aplicar de todas maneras el literal c) del

²¹ WEINGARTEN, Celia (2011). La confianza como elemento superador de la asimetría informativa para los consumidores y usuarios. En C. Ghersi y C. Weingarten, Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores. Buenos Aires: La Ley.

art. 97° del Código, o ii) cuando considere tener sospechas de posibles fallas (riesgo potencial) aplicar un procedimiento de llamado a revisión para anticiparse al momento en el que el producto realmente falle.

Sobre la base de los artículos antes citados, nos damos cuenta que un consumidor razonable entendería que bajo ningún precepto calzaría una interpretación de “tolerancia cero” a los desperfectos, pues si ese fuera el caso, no tendría sentido que se promuevan los remedios jurídicos previstos en el artículo 97° o, en su defecto, la aplicación de los recall si es que en todos los casos el proveedor siempre sería responsable de poner productos defectuosos en el mercado.

En ese extremo, no cabe duda que, si un proveedor se niega a aplicar alguno de los remedios previamente referidos, será responsable por haber violado el deber de idoneidad. Eso es así precisamente porque el inciso c) del artículo 97 antes referido constituye una garantía legal a favor del consumidor.

De allí que Gustavo Rodríguez²² se pregunte si los productos deben perfectos. Nótese que la disposición mencionada parte de la premisa de la existencia de defectos de fabricación, elaboración, estructura, calidad, condiciones sanitarias o de posibles vicios ocultos. ¿Tiene sentido que el proveedor sea responsable por el solo hecho de poner a disposición del consumidor un producto con un defecto, aunque exprese su disposición a remediar ello en los términos del inciso c) del artículo 97? Nosotros creemos que la respuesta es negativa.

Y es que la respuesta brindada por el citado autor también se enlaza con la pretensión de un consumidor razonable, pues el grado de idoneidad no debería medirse por el solo hecho de tener un producto defectuoso (elemento objetivo), sino que debe considerar también la conducta o actitud que tiene el proveedor cuando tiene conocimiento del mismo (elemento subjetivo). Solo si se negase a aplicar los remedios jurídicos previstos por la ley, entenderíamos que estaría infringiendo el deber de idoneidad.

²² RODRIGUEZ, Gustavo. Apogeo y Decadencia del Deber de Idoneidad en la Jurisprudencia Peruana de Protección al Consumidor. THEMIS, Revista de Derecho. Lima, número 65, página 309.

2.4.2. El “recall” como atención preventiva de desperfectos en productos masivos y su necesidad para la eficiencia del mercado.

Como bien hemos desarrollado en el presente texto, el recall es una figura jurídica que funciona de forma preventiva ante la potencialidad de que los productos puestos en el mercado puedan presentar fallas que terminen afectando el producto en sí mismo, o afecten su correcto funcionamiento, sin incluso ser advertidos realmente por los consumidores, dando la opción al fabricante de que estos sean puestos a su disposición para que sean revisados y, en su momento, sean corregidos por el fabricante sin mayores costos para el consumidor.

En ese extremo, sabemos que en el Perú sí se regula la figura del recall, el cual se encuentra previsto en el Artículo 28° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, cuyos preceptos establecen lo siguiente:

Artículo 28.- Medidas de los proveedores para eliminar o reducir los peligros no previstos

En caso de que se coloquen productos o servicios en el mercado, en los que posteriormente se detecte la existencia de riesgos no previstos con anterioridad o imprevisibles, el proveedor está obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro en el plazo inmediato; entre ellas, notificar a las autoridades competentes esta circunstancia, retirar los productos o servicios, disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores, a la brevedad, de las advertencias del caso. La prueba de las medidas adoptadas corresponde al proveedor.

Tratándose de riesgos previsible con anterioridad a su introducción en el mercado, la responsabilidad por la adopción de las medidas anteriores se entiende sin perjuicio de la responsabilidad administrativa.

Si bien resulta positivo que nuestra legislación incorpore este mecanismo preventivo como una forma de brindar soluciones efectivas y rápidas cuando el proveedor tenga conocimiento de un potencial riesgo en la correcta funcionalidad de un producto, también considero que la forma como se encuentra regulada en nuestra legislación no permitiría cumplir claramente con los objetivos por los que surgieron los controles posteriores en las políticas de control de calidad en tanto se prevé la responsabilidad administrativa a pesar de la subsanación que pueda darse, incluso antes que el producto presente fallas o que el propio consumidor las advierta.

Como bien señala Rómulo Mezarina²³, pretender encontrar en el proveedor la responsabilidad absoluta por cualquier evento, defecto o potencial falla sancionándolo por una vulneración al deber de idoneidad a pesar de que la norma vigente establece requisitos para solucionar riesgos no previstos, nos parece que le hace un flaco favor a los consumidores porque finalmente serán ellos quienes se les trasladará los costos de la implementación de una “tolerancia cero” en cualquier tipo de producto que se coloque en el mercado y que con posterioridad ello se detecten posibles riesgos inicialmente no previstos.

En esa línea argumentativa, Gustavo Rodríguez²⁴ señala que la perfección empaqueta un seguro al producto adquirido, lo cual podría elevar el precio de los productos con dos consecuencias: (i) El precio se eleva a tal nivel que un gran grupo de consumidores se ve imposibilitado de acceder al producto; o, (ii) el costo que debe ser trasladado al consumidor no puede ser adecuadamente difundido de modo que se torna poco rentable ofrecer el producto. De esta forma, los consumidores pierden una opción de consumo.

A lo señalado por el citado autor añadiría una tercera consecuencia, y es que promover que los productos puestos en el mercado tengan estándares de perfección nos traería un problema vinculado a la innovación tecnológica ya que no habría incentivos suficientes para que se

²³ IUS 360. Reflexiones en torno al “recall” en el código de protección y defensa del consumidor ¿una infracción consumada o una conducta diligente? Disponible en: <https://ius360.com/publico/administrativo/reflexiones-en-torno-al-recall-en-el-codigo-de-proteccion-y-defensa-del-consumidor-una-infraccion-ya-consumada-o-una-conducta-diligente/>

²⁴ RODRIGUEZ, Gustavo. Apogeo y Decadencia del Deber de Idoneidad en la Jurisprudencia Peruana de Protección al Consumidor. THEMIS, Revista de Derecho. Lima, número 65, página 312.

invierta en nuevas tecnologías que mejoren los procesos productivos de los productos ya existentes dado que, en principio, no habría procesos productivos que deban mejorarse y, en consecuencia, no tendría sentido crear nuevos productos que puedan ser una mejor versión de su antecesora ya sea en la duración de baterías, en los píxeles de las cámaras fotográficas, en el funcionamiento del sistema operativo, en la capacidad de almacenaje etc., lo cual – sin lugar a dudas - termina siendo un contrasentido.

Entonces, como es imposible garantizar la existencia de productos perfectos en el mercado, lo que sí se puede hacer es generar las condiciones para que el proveedor pueda mejorar los controles de calidad en los que puedan detectar fallas potenciales antes de que sucedan, privilegiándose así los procedimientos de control de calidad de forma ex ante y ex post., sobre la base de la trazabilidad que deben tener los productos.

Sin embargo, no podemos desconocer que esta situación puede suponer que el proveedor pueda incurrir en sobrecostos elevados, más aún cuando son ellos quienes asumen los costos generados por las llamadas a revisión; por lo que sumar a ello la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda imponer sanciones por las presuntas fallas detectadas traería como consecuencia que los productos sean más caros, quitándoles la posibilidad a un grupo de consumidores de poder acceder a los mismos o, incluso, hacer que las empresas no vean rentable la venta de esos productos y simplemente desistan de continuar con ese giro de negocio, desapareciendo así la oferta o, peor aún, que los proveedores se vean tentados en no cumplir las normas porque les resulta más rentable que el incumplirlas.

Por ello, las medidas que aplique el Estado deben entender justamente el carácter económico que tienen las regulaciones en materia de consumo, pues los efectos no deseados pueden ser mucho más gravosos que la aparente solución en beneficio de los consumidores.

Ahora bien, desde un punto de responsabilidad empresarial, la implementación de mecanismos de recall como medidas de prevención posterior al identificar posibles fallas en los productos, trae como consecuencia que estos puedan ganar una reputación en el mercado, generando que este elemento pueda ser visto desde el punto de vista comercial como una forma de competir sobre la base de la eficiencia, pues los consumidores podrían verse

tentados de poder elegir un determinado bien o servicio de una determinada marca no solo porque el producto en sí mismo satisfaga sus necesidades, sino por ese valor añadido que los proveedores puedan ofrecer como un plus, donde se comprometan a brindar soluciones inmediatas en caso de detectarse fallas no previstas en los controles previos.

En ese sentido, desde mi perspectiva, fortalecer los sistemas de llamado a revisión no solo permitiría que estos sean utilizados como mecanismos para distinguirse de sus competidores sobre la base de sus propios méritos, sino que indirectamente se garantizaría plenamente el respeto y la defensa de los derechos del consumidor como bien prevé el artículo 65° de la Constitución.

Sin embargo, los efectos beneficiosos que puede traer consigo la implementación de políticas de control de calidad de forma posterior que se exterioriza con los denominados recall pueden verse mellados si es que, lejos de promover que los proveedores tengan la oportunidad de subsanar las fallas no previstas, se les imponga sanciones pecuniarias que a largo plazo terminan por desincentivar la aplicación de estas medidas.

Por ello, el “recall” como atención preventiva de desperfectos en productos masivos resulta necesario para la eficiencia del mercado, debiendo modificarse la norma en ese extremo, pues de lo contrario, los únicos perjudicados serán, sin lugar a dudas, los propios consumidores a los que se les pretende defender.

2.5. La aplicación del “recall” y su vinculación procesal con el procedimiento administrativo sancionador

Como hemos podido advertir hasta el momento, el procedimiento de llamado a revisión tiene como premisa básica la intención de aplicar contramedidas cuando se detecten fallas o riesgos no previstos en el producto o servicio puesto a disposición de los consumidores en el mercado, el cual ocurre de forma preventiva.

En ese sentido, la aplicación del recall viene a ser una forma de subsanación voluntaria del proveedor, quien se adelanta a la concretización de una falla real advertida oportunamente

(incluso antes que el consumidor se haya podido percatar), como lo hemos podido notar en el caso de Toyota contra el señor Narazas, y en el que aquel aplicó medidas razonables, eficientes y dentro de un tiempo prudente.

Bajo esa lógica resulta pertinente identificar la incidencia que puede tener la conducta preventiva del proveedor en los procedimientos administrativos sancionadores a la luz de nuestro Código de Protección al Consumidor, sobre todo cuando hemos podido advertir que aun cuando se comunique oportunamente a la autoridad sobre el procedimiento de llamado a revisión para sea informado a los consumidores a efectos de que los productos seleccionados paseen a revisión o, en situaciones muy particulares, sean retirados del mercado, ello no exime de responsabilidad administrativa .

2.5.1 Como elemento que concluye el procedimiento administrativo sancionador

Como bien sabemos, el texto original de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, establecía en su artículo 108° el siguiente texto normativo:

“Artículo 108.- Infracciones administrativas

Constituye infracción administrativa la conducta del proveedor que transgrede las disposiciones del presente Código, tanto si ello implica violar los derechos reconocidos a los consumidores como incumplir las obligaciones que estas normas imponen a los proveedores. También son supuestos de infracción administrativa el incumplimiento de acuerdos conciliatorios o de laudos arbitrales y aquellos previstos en el Decreto Legislativo núm. 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, y en las normas que lo complementen o sustituyan.”

Como se puede notar, el texto original de que regulaba lo referido a las infracciones administrativas no contemplaban ningún supuesto de improcedencia liminar como forma de conclusión del procedimiento.

Sin embargo, tal situación cambió con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1308 de

fecha 19 de diciembre de 2016, es decir, cuatro años después de la promulgación del texto original, en el que se dispone modificar el artículo 108° del Código de Protección al Consumidor, incorporando causales de improcedencia que daban fin al procedimiento administrativo.

Aunque la citada modificación establecía que las causales en ella señaladas únicamente eran referenciales, mas no taxativas, decidieron fijar como motivo de improcedencia las siguientes causales:

- a) *Si el denunciante no ostenta la calidad de consumidor final, conforme al presente Código.*
- b) *Si el denunciado no califica como proveedor, conforme al presente Código.*
- c) *Si no existe una relación de consumo, conforme al presente Código.*
- d) *Si ha prescrito la facultad de la autoridad administrativa para determinar la existencia de infracción administrativas.*
- e) *Si existe falta de legitimidad o interés para obrar.*
- f) **Si el proveedor subsana o corrige la conducta constitutiva de infracción administrativa con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.**

De acuerdo a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1308, la razón por la que se implementan dichas figuras jurídicas es porque resultaba necesario dotar de agilidad al procedimiento, permitiendo que la autoridad administrativa pueda evaluar en cada caso los presupuestos procesales de tal modo que, se evite el uso de recurso del Estado en procedimientos cuya tramitación no corresponde.

No obstante, en el caso particular del literal f) incorporado al artículo 108° del Código de Protección al Consumidor, se menciona que corresponde declarar improcedentes las denuncias porque los proveedores cumplieron con subsanar o corregir la conducta antes de la notificación con la imputación de cargos, lo que permite incentivar mecanismos de autocomposición entre las partes, lográndose así una solución directa y efectiva a su controversia sin incurrir en mayores costos, empleándose los recursos económicos del Estado de manera eficiente.

Pero, el Decreto Legislativo N° 1308 responde también a las disposiciones previstas en el Artículo 236-A de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), en el extremo de considerarse como una condición eximente de responsabilidad administrativa la subsanación voluntaria, conforme se lee a continuación:

“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 235.”

La norma anterior, debe ser leída e interpretada conjuntamente con el Artículo II de la Ley N° 27444 (LPAG), en el extremo que señala lo siguiente:

2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.

Y desde una óptica del procedimiento sancionador, la redacción del numeral 2 del artículo 229 de la Ley N° 27444 (LPAG) vigente a la fecha señala lo siguiente:

229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.

Siendo que el Código de Protección al Consumidor es una norma de carácter especial en materia de consumidor, no podría obviar las disposiciones de carácter general previstas en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, lo que da lugar a que las normas se adecuen de tal modo que el administrado no se vea privado de poder ejercer la subsanación voluntaria como un mecanismo para concluir un procedimiento administrativo.

Desde esa perspectiva, resulta pertinente tener en cuenta que el procedimiento de recall o llamado a revisión es una figura jurídica que funciona de forma preventiva ante la potencialidad de que los productos puestos en el mercado puedan presentar fallas que terminen afectando el producto en sí mismo, o afecten su correcto funcionamiento, sin incluso ser advertidos realmente por los consumidores, dando la opción al fabricante de que estos sean puestos a su disposición para que sean revisados y, en su momento, sean corregidos por el fabricante sin mayores costos para el consumidor.

En virtud de ello, entenderíamos entonces que el procedimiento de llamado a revisión es una forma de subsanación, por lo que en base a lo dispuesto en el literal f) del artículo 108° incorporado por el Decreto Legislativo N° 1308, no tendría sentido que se continúe con un procedimiento administrativo sancionador cuando el hecho fue subsanado o corregido (antes de la notificación de imputación de cargos) pues, en efecto, sería un uso inadecuado de los recursos públicos, como bien señala la *ratio legis* de la modificatoria, en concordancia con la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

Siendo que el procedimiento de llamado a revisión cumple una función preventiva, en el que es el propio fabricante quien adopta las medidas necesarias para mitigar cualquier impacto real antes de que se produzca, considero que la regulación prevista en el artículo 28° del Código debería entenderse en ese sentido, por lo que no en todos los casos merecería la pena que el Estado ejerza su potestad punitiva a través de un procedimiento administrativo sancionador.

Ello significa que, si el llamado a revisión concluye antes de la notificación de imputación de cargos, pese a que la denuncia administrativa se encuentre en trámite por una denuncia de parte, la autoridad administrativa tendrá la potestad para declarar la improcedencia liminarmente por haberse subsanado el defecto advertido.

Aunque posteriormente el Decreto Legislativo N° 1308 que incorpora el literal f) al artículo 108° del Código de Protección al Consumidor fue modificado, la norma modificatoria no elimina tal posibilidad, sino que más bien establece una precisión como lo veremos en el

siguiente acápite.

2.5.2 Excepción: daño real o potencial a la vida o la salud

Mediante Decreto Legislativo N° 1390 publicado el 05 de setiembre de 2018, se modificó el literal f) del Artículo 108° del Código de Protección y Defensa del Consumidor referido a las causales de improcedencia, en el extremo de señalar que:

"f) Si el proveedor subsana o corrige la conducta constitutiva de infracción administrativa denunciada con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos. **Lo señalado no aplica en los casos que se haya puesto en riesgo la vida, salud o seguridad de las personas o se trate de supuestos de discriminación.**"

Como se puede notar, se realizó una precisión en el literal f) de la citada norma, pues a diferencia de su antecesora que no consideraba excepciones, la norma actual excluye de los mecanismos de improcedencia liminar los casos que versen sobre denuncias de parte en el que se advierta la puesta en riesgo de la vida, la salud o la seguridad de las personas; o traten sobre supuestos de discriminación.

De acuerdo a Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1390, la modificatoria efectuada en el literal f) del artículo 108° del Código responde a que la subsanación o corrección como causal de improcedencia de denuncia no es aplicable para aquellas infracciones que pongan en riesgo la vida, salud o seguridad de las personas; o cuando se trate de supuesto de discriminación, atendiendo a que las consecuencias de estos bienes jurídicos afectados no pueden ser revertidas de manera objetiva.

En tal supuesto, se entenderá que cuando se inicie un procedimiento de llamado a revisión o recall que incidan en industrias como las farmacéuticas, alimentarias u otros en las que, por su naturaleza, puedan poner en riesgo la vida, la salud o la seguridad de las personas, se entendería que no correspondería la improcedencia liminar pese a que pueda haberse subsanado el defecto, pues como bien indica la Exposición de Motivos, tales situaciones no

podrían ser revertidas de manera objetiva ya que existe un bien jurídico tutelado que es superior al interés que pueda darse entre las partes.

En ese extremo, la norma señala que, en tales casos, se prevé una sanción pecuniaria, así como la imposición de medidas correctivas, con expresa condena de costas, pero sí sería factible la exoneración del pago de costos del procedimiento.

2.5.3 Como elemento atenuante en la imputación de responsabilidad administrativa

Como se mencionó anteriormente, el procedimiento de llamado a revisión cumple una función preventiva donde es el propio fabricante quien adopta las medidas necesarias para mitigar cualquier impacto real antes de que se produzca. Ello nos lleva a plantear que existen elementos suficientes para considerar que, en determinados supuestos, estaríamos frente a una subsanación. Siendo así, la regulación prevista en el artículo 28° del Código debería entenderse en ese sentido, pues no en todos los casos merecería la pena que el Estado ejerza su potestad punitiva a través de un procedimiento administrativo sancionador.

De ese modo, los fabricantes y/o proveedores que puedan advertir una potencial falla no prevista en un lote o una serie específica de producción, pese a los rigurosos controles de calidad, podrían acogerse al procedimiento de llamado a revisión con la finalidad de verificar los productos puestos en el mercado, aunque la potencial falla pueda tener o no certeza de la posible existencia, dándoles así la oportunidad de actuar preventivamente para corregir y solucionar inmediatamente.

Sin embargo, coincido con Andrea Norabuena²⁵ en el extremo de señalar que las medidas de prevención aplicadas a través de los procedimientos de llamado a revisión no podrían ser aplicables como un eximente de responsabilidad o como una conclusión del procedimiento en los casos en los que la puesta en riesgo indican directamente en aspectos que afecten la vida, la salud y la seguridad de las personas ya que en tales casos no podrían ser materias

²⁵ NORABUENA, Andrea. Sobre el alcance del recall de productos defectuosos en nuestro ordenamiento jurídico. Disponible es: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16444>

subsanales.

Pero, ello no implica que no se deba analizar la conducta del proveedor o fabricante en tales casos, pues si bien no se logró subsanar objetivamente la puesta en peligro, lo cierto es que su conducta puede ser considerada como un elemento atenuante.

En ese extremo, el numeral 2) del artículo 112° del Código señala respecto de los atenuantes especiales, lo siguiente:

2. Cuando el proveedor acredite haber concluido con la conducta ilegal tan pronto tuvo conocimiento de la misma y haber iniciado las acciones necesarias para remediar los efectos adversos de la misma.

Si bien el numeral 2) del artículo 112° antes señalado no establece expresamente que se vincula a las medidas preventivas iniciadas por los procedimientos de llamado a revisión de los proveedores en casos que incidan directamente en puestas en peligro de la vida, la salud y la seguridad de los consumidores, considero pertinente tener que interpretar el citado artículo con las disposiciones previstas en el artículo 28° y 29 del Código de Protección al Consumidor, leído conjuntamente con el Decreto Supremo N° 050-2016-PCM, en la medida que en tales supuestos se establece un plan de acción para advertir respecto a los riesgos y peligros que pueden generarse en desmedro de los citados derechos, lo que no deja de lado el posible retiro del producto que genera tal afectación del mercado.

Desde esa perspectiva, si bien es verdad que no es posible revertir objetivamente la afectación, nada impide que la conducta que adopte con los procedimientos implementados por el proveedor sean analizados al momento de imponer la sanción pecuniaria, debiendo ser consideradas como un elemento atenuante en el criterio de imposición de la sanción.

2.5.4 Como elemento eximente de responsabilidad administrativa

Finalmente, es completamente posible que el fabricante pueda alegar que se encuentra bajo el supuesto eximente de responsabilidad si logra acreditar que existe una causa objetiva,

justificada y no previsible que configure la ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, por hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor, conforme lo establece el artículo 104° del Código de Protección al Consumidor.

En ese extremo, vale la pena recordar que la producción masiva de bienes usualmente surge como consecuencia de procesos productivos que tienen un grado de complejidad bastante elevado, el cual puede variar dependiendo del tipo de producto que se oferta en el mercado.

Un típico ejemplo de ello es el mercado automovilístico, pues en la fabricación de automóviles, usualmente los proveedores o fabricantes suelen seguir procesos bastantes complejos debido a la cantidad de piezas que requiere la fabricación de los productos que posteriormente serán ensamblados, así como por la cantidad de fases que requiere el ensamblaje de los mismos, las cuales van desde la recepción y clasificación de piezas, corte de piezas metálicas que servirán como el armazón del vehículo, ensamblaje de motor, chasis y piezas hasta las pruebas finales del proceso de producción de un automóvil.²⁶

Ello nos lleva a plantearnos que los defectos en los procesos de fabricación, pese a efectuarse los respectivos controles de calidad con anterioridad a que los productos salgan al mercado, sean completamente posible y que afecten la fabricación, ya que no solo estamos frente a procesos largos en la fabricación sino frente a una cantidad significativa de piezas que, evidentemente, suelen ser recolectadas de diversos proveedores.

Si ello es así, se entendería que las piezas recolectadas también podrían seguir una cadena de procesos para la fabricación en masa que van desde la calibración hasta el molde o diseño, los cortes, los diámetros, etc.; siendo posible que también puedan existir fallas en el control de calidad, pese a la diligencia que pueda haber adoptado el proveedor.

En ese contexto, bastaría que una sola pieza del proveedor falle para que incida directamente en el correcto funcionamiento del vehículo, lo que evidentemente llevaría a efectuar un análisis minucioso sobre cada pieza adquirida, lo cual implicaría un costo que

²⁶ BRITISH FEDERAL MÉXICO. Las 9 etapas del proceso de producción de un automóvil. Consultado el 24 de octubre de 2020 en: <https://bfmx.com/soldadura/las-9-etapas-del-proceso-de-produccion-de-un-automovil/>

definitivamente afectaría el valor del vehículo en el mercado, por lo que muchas empresas del rubro suelen utilizar la figura del muestreo al azar para reducir costos.

No obstante, si como consecuencia de las medidas preventivas realizadas, se detecte posteriormente alguna falla que incida en el vehículo, correspondería preguntarse si tal falla es realmente atribuible al fabricante, pese a que en la práctica este no haya fabricado las piezas que utilizó en el vehículo automotor, sino un tercero.

Frente a tal supuesto, notamos que el artículo 104° del Código aborda la responsabilidad del proveedor no solo desde una perspectiva meramente objetiva, pues no es suficiente que las expectativas del consumidor efectivamente se hayan concretado, sino que debe existir un nexo causal que determine que la defraudación a las expectativas se deba a una situación generada por el propio proveedor.

Así, notamos que la norma contemplaría un elemento objetivo y subjetivo que se interconectan entre sí a efectos de determinar la responsabilidad del proveedor, pues en el caso que se acredite que el defecto en un determinado producto no surja como consecuencia de las actividades involucradas por el proveedor, aun cuando se resquebraje el deber de idoneidad, ésta no supone necesariamente en una infracción al mencionado deber imputable al proveedor ya que se entiende que el elemento subjetivo de la responsabilidad puede eximirlo de responsabilidad.

En el caso automovilístico antes detallado entenderíamos que estaríamos en el supuesto del hecho determinante de un tercero, pues es el proveedor de la pieza quien finalmente generó las condiciones para que el automóvil no funcione adecuadamente, debiendo analizarse la responsabilidad del fabricante solo hasta donde su propia actuación alcance.

3. CONCLUSIONES

- El *recall* o “llamado a revisión” o es una figura jurídica que funciona de forma preventiva ante la potencialidad de que los productos puestos en el mercado puedan presentar fallas que terminen afectando el producto en sí mismo, o afecten su correcto funcionamiento, sin ser incluso advertidos realmente por los consumidores, dando la opción al fabricante de que estos sean puestos a su disposición para que sean revisados y, en su momento, corregidos por el fabricante sin mayores costos para el consumidor.
- El Decreto Supremo N° 006-2009-PCM, TUO de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor sí contemplaba la figura del recall. No obstante, la citada ley de protección al consumidor fue posteriormente derogada.
- Nuestra legislación vigente sí prevé el recall, presentando incluso una regulación más exhaustiva que su antecesora, lo que nos permite afirmar que el Código vigente no solo incorpora nuevas obligaciones para los administrados (entiéndase proveedores), sino que incluso reglamenta las advertencias por riesgos que afecten la vida y/o la salud.
- No obstante lo anterior, la redacción no refleja coherentemente el sentido del recall, pues si sabemos que estamos frente a una situación potencial (es decir, el daño aún no se ha producido), el plazo razonable de la medida debería ser el estándar, considerándose además los costos de transacción que pueden suponer mover todo el engranaje de acciones para llevar a cabo el procedimiento de revisión, con excepción de aquellos casos en los que el potencial defecto pueda poder en riesgo la vida, la salud o la seguridad.
- Castigar la actuación del proveedor, aun cuando actúe con diligencia, no generaría los incentivos necesarios para que busquen realizar las acciones de control posterior a través del recall, pues podría entenderse que resulta más favorable y rentable dejar de cumplir la norma que pagar las multas que la Autoridad Administrativa pueda imponer en cada caso concreto, lo cual considero que sería un despropósito a los derechos del consumidor constitucionalmente protegidos.

- En ese contexto, la figura del recall no solo nos demuestra que es imposible colocar en el mercado productos perfectos; es decir, que nunca presenten fallas pese al riguroso control de calidad que se pueda tener sobre estos, sino que abre la posibilidad de que los proveedores adopten las medidas razonables necesarias que permitan reevaluar el control de calidad a efectos de detectar y aplicar contramedidas que permitan subsanar cualquier a daño real a cuenta y costo del fabricante.
- Lamentablemente el paradigma de la “tolerancia cero” a los productos defectuosos puestos en el mercado que desafortunadamente han sido motivados por las resoluciones de INDECOPI antes citadas (que prevén como estándar de protección la venta y/o comercialización de productos perfectos), han generado barreras en el uso de las medidas de prevención ex post, pues si el proveedor siempre será considerado como responsable por los defectos (incluso los no previstos pese a tener controles de calidad de productos muy rigurosos), ello termina generando las condiciones perfectas para desincentivar su aplicación, pues el emplearlo no solo llevaría a los proveedores a asumir los gastos que implica mover el engranaje del llamado a revisión (desde su detección hasta la aplicación de las contramedidas), sino que dejan carta abierta para que INDECOPI pueda sancionarlos por una presunta infracción al deber de idoneidad.
- No obstante, a la fecha contamos con el literal f) del artículo 108° del Código de Protección al Consumidor que permite concluir el procedimiento iniciado por denuncia de parte si es que se acredita que se cumplió con subsanar o corregir la conducta infractora, el cual puede ser válidamente utilizado cuando estemos frente a procedimientos de llamado a revisión, salvo que existan causales de excepción, en cuyo caso la conducta del fabricante podría ser tomada como una condición atenuante en el procedimiento.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALVITES, Cesar (2015). Los cambios de criterio en las resoluciones emitidas por Indecopi en materia de Protección al Consumidor, con especial referencia a la aplicación del Principio de Protección de la Confianza Legítima. Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor.
- BEJARANO-RONCANCIO, Jhon Jairo; DIAZ-MORENO, Amanda Consuelo and EGOAVIL-CARDOZO, Mhayer Jineth. Recall en la industria alimentaria: una estrategia sanitaria por implementar en Colombia. *rev.fac.med.* [online]. 2016, vol.64, n.4 [cited 2020-09-14], pp.727-734. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-00112016000400727&lng=en&nrm=iso. ISSN 0120-0011. <http://dx.doi.org/10.15446/revfacmed.v64n4.52915>.
- BELZUZ ABOGADOS. La responsabilidad civil y el regimen legal del fabricante de productos defectuosos en España. Consultado en: <http://www.belzuz.net/es/component/k2/item/302-la-responsabilidad-civil-y-regimen-legal-del-fabricante-de-productos-defectuosos-en-espana.html>
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- CARCIONE, Maria Carolina. La responsabilidad de los empresarios por la seguridad de los productos de consumo. Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/5038/503857545011/html/index.html>
- CHAVEZ, A & Perla, L. (2018). La implementación del sistema de alerta de productos riesgosos como política pública de protección de la salud de los consumidores. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Lima, Peru. Consultado en:

https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/623978/Chavez_RA.pdf?sequence=13.

- ENFOQUE DERECHO. Efecto Peltzman en el sistema de protección al consumidor: el curioso caso del llamado a revisión de productos presuntamente defectuosos.
- GLOBAL STD CERTIFICATION. Cómo enfrentar el desafío de un recall. Consultado en: <https://www.globalstd.com/blog/como-enfrentar-el-desafio-de-un-recall/>
- INDECOPI. Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor - Plan Nacional de protección de los Consumidores 2017-2020. Consultado en: <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/5641>
- IUS 360. Reflexiones en torno al “recall” en el código de protección y defensa del consumidor ¿una infracción consumada o una conducta diligente?, Consultado en: <https://ius360.com/publico/administrativo/reflexiones-en-torno-al-recall-en-el-codigo-de-proteccion-y-defensa-del-consumidor-una-infraccion-ya-consumada-o-una-conducta-diligente/>
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Exposición de Motivos del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que establece el procedimiento de comunicación de alertas y advertencias de los riesgos no previstos de productos o servicios colocados en el mercado que afecten la salud y/o seguridad de los consumidores.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Decreto Supremo N° 050-2016-PCM, Reglamento que establece el procedimiento de comunicación de alertas y advertencias de los riesgos no previstos de productos o servicios colocados en el mercado que afecten la salud y/o seguridad de los consumidores.

- NORABUENA, Andrea. Sobre el alcance del recall de productos defectuosos en nuestro ordenamiento jurídico. Disponible es: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16444>
- VIZCARRA, Raul. Autos, recalls e INDECOPI: comentarios a la luz de recientes fallos y precedentes de INDECOPI. IUS ET VERITAS, 23(46), 400-418. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11979>

