

Entrevista al Doctor Juan Francisco Rojas Leo\*

# Un “Nuevo” Indecopi a la Luz del Anteproyecto del Código de Consumo

Por: Margaret Matos  
Doris Valdez

Durante los años noventa, las relaciones entre el Estado y el Sector Privado han cambiado completamente; hoy las transacciones económicas y formas de desarrollo de los países se basan en la libre competencia. El Estado ha tratado de reducir su participación en la economía y promover el libre desarrollo del mercado en el país.

Sin embargo, las distorsiones en el mercado han permitido constitucionalmente que el Estado intervenga en la economía. Nuestra Constitución consagra un régimen de economía social de mercado, cuya finalidad es que el Estado garantice el bienestar social.

Surge de esta manera, la necesidad de crear nuevos organismos públicos inexistentes en décadas anteriores, con el objetivo de promover el mercado, la libre competencia y la protección de los derechos de los consumidores.

Así, en noviembre de 1992 se crea el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), autoridad administrativa que promueve y asegura el normal funcionamiento de los mercados.

**1. Al respecto, ¿Cuál cree usted que debería ser el papel fundamental de INDECOPI en la economía social de mercado, considera que los objetivos planteados se han cumplido, ¿Cuál es la estructura orgánica actual del INDECOPI, dicha estructura y los objetivos trazados responden a las verdaderas necesidades de la sociedad peruana?**

En un sistema de economía social de mercado es claro que el Estado tiene que intervenir para complementar, perfeccionar y regular el funcionamiento del mercado, con la finalidad de que la persona humana sea – de verdad – el fin supremo de la sociedad y del Estado; y que su dignidad esté por encima de conceptos como eficiencia económica. A partir de esta constatación, la discusión se limita a saber cuánta intervención del Estado en el mercado es buena y en qué momento dicha intervención puede resultar excesiva. La discusión debe darse en el Congreso de la República, donde están expresadas todas las formas de ver, entender y representar a la sociedad peruana; y su producto, la Ley, debe reflejar lo que los ciudadanos entienden y quieren democráticamente en cada caso en concreto. A los funcionarios públicos les corresponde cumplir la Ley, lejos de sus pareceres o ideológicas particulares.

En el Perú, la ley – que en el caso particular solo es un Decreto Legislativo, norma elaborada en gabinete y sin la legitimidad debida para el tratamiento de un tema de tanta trascendencia para la democracia económica, – ha confiado al INDECOPI la defensa del consumidor, junto otro innumerable paquete de funciones vinculadas al funcionamiento del mercado. Desde la perspectiva formal, no existe duda que el INDECOPI tiene hoy un papel que cumplir en la defensa del consumidor peruano.

La pregunta que fluye de lo afirmado es, ¿Si el INDECOPI ha cumplido o no con el encargo que la ley le ha señalado? y, ¿Si a la luz de la experiencia en su aplicación de más de quince años, la ley ha sido positiva en algunas materias para mejorar el funcionamiento del mercado?

\* Abogado, Profesor de Derecho de la Competencia y Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex presidente del Tribunal del Indecopi (2001 – 2006)

Conforme he sostenido al interior del INDECOPI, cuando formé parte de la institución, mi lectura es que la historia de esta entidad en la sociedad peruana ha sido una historia de captura por parte de los grupos de interés, con algunos períodos abiertos, y con mucha falta de visión sobre el verdadero rol que debería cumplir.

En su período inicial, del 1992 al 2001 se impuso una lógica “privatizadora” de la entidad, en la cual la protección al consumidor fue vista como la respuesta procesal frente al reclamo del consumidor. De lo que se trataba era de reaccionar con un procedimiento sancionador cuando el consumidor presentaba una denuncia, previo un significativo pago. Hay que recordar, además, que el pago que tenía que solventar el consumidor era equivalente a las tasas que hoy se cobran por competencia desleal o acceso al mercado (S/. 460), y que la reducción de la tasa – ante la presión de la opinión pública – se produce al final de dicho período. (hoy la tasa es de S/. 35).

En esta época, impregnada del pensamiento de la Escuela de Chicago – así lo sostiene expresamente un estudio internacional de la OSDE- se acuñaron conceptos como el “consumidor razonable es el único que merece protección”; “es preferible que se consuman productos basura o sin calidad, a que no se consuma nada”; “si el consumidor firma el contrato, todas las cláusulas son válidas, pues no existen cláusulas abusivas”; “si el consumidor recibió información ya no tiene nada que reclamar”; “el consumidor puede buscar la información de las restricciones en páginas web o centrales telefónicas, pues que el proveedor las informe en su publicidad es muy costoso”; entre otras. En este contexto, las acciones de oficio fueron prácticamente inexistentes y el procedimiento administrativo sancionador se desnaturalizó al punto de creer que se trataba de un procedimiento judicial – hoy se le llama jurisdiccional administrativo o trilateral – donde las partes discuten una pretensión y la autoridad administrativa es un árbitro, cuando, en realidad, la autoridad administrativa únicamente puede ser un garante del interés público.

En el período del 2001 al 2006 se intentó implementar un cambio a favor del cumplimiento de la ley y de la verdadera protección del consumidor. Esto significó dejar de lado pensamientos como los señalados anteriormente y aplicar la ley, tal cual estaba promulgada, es decir, en defensa del consumidor. Esta decisión implicó enfrentar mucha oposición de los protagonistas de la primera época y del sector empresarial peruano que empezó a padecer los rigores de sanciones impuestas en los procedimientos. La actuación de oficio fue privilegiada. Los indicadores sobre este tema son significativos y dejan ver un activismo marcado de la autoridad de defensa del consumidor. Es interesante destacar que, a diferencia del período anterior en

que la institución contó con un cercano apoyo del Ejecutivo de la época, durante el período 2001 al 2006 hubo una sucesión de cuatro presidentes de la institución e incluso durante más de un año, la conducción fue interina. En el último tramo incluso, la presidencia se opuso a la forma como el Ejecutivo negoció los temas de propiedad intelectual en el Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos. En otras palabras, no existió respaldo político para una reforma profunda del sistema de protección al consumidor, lo único que varió sustancialmente fue el criterio resolutivo.

En el período del 2006 a la actualidad 2010, período del gobierno aprista y bajo la dirección de un presidente del INDECOPI nombrado gracias a su amistad cercana con el presidente García, se decidió volver a la primer época y sus ideas. Se apostó por no confrontar con el sector empresarial y mantener la idea de que la intervención del INDECOPI es a pedido de los agraviados que tienen que formular sus denuncias pagando su tasa. Las pocas acciones de oficio adoptadas en el período han sido consecuencia de reclamos de los medios de comunicación donde siempre el INDECOPI ha reaccionado cuando los hechos ya eran un escándalo en los medios. Además, sus intervenciones se ha concentrado en el sector bancario, los colegios particulares, y la compra de viviendas o automóviles, sectores de mercado que alcanzan a clases sociales pudientes. La preocupación por temas de consumo masivo ha estado ausente y ello se entiende cuando los funcionarios del INDECOPI son los primeros en defender, por ejemplo, que no se incluya el carácter transgénico del producto en la etiqueta o cuando la CONFIEP defiende a INDECOPI como la única autoridad en defensa del consumidor en perjuicio de los municipios o gobiernos regionales.

La discusión del Código de Consumo ha puesto en claro que el propio presidente García no está muy satisfecho ni conforme con la protección al consumidor que le encomendó a su amigo el presidente del INDECOPI. Sin embargo, la estructura del INDECOPI no ha sido discutida ni modificada en lo que se conoce del proyecto, lo que hace perder una buena oportunidad para repensar el modelo.

**2. Actualmente se viene discutiendo sobre la implementación de un Código de Consumo, proyecto que busca consolidar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente sobre protección al consumidor. El Anteproyecto identifica a INDECOPI como la “AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR”, así el Artículo 123° del Anteproyecto de Código de Consumo, menciona:**

“El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI- ejercerá las funciones de

Autoridad Nacional de Protección y Defensa del Consumidor(...)"

**¿Qué opinión le merece esta propuesta de regulación? ¿Existe la necesidad de designar al INDECOPI como Autoridad Nacional de Consumo? ¿Cuáles son las implicancias inmediatas de esta regulación, se asegura la protección de los consumidores, o en realidad se les perjudica? ¿Qué incidencia genera tener una autoridad administrativa de esa magnitud?**

Lamentablemente lo que hasta ahora se conoce del proyecto, da cuenta de la decisión de mantener un INDECOPI que pretende seguir siendo el "monopolio" en la protección al consumidor y, lo que es peor, manteniendo la forma equivocada y contraria a ley en que la institución actualmente entiende su rol.

La propuesta que trabajamos sobre este tema es contraria al modelo actual del INDECOPI y consiste en que el INDECOPI deje de lado la actividad de resolución de pretensiones individuales y se convierta en la autoridad rectora de la protección al consumidor a nivel nacional. Esta propuesta pasa por distinguir el rol de rectoría de un sistema descentralizado de protección al consumidor, del rol resolutorio de los pedidos de los consumidores en defensa de sus legítimos intereses particulares.

En otras palabras, el rol rector del sistema estaría orientado a satisfacer el interés público que subyace a toda manifestación de intercambio en el mercado y asegurar su buen funcionamiento. Es una preocupación del Estado mantener mejores mercados, con competencia y con respeto de los derechos de los consumidores. Distinto es el caso de la solución de conflictos privados – que si bien de manera indirecta importan también al interés público en la conservación de la paz social y la credibilidad del sistema -, que son conflictos en los cuales prima el interés del consumidor afectado por obtener un resarcimiento directo del daño que le ha causado la conducta infractora del proveedor. En este caso, la individualidad del actor es la que busca resarcimiento y existe un marcado interés privado en la corrección de conductas lesivas.

La solución de conflictos de interés público puede estar asignada a autoridades administrativas, porque ello es compatible con la naturaleza de las intervenciones administrativas, mientras que la solución de conflictos de intereses privados corresponde naturalmente a las autoridades judiciales o arbitrales.

En este contexto, se propuso que el INDECOPI (organismo del gobierno nacional), los gobiernos regionales y los gobiernos locales (en sus instancias provinciales y distritales) tuvieran la capacidad de hacer cumplir las disposiciones en materia de protección al consumidor, actuando exclusivamente

de oficio. En estas intervenciones, las autoridades administrativas desarrollarían procedimientos sancionadores en resguardo de la afectación al interés público de las conductas infractoras. El INDECOPI, como instancia nacional, podría señalar lineamientos vinculantes para los otros niveles de gobierno y marcar la pauta en la interpretación de la ley. En esta vía, la participación del consumidor se limitaría, en caso lo considerara conveniente, a la denuncia administrativa sin esperar por ello intervención de parte en el procedimiento o el resarcimiento de pretensiones particulares.

Por su parte, la solución de pretensiones particulares tendría a disposición de los consumidores dos vías alternativas: la primera, la voluntaria, del arbitraje de consumo institucional a nivel distrital. En este caso y bajo un financiamiento estatal, se crearían cámaras de designación de árbitros unipersonales, remunerados por el Estado, que resolverían las controversias de manera inmediata, y se podría acudir al sistema, siempre que las empresas se hubieran sometido previamente al proceso arbitral. El haber efectuado este sometimiento previo es un plus comercial para las empresas, pues transmite un mayor respeto por sus consumidores; la segunda vía sería necesariamente la judicial, en procesos de menor cuantía, y en los que no sea necesaria la intervención de los abogados (defensa cautiva). En estos procesos, el particular podría obtener la solución de sus pretensiones particulares y las empresas tendrían la posibilidad de defender sus posiciones ante un verdadero árbitro de la controversia. La oralidad tendría que privilegiarse con los magníficos resultados que da para ello la experiencia del nuevo Código Procesal Penal.

La propuesta pasa por repensar al INDECOPI. Sin embargo, sus actuales directivos no están dispuestos a ello. Por el contrario, insisten en que el INDECOPI sea todo, autoridad rectora y autoridad de solución de conflictos, y que crezca por todo el territorio de la república con oficinas propias, dejando de lado al Estado, que como sabemos también integran los gobiernos regionales y locales. Obviamente, y aquí lo peligroso, es que este modelo propuesto por INDECOPI significa tener miles de funcionarios y una planilla de gasto inmenso que, en este caso, se financia con el cobro de tasas elevadas a los usuarios o con el incentivo perverso de colocar multas astronómicas a las empresas sancionadas.

**3.Cuál es su propuesta respecto a los cambios que debería sufrir el INDECOPI como organismo promotor de la competencia; cómo debería ser la participación de los Gobiernos Regionales? En la actualidad, ya contamos con Oficinas Regionales, ¿cuál es el rol que cumplen éstas?, bajo esta premisa ¿cuáles serían sus nuevas facultades?. Por último, ¿se trataría de un problema de descentralización o desconcentración de funciones?**

He diseñado el contenido de mi propuesta al contestar a la pregunta anterior. Abundando en el tema, resulta absurdo que los gobiernos locales y regionales, que ya tienen competencias en materia de fiscalización vinculadas a la protección al consumidor como seguridad, zonificación, licencias de operaciones, control de pesos y medidas, combate a la especulación, información en mercados, y otras, sean mantenidos al margen del sistema de protección al consumidor. La propuesta formulada busca darles una participación activa y el retorno a los que en el extranjero es muy común: el policía local. Esta situación permitiría pasar de una protección al consumidor restringida a temas de los sectores A y B para extenderla a todo el espectro de las economías en el Perú.

La propuesta que formulo corresponde a un modelo descentralizador, donde el gobierno que está más cerca de la gente tiene respuestas para sus gobernados y donde sus electores tienen más y mejores instrumentos para pedir la correspondiente rendición de cuentas. Por el contrario, la propuesta de INDECOPI es la típica acción de desconcentración que refleja el autoritarismo de un gobierno centralista.

En el contexto de la propuesta, por ejemplo, un consumidor ubicado en Huanta, Ayacucho, podría acudir a la corte arbitral de su distrito o al Poder Judicial para obtener el resarcimiento del daño sufrido en una relación de consumo. Esto sin perjuicio que el Municipio imponga una multa a la empresa infractora en resguardo del interés público

que la conducta vulnera como consecuencia del aviso del consumidor. Ambos intereses, el público y el privado serían atendidos eficientemente en la localidad, el costo sería bajo y la intervención de la autoridad administrativa sería una señal que pondría en alerta a todos los empresarios acostumbrado a desarrollar conductas de irrespeto de los derechos de los consumidores. Por su parte, la empresa infractora podría defenderse en la vía arbitral o judicial, dependiendo de que se encuentre adscrita al sistema arbitral o no y, en el caso de la sanción administrativa, siempre podría acudir al proceso contencioso administrativo.

De otro lado, las autoridades administrativas (INDECOPI, Gobiernos Regionales y Locales) estarían obligadas a desempeñar permanentes acciones de fiscalización de oficio en resguardo del cumplimiento de la ley de protección al consumidor. En caso de encontrar infracciones, el inicio del procedimiento sancionador tendría que ser la regla. De esta forma, la ley no correría el riesgo de ser una mera declaración de derechos sin cumplimiento efectivo de los mismos.

El actual modelo de protección al consumidor no ha funcionado. La desprotección que transmite al consumidor y que éste deja sentir en las encuestas, y las prácticas abusivas que abundan, son el tema de todos los días. Es necesario un cambio con sentido de justicia y con el propósito de asegurar atención a las pretensiones particulares y al interés público involucrado atendiendo a la naturaleza de las cosas y no a la coyuntura 📧