

Carolina De Trazegnies*

Sobre la publicación del Código de Protección y Defensa del Consumidor: Perspectivas y análisis

Teniendo en cuenta que actualmente contamos con el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor, así como regulación especial en materia financiera y de seguros, en materia de salud, etc., ¿Considera necesaria la promulgación de Código de Protección y Defensa del Consumidor?

Personalmente, no considero necesaria la promulgación de un Código de Defensa del Consumidor. Las normas actualmente vigentes del Sistema de Protección al Consumidor son relativamente recientes, tendrán un poco más de 15 años, y han ido mejorando en diversas oportunidades. Así por ejemplo, las últimas reformas son del año 2008, donde se modificaron varias normas del INDECOPI, utilizando la delegación de poderes dada por el Congreso al Poder Ejecutivo en el marco del Tratado de Libre Comercio.

Me parece que el marco normativo funciona, si bien evidentemente, siempre es posible hacer mejoras y nuevos cambios. Por otro lado, el hecho de calificarlo como un “Código” no da un mayor aporte. Por ello, en mi opinión no era necesario destinar todos los esfuerzos y recursos a un “Código de Protección y Defensa del Consumidor”. Eso responde más bien a una decisión política.

Sobre el estándar de consumidor: El Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor recoge el estándar de un consumidor con “diligencia ordinaria”. Hay quienes consideran que dicho estándar de consumidor no reconoce la realidad del consumidor peruano, creyendo conveniente acudir a un estándar

* Carolina de Trazegnies es abogada, con especialización en las áreas de arbitraje y de regulación y competencia. Se graduó de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2002) y tiene un L.L.M de Columbia University (Nueva York, EE.UU., 2007). Asesora Legal de la Alta Dirección del OSINERGMIN. Previamente, fue abogada asociada en Bullard, Falla & Ezcurra Abogados y abogada asociada internacional en Curtis, Mallet, Prevost-Colt & Mosle LLP (Nueva York, EE.UU). También se ha desempeñado como Profesora en el área de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

de “consumidor ordinario” y hasta un “consumidor medio”. Entendemos que este tema está siendo arduamente discutido con relación al Código de Protección y Defensa del Consumidor, por lo que nos gustaría saber, ¿Cuál es el estándar de consumidor que en su opinión debería recoger nuestra legislación, a propósito de la promulgación del Código de Protección y Defensa del Consumidor?

En mi opinión, el argumento de que el estándar debe recoger la realidad del consumidor peruano es equivocado y parte de una concepción errónea de lo que debe ser el enfoque de las normas de protección al consumidor, las cuales, en realidad deben de proteger a consumidores y proveedores responsables. No se trata de qué consumidor tenemos sino de qué consumidor queremos tener. Por eso debemos de proteger a los consumidores y proveedores diligentes y responsables.

El hecho de considerar que este estándar no reconoce a la realidad del consumidor peruano es inexacto, porque el concepto de consumidor razonable, tal como lo ha estado aplicando INDECOPI, sí considera la realidad del consumidor peruano. Dice “voy a proteger a estos consumidores, que actúan en este universo, con tales características, pero que actúan razonablemente”. Es decir, que usan los productos para los fines que fueron adquiridos o para los fines que razonablemente deberían ser utilizados, que leen sus contratos, que protegen y ejercen sus derechos, etc. La idea no es tener una norma proteccionista que hace la función de “papá del consumidor” y que hace el trabajo por todos. Considero que debe haber un rol activo del consumidor en cuidar y proteger sus derechos.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor contiene un acápite sobre “la protección del consumidor frente a la publicidad”. ¿Considera usted acertada dicha decisión, considerando que actualmente contamos con un marco legal específico en relación a la actividad publicitaria? ¿Considera que eso podría dar pie al error de sancionar doblemente a un proveedor por considerar que existiría una infracción a ambas normativas?

La discusión sobre si debe tratarse a la publicidad como un tema de protección al consumidor o como un tema independiente no es nueva. Inicialmente, en nuestro marco normativo de INDECOPI, teníamos tres normas: Una norma sobre *publicidad aplicada* por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI, una norma sobre *represión de la competencia desleal* y una tercera norma específicamente sobre *protección al consumidor*.

El tratamiento de la publicidad es una problemática que tiene un poco de represión de la competencia desleal y un poco de protección al consumidor, dependiendo de la información que transmite y de

cómo se transmite. Si se regula de manera independiente o como parte de alguna de estas normas, es una opción legislativa. Lo más importante es que se abarquen las distintas problemáticas que pueden generarse en torno a la misma y que se tome una opción coherente, que no haya duplicidad de marcos normativos que luego generen dobles sanciones o confusión sobre las normas que resultan aplicables.

En mi opinión, creo que las normas de publicidad funcionan bien como están, como una regulación independiente a las normas de consumidor y, no debería repetirse un acápite de publicidad en las normas de protección al consumidor pues ello genera una doble regulación, sobrecosto y confusión sobre las normas aplicables.

Lo que no puede perderse de vista es que los temas de publicidad sí afectan al consumidor y que, por ello, deben ser vistos como posibles infracciones al deber de informar, tal y como han sido considerados en la norma anterior aún vigente.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce como un nuevo mecanismo de solución de conflictos al arbitraje de consumo. Entendemos que dicha experiencia se ha implementado en países como España, Argentina, entre otros. ¿Cree usted que este mecanismo de solución de controversias fortalecerá el sistema de protección al consumidor peruano?

Todo depende de cómo sea que se implemente este mecanismo de solución de controversias. El arbitraje de consumo puede ser una medida muy positiva y de grandes beneficios para el consumidor y el mercado, pero para que ello suceda se tiene que reconocer las necesidades y particularidades de éste.

El arbitraje de consumo no puede equipararse al arbitraje común comercial como lo conoces ahora, y eso se debe a una serie de razones. Principalmente por un tema de costos los costos de un arbitraje son altísimos para un consumidor. Si en un arbitraje de consumo no se aborda adecuadamente el tema de costos a fin de hacerlo un mecanismo viable para los consumidores que presenten reclamos de menor cuantía, entonces no tiene sentido y nunca va a funcionar. También está el tema de la duración del arbitraje. Un arbitraje comercial suele durar seis meses como mínimo y, para un reclamo sobre una lavadora de ropa esperar seis meses o un año ya es un fracaso.

Entonces, creo que el arbitraje podría funcionar siempre y cuando se adopten reglas que reconozcan las necesidades que tendría ese sistema de arbitraje. Me queda claro que tal y como ha sido planteado en la última propuesta del Código, ello no está sucediendo porque no se aborda de una manera correcta los problemas principales.

Luego, se habla de la creación de un sistema de arbitraje estatizado que no es lo ideal. De hecho, INDECOPI tiene ya un sistema de arbitraje que nunca ha funcionado, que fue creado con los cambios introducidos al Decreto Legislativo N° 807. Ello no quiere decir que el mecanismo de arbitraje como solución de conflictos de consumo no funcione per se. De hecho hay otras experiencias en que hay arbitrajes de naturaleza similar que han funcionado muy bien, como es el caso de los arbitrajes obligatorios baratos en las Entidades Prestadoras de Salud (EPS). Otro caso, que si bien no se le llama arbitraje es equiparable, es el tema del defensor del cliente financiero, que es una suerte de modelo de arbitraje privado. Hay también el defensor del asegurado que trabaja de manera similar.

De otra parte, en mi opinión, para que un mecanismo de arbitraje de consumo sea positivo para los consumidores debe ser voluntario para éstos. Es decir, que las empresas se acojan pero que los consumidores tengan el derecho a elegir o no si van al arbitraje o al INDECOPI.

Tal como ha sido planteado, los costos de acudir a un arbitraje frente a los costos de acudir al INDECOPI (en un procedimiento gratuito), va a ser muy difícil que a un consumidor sea favorable acudir al primero.

336

Asimismo, ¿considera usted que este mecanismo brinda los incentivos necesarios a los proveedores, considerando que la tramitación de procedimientos administrativos ante el INDECOPI se presenta como una vía de solución de conflictos relativamente eficiente?

Si se refieren a los incentivos para ir a arbitraje, todo depende de cuál sea el modelo o sistema que se implemente. Lo ideal sería que sea un sistema que implique un beneficio para los proveedores. Por ejemplo, si vas a arbitraje, se trata como una suerte de conciliación y te ahorras la sanción ante INDECOPI. Hay que establecer mecanismos para dar incentivos a los proveedores para ir al INDECOPI.

En otros países, el contar con un sistema de arbitraje se presenta como un beneficio adicional. Por ejemplo, en España, al entrar a una tienda tienen pegado un holograma en que dice que están afiliados al sistema de arbitraje. Ello se vuelve un beneficio adicional para el consumidor y un mecanismo por el cual los proveedores compiten para captar más consumidores porque ofrecen un mejor servicio.

En cuanto a incentivos por parte de los proveedores, todo depende de si el sistema de arbitraje va a contribuir a un mejor cumplimiento de la ley. El problema que no veo del todo abordado en nuestra legislación y su aplicación es que los proveedores internalicen que se tienen que “portar bien”, que internalicen el cumplimiento de la ley. El mecanismo de cumpli-

miento de la ley, ya sea por arbitraje o por INDECOPI, mediante la imposición de sanciones, debe ser disuasivo y lograr que los proveedores internalicen la necesidad de cumplir con las normas de protección al consumidor. Es esto último lo que va a generar que hayan menos litigios y que hayan menos costos de administrar el sistema. Ello, además de brindar reglas claras que promuevan que las partes por sí mismas solucionen los conflictos de bajos montos por los cuales no tiene sentido de litigar, ni en INDECOPI ni en arbitraje. Por ejemplo, no hay sentido de ir a un arbitraje por una plancha.

Para que el consumidor no esté desamparado debe generarse un sistema en el cual el consumidor “siempre tenga la razón”, como sucede en otros países. Pero para ello, los proveedores y los consumidores deben de tener los incentivos para portarse bien.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, al hablar de métodos comerciales coercitivos, entiende por estos a aquellos que induzcan al consumidor a una toma de decisión de consumo irreflexiva. ¿Considera que dicha definición es acertada, teniendo en cuenta que la legislación actual entiende por método comercial coercitivo algo distinto - oportunismo post contractual, obligar a los consumidores al pago de prestaciones que no han sido pactadas, entre otras?

Entiendo que, al proteger a los consumidores de los métodos comerciales coercitivos se busca principalmente evitar que sean obligados a asumir prestaciones no pactadas o que se modifiquen las condiciones pactadas sin el consentimiento expreso del consumidor. Al incorporar estas prohibiciones debe evitarse caer en una posición extremadamente proteccionista del consumidor que puede bloquear cláusulas y prácticas comerciales que podrían ser positivas para los consumidores o que son generalmente aceptadas por el mercado. Por ejemplo, en uno de los proyectos del Código se prohibían las cláusulas arbitrales como un método comercial coercitivo o como una cláusula abusiva, y eso no es del todo cierto, porque el arbitraje puede ser positivo y hay fórmulas. Incluso casos de arbitrajes obligatorios, en los que el arbitraje puede ser positivo para el consumidor. Entonces un bloqueo radical de estas posibilidades no es bueno y lo que hace es quitar al consumidor la opción que decida. Si hay competencia, un consumidor que no quiere aceptar una cláusula arbitral de una empresa como Ripley porque la considera abusiva, puede irse a comprar a Saga Falabella. Dejemos al consumidor moldear la oferta mediante sus propias decisiones de consumo.

Así, creo que se puede haber caído en un excesivo paternalismo al momento de regular los métodos comerciales coercitivos. En una de las últimas versiones del proyecto del Código se habían incluido, tomando un esquema similar al que tiene la Ley de Libre Competencia para conductas prohibidas, prohibiciones

absolutas y relativas. Es decir, estableciendo que la autoridad competente tendría que realizar un análisis de razonabilidad según las circunstancias para definir si la cláusula es abusiva o no. Esto puede sonar más discrecional, pero creo que al mismo tiempo sería un poco más flexible y tal vez para ciertos casos más adecuado.

Si bien gran parte del sector involucrado a temas de protección al consumidor critica gran parte de las disposiciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor como sucede con muchas iniciativas legislativas - , ello no obsta a que este pueda suponer una evolución legislativa en algunos aspectos particulares, como podría ser el caso de la regulación de los servicios financieros. ¿Cuál es su opinión al respecto?

De hecho, creo que este Código puede suponer una evolución legislativa en diversos aspectos. Algunos de los intentos que más resaltan por mejorar el marco legislativo de protección al consumidor mediante

este Código son las incorporación de mayores facultades a INDECOPI para otorgar compensaciones (daños y perjuicios) como medidas correctivas reparatorias. Otro avance muy positivo de este Código es que se faculta al INDECOPI a crear salas unipersonales para aligerar la tramitación de los casos de menor cuantía.

Sin embargo, existen factores que hacen difícil que el Código de Protección y Defensa del Consumidor tenga aportes fuertes y técnicamente importantes. Tiene que ver un poco con el origen y con la forma como se ha estado trabajando el texto de este Código. Su origen es político, nace de un discurso del Presidente de la República, y se discute en un contexto preelectoral; eso sin duda influirá en la decisión de su aprobación. Además, este Código ha sido discutido y evaluado como un Código “de consenso”, ambos aspectos hacen que el Código se aleje de estándares técnicos y hacen que haya muchas “manos en la masa”.