

EL ESTADO WAWA WASI: REFLEXIONES PRELIMINARES EN TORNO AL NUEVO CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Carlos A. Patrón*

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

La reciente promulgación del Código de Protección y Defensa del Consumidor (CODECO) ha generado una serie de debates respecto de la idoneidad de la misma. Es necesario realizar un examen sobre la estructura del mismo, tomando en consideración el pronunciado crecimiento económico que ha tenido lugar en nuestro país y que necesariamente influencia la posición del consumidor.

En el presente artículo el autor toma en cuenta el poder que tiene el consumidor así como su capacidad para poder elegir personalmente lo que satisface de mejor manera sus intereses. Igualmente se presentan supuestos en los que el CODECO funciona en conjunto con la regulación aplicable a INDECOPI y a la Superintendencia de Banca y Seguros. Principalmente se menciona un error del legislador al intentar expandir desmesuradamente el ámbito de aplicación el Código en cuestión, generando así deficiencias en el mismo.

* Bachiller y Licenciado en Derecho graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú; Master en Derecho (LL.M.) graduado en la Universidad de Yale; Master en Políticas Públicas (M.Sc.) graduado en la Universidad de Oxford. Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor de Regulación Económica en la Escuela de Graduados de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Payet, Rey, Cauvi Abogados.

"The spurious catchwords and fallacious doctrines of the advocates of government control (...) cannot be unmasked except by economic reasoning. Whether one likes it or not, it is a fact that the main issues of present-day politics are purely economic and cannot be understood without a grasp of economic theory. Only a man conversant with the main problems of economics is in a position to form an independent opinion on the problems involved. All the others are merely repeating what they have picked up by the way. They are an easy prey to demagogic swindlers and idiotic quacks."

Ludwig von Mises

I. INTRODUCCIÓN

El 14 de agosto de 2010, el Poder Ejecutivo promulgó la Ley 29751, Código de Protección y Defensa del Consumidor ("CODECO") que sustituye el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor, vigente desde noviembre de 1991, cual fuera la primera legislación comprensiva en materia de protección al consumidor promulgada en el Perú.

En el presente artículo presentamos nuestras reflexiones preliminares con relación a esta nueva normativa "sobre el papel", esto es, sin que a la fecha en que ha sido escrito se hayan aún iniciado investigaciones y procedimientos trascendentes bajo el amparo del CODECO, ni dictado criterios o precedentes respecto a sus alcances y aplicación. Para los efectos perseguidos, no efectuaremos un análisis exegético del articulado del CODECO, sino simplemente discutiremos los aspectos estructurales de la nueva legislación que consideramos más inquietantes y cuestionables.

El trabajo está dividido en tres secciones. En la primera parte, se discute cuánto ha cambiado la legislación peruana, en lo sustantivo, con la promulgación del CODECO. En la segunda parte expondremos las falencias generales que, como trabajo de codificación, observamos en el CODECO, presentando nuestras reflexiones en torno a los orígenes de estas falencias. Por último, en la tercera parte, expondremos nuestra apreciación general respecto a las decisiones institucionales y reglas de interacción entre las autoridades públicas postuladas en este código. Concluimos con una breve reflexión en torno a la dación de esta normativa.

II. ¿CUÁNTO HA CAMBIADO?

En los meses previos a la promulgación del CODECO, los promotores de esta iniciativa legislativa argumentaron la necesidad de una reforma integral de la legislación existente como indispensable para tutelar los derechos de los consumidores peruanos. Escuchando a estos auto proclamados defensores del consumidor, uno

creería que antes de la dación del CODECO los consumidores nos hallábamos en un permanente estado de explotación y abuso por parte de los proveedores, desprovistos de derechos legislativos o, en todo caso, abandonados por las instituciones estatales llamadas a garantizar nuestros derechos.

Lo cierto para quienes han seguido de cerca el proceso legislativo que resultó en la promulgación del CODECO, es que los argumentos abanderados por los principales paladines de esta normativa -que incluye media docena de aspirantes a congresistas y de congresistas "incumbentes" que, con distinto grado de éxito, perseguían ser electos o reelectos en las recientes elecciones generales- son copiosamente tendenciosos. De hecho, un repaso general de las disposiciones contenidas en el CODECO revela que, en lo sustantivo, este código aporta pocas novedades al tejido normativo peruano vigente con anterioridad al 14 de agosto de 2010.

En lo sustantivo, el 95% del CODECO no es más que un texto recopilatorio de la normativa y jurisprudencia administrativa vigente antes de su promulgación. En efecto, el lector medianamente familiarizado con el ejercicio profesional en materia de protección al consumidor se percatará que, en gran parte, el legislador del CODECO no ha hecho más que reordenar las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor y sus modificatorias (que ya se hallaban recopiladas en el Texto Único Ordenado publicado mediante el Decreto Supremo 006-2009-PCM), concordando dentro de un sólo cuerpo normativo otras normas complementarias a la Ley de Protección al Consumidor que igualmente ya se hallaban vigentes, así como una serie de precedentes y criterios administrativos, algunos de observancia obligatoria y otros no, dictados por los órganos funcionales del INDECOPI en los últimos quince años. Como resultado, muchas de las supuestas "innovaciones" sustantivas proclamadas como las grandes reivindicaciones a favor de los consumidores contenidas en el CODECO no son tales, sino son simplemente una recapitulación de disposiciones y criterios que, para bien o para mal, el ordenamiento legal peruano ya consagraba.

A modo ilustrativo, las disposiciones del CODECO en torno a la prohibición del redondeo de precios, las llamadas de venta a deshoras, el *spam* y los plazos para atender reclamos de los consumidores ya habían sido contempladas en el Decreto Legislativo 1045, las normas referentes a la participación de las asociaciones de consumidores en los procedimientos de protección al consumidor estaban previstas en la Ley 27846, la protección contra los llamados métodos de cobranza ilegales estaba prevista en la Ley 27598, la atención preferencial de las madres gestantes y personas de la tercera edad se regulaba en la Ley 27408 y la Ley 28683 y la obligación de exhibir precios en Nuevos

Soles en la Ley 28300, por citar algunos ejemplos. Del mismo modo, las disposiciones del CODECO referidas a la protección de las expectativas de los consumidores e idoneidad de productos o las relacionadas a las medidas que deben ser adoptadas advertir riesgos o para eliminar peligros no previstos no son más que síntesis de precedentes de observancia obligatoria dictados por los órganos funcionales del INDECOPI hace más de una década. Otras tantas disposiciones del CODECO simplemente incorporan criterios desarrollados en casuística ordinaria resuelta durante la vigencia de la Ley de Protección al Consumidor.

Si el CODECO es mayoritariamente, en lo sustantivo, un gran texto único ordenado de leyes y jurisprudencia preexistente, se preguntará el lector ¿por qué hay tantas voces críticas de este código? La respuesta a esta interrogante pasa, por un lado, por develar que las novedades sustantivas introducidas por el CODECO, si bien son pocas, son sumamente espinosas. Excede el limitado objeto del presente trabajo entrar a discutir detalladamente estas novedades, no obstante lo cual, podemos adelantar que consideramos que éstas, en su mayoría, conllevan graves potenciales consecuencias negativas, no sólo para los proveedores y el buen funcionamiento dinámico del mercado sino, especialmente, para los consumidores a los que supuestamente se pretende proteger.

De otro lado, creemos que, en buena parte, las críticas al CODECO hallan sus raíces en el hecho que, como esfuerzo recopilatorio, éste deja mucho que desear, materia a la que nos avocaremos en la sección siguiente.

III. CODIFICACIÓN POR ANÉCDOTA

El término "codificación" es definido en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como "hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático". Todo esfuerzo de codificación normativa es, sin duda, perfectible. Lo perfecto es una quimera y siempre hay espacio para la mejora. El esfuerzo de codificación detrás del CODECO; sin embargo, es particularmente deficiente. Más que un trabajo metódico y sistemático, la lectura del CODECO deja como impresión un trabajo de aglomeración compulsiva de criterios dispersos y disímiles con resultados poco logrados.

La disimilitud y contradicción de criterios aglomerados en el CODECO se observa desde la lectura de sus artículos preliminares. Hace más de

medio siglo, Mises ya comprendía, acertadamente, que los verdaderos patrones en una economía de mercado son los consumidores, pues con sus decisiones de consumo determinan, en última instancia, quién debería ser propietario del capital, quién debería operar las fábricas y qué deberían éstas producir¹. En el ejercicio de sus decisiones libres y voluntarias, el consumidor es un soberano despiadado, agregaba, pues todos perseguimos ser mejor atendidos y ninguno compra productos para beneficiar al menos eficiente y protegerlo contra sus propios fracasos gerenciales. En este juego, el proveedor que desea sobrevivir no puede sino obedecer las órdenes dictaminadas por su patrón².

El principio de "soberanía del consumidor" postulado en el artículo V.1 del Título Preliminar del CODECO recoge las ideas antes reseñadas y proclama que las "decisiones libres e informadas de los consumidores" han de orientar "el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos". En esta misma línea, el CODECO reconoce el derecho de los consumidores a decidir libre y autónomamente lo que más le convenga a sus intereses (artículo 1.1) y propone como objetivo de la actuación estatal un rol facilitador dirigido a empoderar a los consumidores para que éstos "tengan un rol activo en el desarrollo del mercado, informándose, comparando y premiando con su elección al proveedor leal y honesto" y hagan valer sus derechos directamente ante los mismos (artículo VI.3).

En paralelo; sin embargo, el CODECO anuncia "la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo" y declara que éstos son, en mayor o menor grado, "propensos a ser víctimas" que requieren de tutela especial de parte del Estado (artículo VI.4). En esta línea, el CODECO declara nula toda renuncia libre y voluntariamente aceptada y contratada por el consumidor (artículo 1.3) y proclama como principio de actuación en todos los campos de la actividad estatal el ejercicio de una acción tuitiva a favor de los consumidores (artículo V.2). Para ello, el CODECO señala que el Estado debe orientar sus acciones para que la protección al consumidor sea una política transversal que involucre todos los poderes públicos (VI.11), teniendo entre sus misiones promover la calidad en la producción de bienes y servicios (artículo VI.10) y a "defender los intereses de los consumidores" (artículo VI.3).

Así, de un artículo a otro del CODECO, los consumidores pasan de ser los soberanos reinantes del mercado a ser sus vasallos

¹ MISES, Ludwig von. "Bureaucracy". New Haven: Yale University Press. 1944. pp. 20-21.

² Op. cit. p. 37.

explotados, y el Estado se transforma de un facilitador de la interacción libre y voluntaria de los actores económicos a ser protagonista del proceso económico y nodriza de los consumidores.

Esta palpable contradicción conceptual acerca de los objetivos de la política de protección al consumidor y de los roles que en ella han de desempeñar los actores del mercado y el Estado, reflejada en las disposiciones generales del CODECO, más que ser ecléctica resulta bipolar. Indica una ausencia de brújula o guía normativa que haya servido de base para orientar una labor de codificación adecuada.

Esta carencia de una visión clara acerca de los objetivos perseguidos por la normativa de protección al consumidor se manifiesta de manera latente a lo largo del articulado del CODECO. La observamos en la decisión del legislador de suprimir principios incontrovertibles consagrados en la legislación derogada, como también en su falta de decisión para corregir disposiciones y criterios de dudosa utilidad y otras tantas disposiciones que hoy resultan manifiestamente obsoletas. Así, inexplicablemente, en el CODECO se suprime la referencia legislativa que restringía el ámbito de tutela normativa a los consumidores que actúan en el mercado con diligencia ordinaria de acuerdo a las circunstancias³, criterio que además había sido recogido en jurisprudencia de observancia obligatoria, dejando entreabierto la posibilidad que se extienda protección a consumidores que actúen con un estándar de conducta inferior. Olvida el legislador que quienes cuestionan que la ley privilegie proteger a los consumidores que actúan con buena fe y diligencia, están implícitamente pidiendo que se proteja al oportunista y al descuidado. Olvida también que reconocerle beneficios y privilegios a estos últimos perjudica a los demás, pues el costo que ello represente para los proveedores terminará siempre reflejado en los precios que todos pagamos.

Pero quizá aún más criticable es lo que deja de hacer el legislador del CODECO. En resumidas cuentas, omite expurgar del tejido legislativo normas y reglas de dudosa validez, algunas contradictorias por responder a visiones disímiles respecto a los fines perseguidos por la normativa de protección al consumidor y muchas otras simplemente desfasadas de la realidad comercial. En su labor de aglomeración, el legislador facilistamente ha optado por amontonar los aspectos buenos y malos de la legislación y jurisprudencia preexistente, sin ejercer la

rigurosidad metodológica y funcional que exige una auténtica labor de codificación. Por ello, no ha de sorprendernos, como hemos indicado, que más que un código metódico y sistemático, el CODECO dé la impresión de ser un aglomerado irreflexivo, o lo que un siempre agudo amigo ha llamado un trabajo de recopilación de anécdotas.

Es indudable que en las dos décadas transcurridas desde la promulgación de la Ley de Protección al Consumidor y el CODECO, el mercado peruano ha experimentado una profunda transformación estructural. El Producto Bruto Interno ha crecido en 250% y las estructuras productivas y comerciales son hoy muy distintas a las de inicios de los 90. Para el 2010, tan sólo el producto de los sectores de comercio y servicios superan en más de 30% el Producto Bruto Interno total de la economía peruana en 1991. El comercio actualmente ya no se concentra en mercados distritales, puestos de mercadillo y pequeñas tiendas y bodegas familiares, y los centros comerciales, grandes almacenes y cadenas de *retail* no sólo dominan en la capital sino que se expanden vertiginosamente a las provincias. Vivimos una verdadera revolución comercial.

En este contexto, la decisión del legislador del CODECO no sólo de mantener, sino de expandir, obligaciones anacrónicas como la de exhibir listas de precios o publicar el menú a la entrada de un local, que responden a una cultura comercial de "bazar", revelan un verdadero divorcio entre la legislación y la realidad comercial. Exigir que las empresas dedicadas al comercio en cadenas comerciales, integradas por centenares de locales interconectados que distribuyen millares de productos, cuyos precios son revisados y actualizados con una periodicidad casi diaria desde centrales informativas, publiquen todos los días, en cada uno de sus locales, una lista (que en la práctica es un tomo) de precios es francamente desconcertante⁴. Sin perjuicio de los costos asociados a cumplir diariamente con esta y otras obligaciones como la de exhibir los precios en cada espacio dentro de un local en que se exhiba un producto que, como es obvio, encarecerá los productos finales para los consumidores, ¿cree realmente el legislador que en la dinámica comercial moderna los consumidores vamos a perder el tiempo buscando el precio del producto que deseamos en un catálogo o un terminal de computo cuando lo único que tenemos que hacer es preguntárselo a un promotor de ventas?

El desconocimiento de la realidad comercial se observa igualmente en el caso de servicios

³ Incluida en artículo 3 de la Ley de Protección al Consumidor modificado por el Decreto Legislativo 1045.

⁴ Artículo 5.1 del CODECO.

comercializados en el mercado, donde en muchos campos de la actividad comercial los precios son determinables en función a las necesidades específicas de cada consumidor, y por tanto son virtualmente infinitos, no pudiendo ser de antemano determinados y exhibidos en un catálogo de precios.

En esta misma línea, ¿tiene algún sentido práctico exigirle a una cadena de comida rápida que exhiba sus precios en el exterior? Una vez que el consumidor ingresa al local y lee los precios en los paneles, ¿tiene algún problema en dar media vuelta y salir si no le gusta lo que ve? ¿Por qué el CODECO extiende esta obligación hoy a los establecimientos de hospedaje? El hospedaje y el restaurante sólo tienen en común el tratarse de servicios. Una habitación en un hotel no es igual a un plato de ceviche en un restaurante. La forma como los consumidores contratamos habitaciones no es igual a la forma como ordenamos un ceviche y, por lo demás, debe resultar evidente para todos que mientras el segundo puede tener un precio determinado que tienda a ser estable en el tiempo y pueda exhibirse con relativa facilidad, el precio de una habitación puede variar por múltiples razones que van desde su ubicación (por ejemplo, con vista o sin vista) y número de ocupantes hasta la oportunidad en que es contratada (por ejemplo, un año antes o el mismo día) y el día en que es consumido el servicio (por ejemplo, temporada baja o alta).

Nótese que obligaciones como las antes explicadas son exigibles tanto al gran almacén y a la cadena de boticas, como al kiosko de la esquina y al lustrabotas a las afueras de Palacio de Justicia. Si bien es costoso, este tipo de obligaciones bizantinas podrán ser implementadas por los primeros, pero difícilmente por los segundos. Es precisamente a estos últimos, las MYPES y PYMES que emplean al grueso de la fuerza laboral y que ya tienen suficientes obstáculos para ser formales y cumplir con las engorrosas exigencias de la ley, a quienes se les termina imponiendo costos que, en función de sus ingresos, resultan ser axiomáticamente regresivos.

Ejemplos como los antes reseñados pueden ser identificados en otras partes del CODECO, como en las exigencias impuestas para la contratación con el consumidor. La presencia de este tipo de obligaciones en el CODECO ilustra una verdad de perogrullo que el legislador pierde de vista: la labor de dictar normas generales aplicables indistintamente a todos los sectores comerciales por igual es fútil. Lo es porque la comercialización de bienes y servicios es, por naturaleza, una actividad dinámica, heterogénea y constantemente mutante que no puede ser adecuadamente regulada en normas estáticas que postulan obligaciones rígidas y homogéneas.

La organización de la actividad comercial, si bien

puede tener elementos comunes, no es igual en un tipo de producto o servicio que en otro. Vender pasajes aéreos no es igual a vender camotes, pese a que en ambas actividades pueden concurrir distribuidores mayoristas y detallistas, como que no es igual prestar servicios de registro de marcas como prestar servicios de divorcio, pese a que ambos son servicios legales. Las características estructurales del mercado de bebidas lácteas y del mercado de bebidas gaseosas, siendo ambos bebidas, son disímiles, por lo que las estrategias comerciales en uno y otro sector pueden resultar ser muy distintas.

De otro lado, los constantes cambios tecnológicos, los cambios en los gustos de los consumidores, los cambios en los niveles de concentración en el mercado y tantos otros factores, indican vertiginosamente en la actividad comercial. La forma como se organiza la comercialización de la cerveza hoy es muy distinta a la forma como se comercializaba hace apenas cinco años y seguro será distinta dentro de cinco años más, porque las estructuras del mercado hoy son distintas a las de ayer y seguro serán distintas mañana. La cadena de alquiler de videos que ayer prosperaba es hoy una anécdota desplazada por las innovaciones tecnológicas que posibilitan adquirir contenidos de manera móvil, y las salas de cines que ayer veían sus ingresos mermados por esa misma cadena hoy florecen ofreciendo experiencias audiovisuales que no se pueden replicar fácilmente en el hogar.

Las formas de organizar y de adaptar la actividad comercial ante la constante dinámica y permanentes transformaciones experimentadas en el mercado son incalculables y absolutamente impredecibles, estando las fronteras de nuestras posibilidades limitadas únicamente por nuestra capacidad creativa e innovadora para anticiparnos y adaptarnos ante el cambio. Todo proveedor sabe que el éxito comercial en el mercado depende, precisamente, de su capacidad de poder anticipar y adaptarse a los cambios. La inercia y el letargo son cruelmente castigados en la plaza. Ejemplos de empresas que antaño eran monumentales y ahora son tan sólo un recuerdo abundan. Si los propios proveedores que diariamente pugnan en la concurrencia constantemente sucumben ante el dinamismo de los mercados, ¿cómo puede el legislador pretender postular obligaciones legislativas estáticas, rígidas y homogéneas aplicables para todas las actividades comerciales por igual?

La ignorancia es semilla de la soberbia y el repaso de disposiciones como las reseñadas no hace sino revelar un alto grado de soberbia de parte del legislador. Esta misma soberbia que conduce al legislador del CODECO a postular el tipo de obligaciones comerciales que en esta oportunidad criticamos, contagia e impregna las decisiones institucionales y reglas de interacción entre las

autoridades públicas postuladas en este código, sobre las cuales nos ocuparemos en la siguiente sección.

IV. QUIEN MUCHO ABARCA, POCO APRIETA

En la antesala al debate en torno al CODECO, la artillería de los promotores de esta normativa abiertamente abrió fuego contra el INDECOPI, sindicándolo como uno de los grandes responsables del supuesto estado de desahucio en que se encuentran los consumidores. En medio de estas críticas, el Poder Ejecutivo, sin consultar al INDECOPI y sin solicitar su concurrencia, convocó a una comisión redactora encargada de preparar un anteproyecto de CODECO.

Las críticas al INDECOPI han sido exageradamente injustas. No obstante, ello no quita que la institución ha perdido cierto lustro. En parte, en lo que concierne a sus labores de protección al consumidor, el INDECOPI ha sido víctima del éxito que han tenido las políticas económicas generales, y las políticas de competencia en particular, implementadas en las últimas dos décadas que han resultado en el crecimiento exponencial de las actividades comerciales en el mercado peruano antes explicada. El crecimiento en el volumen comercial ha venido acompañado por un incremento en la demanda por sus servicios, y las nuevas dinámicas comerciales han venido acompañadas por un incremento en la demanda por servicios de mayor calidad, mientras que los recursos a su disposición para atender estas demandas no han crecido en igual proporción.

De la mano con este fenómeno, el INDECOPI ha experimentado una alta rotación de personal que ha contribuido en cierto grado de “amnesia” institucional. Con cada renovación de personal técnico, éstos deben nuevamente desarrollar, no sólo los criterios que ya han sido trabajados en años anteriores, sino la mecánica misma de la dialéctica con los usuarios de sus servicios. La continuidad de criterios y predictibilidad en sus decisiones se ha visto naturalmente mermada. Los procesos de burocratización antes descritos se han visto igualmente replicados, en mayor o menor medida, en otras instituciones públicas que regularmente interactúan con el INDECOPI en materias vinculadas a políticas de consumo.

¿Cuál es la solución brindada por el CODECO a esta problemática? En un acto equiparable al tratar de extinguir un incendio echando más leña al fuego, el legislador del CODECO ha decidido ampliar las atribuciones y competencias del INDECOPI, y dotarla de mayor capacidad decisoria sobre las demás instituciones públicas especializadas en sectores económicos específicos con las que regularmente interactúa, sin además ampliar sus fuentes presupuestarias.

El mercado es un sistema de cooperación social basado en la división del trabajo y la especialización. El popular refrán “zapatero a sus zapatos” ilustra el punto. Siendo, como hemos explicado, la actividad comercial, por naturaleza, una actividad dinámica, heterogénea y constantemente mutante, el éxito en la actividad de zapatería, como en la actividad de abogacía, exige un alto grado de conocimiento y de especialización. Difícilmente un diestro zapatero puede alcanzar el mismo nivel de conocimiento acerca de las leyes que respecto a la fabricación de calzado. Pero especializándose en la zapatería, el zapatero podrá tener éxito y así podrá adquirir los medios para contratar los servicios de un diestro abogado que lo asesore en sus temas legales, del mismo modo como la especialización y consecuente éxito del abogado en la abogacía le permitiría acceder a los medios para adquirir un nuevo par de calzado. Especializándose y cooperando por medio del intercambio mutuamente voluntario, ambos pueden aspirar a satisfacer sus necesidades.

Los conglomerados empresariales que concurren en el mercado y que desarrollan actividades en sectores comerciales disímiles y heterogéneos también operan bajo la premisa de división del trabajo y especialización. El éxito en la actividad comercial de vender bebidas lácteas no garantiza que tendrán el mismo éxito en la comercialización de bebidas alcohólicas, pues, como hemos explicado, una y otra actividad, pese a tener elementos aparentemente comunes, son diferentes por una variedad de razones, siendo susceptible además la dinámica en uno y otro sector de comportarse de maneras absolutamente disímiles por factores igual de variados. Para tener éxito en ambas actividades, el conglomerado divide sus labores internamente en unidades de negocios independientes que, si bien pueden en algunos casos compartir costos y beneficiarse de sinergias, en la práctica operan como empresas distintas y especializadas.

Los defensores del control gubernamental centralizado de las actividades comerciales en general pecan de soberbia. Parten de la ilusoria premisa que un gabinete de funcionarios públicos puede aspirar a tener el nivel de conocimiento y especialización necesario para decidir en torno a todos los sectores de la actividad comercial por igual. Por muy honesto, competente, bien intencionado y capaz que sea un funcionario público, éste es tan sólo un ser humano, y si en el mercado ninguna persona puede aspirar a especializarse en todo ¿por qué habríamos de suponer que desde el sector público sí lo pueda hacer?

Lo anterior sirve de marco para explicar lo que consideramos es el más grave defecto del CODECO: su pensión y vocación centralista.

Quienes creen que el Estado puede contribuir positivamente al buen funcionamiento del mercado deben por lo menos aceptar que para desempeñarse adecuadamente en entornos tan heterogéneos, cambiantes y dinámicos como los que caracterizan la multiplicidad de actividades comerciales que se llevan a cabo diariamente en el mercado, el Estado, al igual que los privados, requiere de especialización y división de labores. La actividad de prestación de servicios financieros no es igual a la actividad de prestación de servicios de salud, como la actividad de producción de alimentos envasados no es igual a la actividad de producción de productos farmacéuticos. En uno y otro sector de la actividad comercial e industrial, las características del mercado, las problemáticas que pueden afectar su buen desenvolvimiento y los fines que como sociedad deseamos priorizar son disímiles.

Si bien existen reglas elementales que deben respetarse en todos los sectores de la actividad comercial para contribuir y garantizar el buen funcionamiento del mercado como sistema de cooperación social (por ejemplo, no realizar prácticas que induzcan a error o engañen a los consumidores, no coaccionar la voluntad del consumidor, no discriminar el acceso a un producto o servicios por motivos de raza, etcétera), tales reglas, contrario a lo que muchas veces sostienen quienes aducen procurar defender los derechos de los consumidores, son pocas. Por lo demás, dejando de lado los mecanismos institucionales y procedimentales para asegurar el cumplimiento de las mismas, por lo general, tales reglas las podemos encontrar en la legislación civil ordinaria.

El Estado, al igual que los conglomerados privados, requiere organizarse dividiendo sus labores internamente en unidades independientes. Esto es así no sólo porque se requiere de especialización para intentar alcanzar un nivel de conocimiento medianamente adecuado para comprender las particularidades de los distintos sectores de la actividad económica que pretende regular, sino, sobre todo, porque los fines que como sociedad consideramos necesario alcanzar pueden variar de un sector a otro. Esta divergencia exige, a su vez, que al interior del Estado existan canales de comunicación e interacción que permitan a las distintas entidades públicas especializadas conciliar y priorizar fines contrapuestos.

A modo de ejemplo de esto último, la Constitución en su artículo 87 consagra que el Estado fomenta y garantiza el ahorro. Esta proclama no es gratuita. Refleja que consideramos el ahorro una actividad

socialmente relevante. Lo es porque el ahorro permite la acumulación de capital, capital que, a su vez, se requiere para generar actividad industrial y comercial que sirve como fuente de empleo y permite a los individuos, a través de los mecanismos de cooperación social propios del mercado, aspirar a la satisfacción de sus necesidades.

Ahora bien, el ahorro se concentra en las entidades financieras que intermedian con los recursos que captan del público y extienden, por ejemplo, crédito a los consumidores. No es poco usual que los que aducen actuar en defensa de los consumidores aleguen que las tasas de interés pagadas por los consumidores por estos créditos deban ser reguladas, subsidiadas o de algún modo reducidas. Si una entidad del Estado, presuntamente actuando de la defensa de los intereses de los consumidores, considera este objetivo como deseable, necesariamente conflictuará con el buen regulador financiero. Si el interés refleja el riesgo asociado a extender créditos a los consumidores y éste es indiscriminadamente promovido a tasas artificialmente bajas para beneficiar el consumo, el riesgo de morosidad aumenta, y si un banco no puede recuperar lo que presta, los clientes que mantenemos cuentas pasivas en esta institución –y que también somos consumidores– corremos el riesgo de no poder recuperar nuestros depósitos.

En el ejemplo anterior, ambas entidades gubernamentales deben contar con canales de comunicación para conciliar y decidir qué finalidad se debe privilegiar. Una decisión errada puede ser nefasta. De hecho, la crisis financiera norteamericana de 2008 en gran medida se explica por la propensión de las entidades gubernamentales a incentivar la dación de créditos hipotecarios subsidiados de manera indiscriminada, lo que resultó en una burbuja inmobiliaria⁵. Al perforarse la burbuja y sincerarse los precios de los inmuebles, los consumidores que accedieron al crédito barato vieron su patrimonio reducido (esto es, eran propietarios de inmuebles de menor valor) y los consumidores ahorristas casi pierden todo ante las potenciales quiebras bancarias.

El CODECO, como hemos adelantado, se caracteriza por tener una vocación o propensión centralista. Para el CODECO, la última palabra en disyuntivas como la reseñada la tendría, por lo general, el INDECOPI. Como veremos a continuación, la opción del legislador del CODECO simplemente ha sido la de erigir al INDECOPI como la supra-

⁵ En términos simples: (menores tasas de interés hipotecario + personas accediendo a crédito barato = mayor demanda de inmuebles) + (crecimiento de la oferta de inmuebles en menor proporción a la demanda) = mayor precio por inmuebles.

entidad central que decide en virtualmente todos los sectores de la actividad económica por igual, incluso en aquellos sujetos a regulación o supervisión por entidades gubernamentales especializadas.

La vocación centralista del CODECO salta a la vista a lo largo de su articulado. Se observa desde su Título Preliminar, cuando consagra que las disposiciones del CODECO contienen normas de mínima protección e impide que una norma sectorial emitida por una entidad especializada dispense un nivel de protección que, a criterio de los funcionarios del INDECOPI, pueda ser menor (Artículo V.6).

Otro ejemplo evidente. El CODECO consagra, correctamente, una obligación general de no difundir información engañosa y una obligación abstracta de brindar a los consumidores información relevante para la adopción de sus decisiones de consumo. Para la labor de determinación de qué información ha de considerarse relevante en un caso en particular, el CODECO dispone que “sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes”, el INDECOPI observará ciertos parámetros conceptuales (artículo 2.3). A buen entendedor, si, por ejemplo, los funcionarios del INDECOPI consideran que la información brindada en cumplimiento con la norma sectorial que regula el texto de las advertencias que deben llevar las cajetillas de cigarrillos o la norma sectorial que regula la información que debe brindarse en el rotulado de un alimento envasado es insuficiente, los primeros pueden sancionar al proveedor que dio estricto cumplimiento a la normativa sectorial e imponerle la carga de brindar información adicional.

En lo que concierne al derecho del consumidor a acceder a productos y servicios idóneos, el CODECO señala que las “[a]utorizaciones 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 al proveedor de responsabilidad administrativa bajo el CODECO (artículo 18). Nuevamente, a buen entendedor, el proveedor que realiza una actividad regulada, y obtiene los permisos y autorizaciones necesarios, y obtiene las certificaciones respectivas luego de verificarse que ha dado cumplimiento a las exigencias y estándares impuestos por la entidad estatal competente, puede igualmente ser sancionado por el INDECOPI cuando éste considere que el producto o servicio igual no resulta idóneo.

Un último ejemplo particularmente ilustrativo de la vocación centralista del CODECO, de los tantos que se pueden identificar salpicados entre su articulado, lo encontramos en el tratamiento

de las llamadas cláusulas abusivas. Como se sabe, el CODECO trae entre sus novedades el haber facultado al INDECOPI a sancionar como abusivas y, consecuentemente, inaplicar en un caso concreto, determinados tipos de acuerdos contractuales en contratos por adhesión celebrados con los consumidores y en cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente (artículos 49 al 52). Para el caso de los acuerdos contractuales incorporados en cláusulas generales de contratación que sí han sido aprobadas administrativamente por la entidad gubernamental competente conforme a la ley de la materia, el CODECO señala que tal aprobación únicamente puede ser cuestionada en la vía judicial (artículo 54.3).

Conforme a lo anterior, un acuerdo contractual incorporado en condiciones generales de contratación materia de aprobación administrativa no podría, por definición, ser declarado como una cláusula abusiva por el INDECOPI. No obstante ello, acto seguido, el CODECO señala que “el consumidor o usuario directamente afectado respecto de la aplicación concreta de la referida cláusula” (refiriéndose a las cláusulas contenidas en condiciones generales de contratación aprobadas administrativamente por la entidad competente) “puede recurrir a la autoridad administrativa o judicial competente para que emita pronunciamiento en el caso concreto” (artículo 54.3). En tanto las entidades gubernamentales que aprueban administrativamente condiciones generales de contratación no se encuentran facultadas para emitir pronunciamientos “en casos concretos”, esta última disposición pretendería otorgarle al INDECOPI la facultad de inaplicar acuerdos contractuales cuya aprobación compete y ha sido evaluada y autorizada por otra entidad gubernamental.

En lo que refiere a la dinámica de la interacción entidades gubernamentales prevista por el CODECO, basta explicar una disposición asolapada en el capítulo referido a productos o servicios financieros para visualizar la opción del legislador. En éste se dispone que en los casos en “que sea necesaria la interpretación de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, o las normas dictadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, el Indecopi debe solicitar a esta (sic) un informe técnico” (artículo 89). A primera impresión esta norma parecería ser inofensiva. Es obvio que la Ley 26702 (“Ley de Bancos”) y la normativa sectorial debe ser interpretada por la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, dado que la facultad de interpretación exclusiva de tales normas ha sido, por ley expresa, encomendada a la

Superintendencia de Banca y Seguros, que es además un organismo constitucional autónomo, encargado de la supervisión y regulación financiera.

El problema de la norma antes trascrita es lo que deja de decir pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171.2 la Ley 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General), los informes y dictámenes que emite una entidad pública a otra se presumen no vinculantes salvo disposición legal en contrario, disposición que no prevé el CODECO. Así, los informes que emita la Superintendencia de Banca y Seguros interpretando la Ley de Bancos y la normativa sectorial que ella misma ha emitido no resultan, en principio, vinculantes para el INDECOPI, quien puede así, discrecionalmente, interpretar y pronunciarse en sentido contrario, arrogándose facultades que, reiteramos, han sido atribuidas a un organismo constitucional autónomo, rango que por lo demás no ostenta el INDECOPI.

Los ejemplos reseñados son elocuentes. Las decisiones institucionales y reglas de interacción entre las autoridades públicas postuladas en el CODECO simplemente privilegian el control gubernamental centralizado sobre la especialización técnica. Ello, reiteramos, pese a que, axiomáticamente, al INDECOPI nunca le va a ser posible contar con el mismo nivel de conocimiento técnico de una entidad gubernamental especializada en un sector económico en particular, ni estará por tanto igualmente capacitado para conocer los fines públicos que ésta cautela. Lamentablemente, el legislador simplemente no ha comprendido, o no ha querido comprender, que quien mucho abarca, poco aprieta.

V. COLOFÓN

En buena cuenta, el debate en torno al CODECO se ha caracterizado por sofismos falaces y promesas populistas. Quienes han promovido esta norma han obviado por completo considerar que los fenómenos de consumo son esencialmente económicos en naturaleza. Ningún médico responsable pretendería operar a una persona sin tener conocimientos adecuados de anatomía humana, como ningún ingeniero responsable pretendería erigir una edificación sin estudios adecuados de suelos. ¿Cómo puede entonces el legislador pretender regular actividades económicas y comerciales sin tener conocimientos

adecuados sobre la dinámica y funcionamiento del mercado?

Si bien los fines que se aducen perseguir, pueden, a primera vista, parecer loables, lo cierto es que políticas demagógicas y centralistas como las promovidas, divorciadas de un correcto entendimiento de los procesos comerciales que pretenden regular, rara vez sirven los propósitos para las cuales fueron diseñadas. Paradójicamente, la problemática de los consumidores sólo se agrava reconociendo derechos e imponiendo obligaciones como las propugnadas en el CODECO.

En el debate mediático en torno al CODECO se ha pretendido justificar expandir aun más el rol del Estado en las relaciones de consumo, perdiéndose de vista el principal problema que atañe a la protección al consumidor en nuestro país: la falta de institucionalidad.

De un lado, falta de institucionalidad en un Estado que actúa tarde, erráticamente y contradictoriamente. Y así, se omite reforzar la institucionalidad del INDECOPI, incrementando los recursos de la institución, promoviendo una línea de carrera clara y resguardando su independencia técnica y funcional; se omite privilegiar la autocomposición de conflictos sobre la intervención de la autoridad pública; y se omite dictar reglas que faciliten la coordinación entre las diferentes instancias del Estado, a efectos de prevenir la duplicidad y la contradicción y fomentar la correcta priorización de objetivos.

Pero también existe una alarmante falta de institucionalidad a nivel de la sociedad civil, caracterizada por consumidores que no conocen cuáles son sus derechos y que no encuentran los canales adecuados para hacerlos valer. Por ello, y ante todo, el Estado está llamado a procurar medidas para educar y empoderar a los consumidores, para que éstos sean verdaderos soberanos de los procesos de mercado, para que éstos puedan adoptar precauciones antes de consumir y puedan obtener soluciones rápidas e inmediatas a sus problemas cuando éstos se susciten. Cuando dos personas, informadas y conocedoras de sus derechos libremente deciden contratar, lo hacen porque creen que con ello ambas estarán en una mejor situación, y nadie mejor que ellas, mucho menos un funcionario estatal, para saber qué le conviene a cada uno.