

Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia

TOMO 17 - NOVIEMBRE 2009 - AÑO 2

# RAE

## JURISPRUDENCIA

### Especial de Jurisprudencia

El amparo contra laudos arbitrales  
El caso CODISA

### Informes & Entrevistas

Apuntes sobre las recientes modificaciones a la Constitución Política del Perú en 1993

### Estudios & Comentarios Especiales

El Estado de Derecho, económicamente  
*Francisco González de Cossío*

#### Comité Consultivo


José Antonio Álvarez Caperochipi  
Atilio Aníbal Alterini  
Jesús Cruz Villalón  
César Landa Arroyo  
Fernando de Trazegnies Granda  
Felipe Osterling Parodi  
César Fernández Arce  
Juan Monroy Gálvez  
Gonzalo García Calderón  
José Antonio Payet Puccio  
Mario Castillo Freyre  
Jorge Danós Ordóñez  
César González Hunt

#### Director

Giovanni Priori Posada

#### Director Ejecutivo

Jesús Córdova Schaefer

 Ediciones  
Caballero Bustamante



# La Modernidad con medio siglo de retraso

## A propósito de las “innovaciones” del Código de Consumo

Daniel ECHAIZ MORENO (\*) 

### RESEÑA

En el presente artículo, el autor elabora una seria crítica sobre el Código de Consumo y su influencia que generará en el mercado, y los nuevos retos que afronta esta nueva norma.

El 15 de marzo de 1962 el entonces presidente de Estados Unidos John Fitzgerald Kennedy pronunció un célebre discurso ante el Congreso de su país donde dijo: “Ser consumidor, por definición, nos incluye a todos... Somos el grupo económico más grande en el mercado, que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas... pero es el único grupo importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados”. Ahí nació la protección del consumidor que luego se legisló e institucionalizó, primero en Estados Unidos, posteriormente en Europa y finalmente en América Latina, llegando al Perú en 1991 con la dación de la primera Ley de Protección al Consu-

(\*) Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado summa cum laude por la Universidad de Lima. Curso de Administración Tributaria por el Instituto de Administración Tributaria de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT). Curso de Especialización en Mercado de Valores por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV). Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad San Ignacio de Loyola y Academia Diplomática del Perú. Socio fundador de Echaiz Estudio Jurídico Empresarial. Consultor externo del Estudio Flint Abogados. Miembro colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Miembro honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa. Miembro del staff de árbitros del Tribunal Arbitral del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, del Centro de Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, del Centro de Arbitraje Arbitra Perú del Ministerio de Justicia y del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de los libros “Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral” (Lima, 2000), “La empresa en el Derecho moderno” (Lima, 2001), “Sociedades. Doctrina, legislación y jurisprudencia” (Trujillo, 2005), “Régimen Comercial Peruano” (Bogotá, 2006) y “Derecho Societario. Un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios” (Lima, 2009), así como 265 artículos. Conferencista con 395 ponencias sustentadas en Perú (Lima, Chiclayo, Tumbes, Cajamarca, Trujillo, Arequipa, Chimbote, Huancayo, Huacho y Piura), Argentina (Buenos Aires) y Venezuela (Maracaibo). Web page: [www.echaiz.com](http://www.echaiz.com) - E-mail: [daniel@echaiz.com](mailto:daniel@echaiz.com)

midor (Decreto Legislativo N° 716) y en 1992 con la creación de la Comisión de Protección al Consumidor dentro de la estructura orgánica del INDECOPI.

El 28 de julio del presente año el presidente del Perú Alan García Pérez también pronunció un discurso ante el Congreso de nuestro país en el que, emulando al mencionado gobernante estadounidense, sostuvo: "Necesitamos defender a los consumidores de las cosas concretas y diarias, como el sobrecosto de las tarjetas de crédito, que es abusivo, [y] la reconexión de los servicios de telefonía y agua. Por eso en septiembre presentaré este proyecto que espero sea aprobado por el Congreso". La propuesta del mandatario peruano fue trabajada durante dos meses por una Comisión, publicándose recientemente en el Diario Oficial El Peruano el 18 de octubre del 2009 bajo el título "Anteproyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor". La iniciativa (contar con modernas normas en la materia) es elogiada y las razones (como mejorar la protección del consumidor) son justificadas, pero el resultado es, en general, deficiente porque, en el mejor de los casos, se ha quedado con medio siglo de retraso, por lo que estas propuestas acaso tuvieran cierta receptividad si nos encontraríamos en la década del 60 del siglo pasado, pero no en el momento actual.

310 Antes de la corriente pro-consumidor (que empezó notoriamente en 1962) el mercado era distinto pues la empresa se mostraba como una insaciable máquina lucrativa, el empresario era el único a quien podía importarle el destino de la empresa, la información era un privilegio de los socios mayoritarios, sólo existían las grandes empresas y los monopolios se adueñaban íntegramente de los sectores económicos más rentables. Todo ello se traducía en el mundo del Derecho donde las relaciones económicas se plasmaban en un vetusto Derecho Comercial que sólo miraba a los comerciantes o a los actos de comercio. Pero todo eso fue hace más de 50 años y desde

entonces todo cambió. Hoy en día la empresa es el motor de la sociedad contemporánea, actúa con responsabilidad social corporativa, atiende a sus diversos grupos de interés, incorpora política de gobierno corporativo, convive con pequeñas y medianas empresas y se somete al marco regulatorio de la libre competencia.

El Derecho entonces también cambió. Ya no es el otrora Derecho Comercial; hoy estamos ante el Derecho Empresarial que reconoce a la empresa como un fenómeno socio-económico complejo (no inventado por abogados) en cuyo alrededor encontramos diversos grupos de interés: el inversionista mayoritario, el inversionista minoritario, el trabajador, el acreedor, el consumidor, el Estado y la comunidad, entre otros. A todos les conviene el éxito de la empresa, aunque por diversas razones; así, por ejemplo, al inversionista minoritario para maximizar la rentabilidad de su inversión, al consumidor para gozar de productos de calidad y al Estado para recaudar mayores ingresos por Impuesto a la Renta. Por consiguiente, la tarea actual del Derecho Empresarial es lograr una regulación jurídica **integral**; no una simple regulación jurídica porque eso ya se consiguió: si enfocamos la relación empresa-trabajador tenemos el Derecho Laboral y si hacemos lo propio con la relación empresa-acreedor tenemos el Derecho Concursal. Eso ya existe.

311 El reto hoy en día es conseguir una regulación jurídica **integral**, es decir, enfocar con realismo a la empresa y atender, a la vez, a **todos** los grupos de interés: ninguno es más importante que otro pues todos son necesarios. ¿Qué hace una empresa sin inversionistas que se arriesgan por ella?, ¿o con trabajadores insatisfechos que van a la huelga?, ¿o con consumidores que organizan un boicot en el mercado? La tarea es ardua pero es lo que corresponde en la actualidad. Sin embargo, eso es lo que no hace el Anteproyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor pues se restringe a una protección única, exclusiva, excluyente, exagerada e irracional del

consumidor, como si fuese el único grupo de interés y creyendo que la empresa es un ogro malvado, abusivo y despiadado. Basta ya de esos prejuicios que llevan a creer que ser empresario es un pecado, cuando paradójicamente vivimos en un país de empresarios donde se constituyen más de cuatro mil empresas cada mes. Aprendamos a convivir empresarios, consumidores y demás grupos de interés porque la sinergia conllevará al éxito del país en su conjunto. No olvidemos que la empresa genera empleo (directo e indirecto), promueve las exportaciones, dinamiza el mercado de capitales (como la Banca y la Bolsa), genera ingresos para el Estado (a través de los tributos), etc. Preguntémosnos entonces que haríamos en un mundo sin empresas. No se trata pues de ser exagerados: ni un mercado sin regulaciones (que devenga en anarquía) ni un mercado con regulaciones excesivas (que asfixie a todos). Se requiere un mercado con regulaciones adecuadas y razonables; por lo demás, este es el sustento de una economía social de mercado, siendo éste el régimen económico al cual se alinea el Perú.

312 El Anteproyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor muestra una base errada cuando en su artículo 2 sostiene que la protección del consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado, **debiendo ser éste interpretado en el sentido más favorable al consumidor**, lo que se afianza cuando en el artículo 5.2 inciso a) estipula que la protección al consumidor se inspira esencialmente, entre otros, en el **principio pro consumidor**. Ambas normas destruyen por completo los últimos 50 años de evolución del Derecho Comercial que han permitido arribar en el Derecho Empresarial y desconocen la teoría de los grupos de interés, así como reviven la antigua creencia (hoy superada ampliamente en el mundo) de que los consumidores, por el solo hecho de serlos, califican como débiles en la contratación y merecen absoluta protección. La protección que hoy en día el Derecho les dispensa a los consumi-

dores no es por debilidad intrínseca sino por asimetría informativa, de manera tal que el primer deber del proveedor es informar con transparencia y, en consonancia con ello, el primer deber del consumidor es informarse con diligencia. El modelo de la economía social de mercado (que está consagrado constitucionalmente en el Perú y que aquí se alude ligeramente) no es intervencionista, sino regulatorio, lo que no se consigue cuando se pretende que toda interpretación sea a favor de una de las partes contratantes. ¿Significa lo anterior entonces que la autoridad **siempre** deberá resolver a favor del consumidor? Eso es intervencionismo en las decisiones del INDECOPI y, de ser el caso, del Poder Judicial. Supone encaminar arbitrariamente y a priori la resolución de una controversia con un fallo que favorezca al consumidor por el solo hecho de serlo. Tal criterio es inaceptable en un Estado de Derecho. Con lo anterior tendríamos que la autoridad tiene el mandato de resolver a favor del consumidor, por lo que la probanza sería ociosa, careciendo entonces de sentido cuando el artículo 102 del referido Anteproyecto señala que el consumidor debe acreditar el daño. La carga de la prueba se torna meramente formal porque el proveedor ya está sentenciado desde el inicio por haber cometido la herejía de contratar con un consumidor, como si esa contratación no fuese común y corriente.

314 Pretendiendo ser más mesurado, el Anteproyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor recoge en su artículo 5.2 inciso b) como otro principio esencial que inspira la protección al consumidor el **principio in dubio pro consumidor**. Aparentemente ahora sí tiene sentido que se favorezca al consumidor si es que existe duda, pero eso sólo es aparente pues, valga la redundancia, queda la duda respecto a cuándo existe duda: ¿caso nos referimos a la duda que pueda tener una autoridad por su falta de conocimientos, especialización y/o experiencia? Creemos que ni la ignorancia ni la impericia de



la autoridad pueden significar una ventaja para el consumidor, ya que con ellos estaría incentivándose indirectamente el mantenimiento del statu-quo y se desalentaría la capacitación y/o el perfeccionamiento de la autoridad. Aquí debió apreciarse lo que el texto constitucional regula a propósito de la materia laboral cuando en su artículo 26 prescribe que en la relación laboral se respetará el principio de la interpretación favorable al trabajador **en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma**. Esto es distinto pues, por un lado, no se trata de una simple duda sino de una duda insalvable y, por otro, no se presenta en abstracto sino respecto al sentido de una norma. Téngase en cuenta que la interpretación siempre es una labor arbitraria porque depende del intérprete, siendo entonces necesario reducir al máximo la subjetividad de aquél con la delimitación de su tarea interpretativa.

315 Demostrando desconocimiento de cómo funciona el mercado, en el artículo 9.1 del Anteproyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor se establece que el proveedor deberá consignar en las etiquetas o en los envases **el precio final del producto**. Empero el propio artículo 3.2 contempla que proveedores son las personas naturales o jurídicas que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, anuncian, expenden, suministran productos o prestan servicios a los consumidores. Nos preguntamos entonces ¿cómo podría determinar el precio final del producto quien, por ejemplo, lo acondiciona, si éste desconoce los costos que luego surgirán en la cadena productiva?, ¿cómo haría eso un almacén, cuya actividad consiste tan solo en almacenar?, ¿acaso el comerciante minorista –quien también es proveedor– aceptará tal imposición? y ¿no estará promoviendo subrepticamente una concertación de precios? Se pretende presentar como una norma protectora del consumidor cuando, en realidad, atenta contra la libre competencia, siendo que este atentado

afecta en primerísima instancia al consumidor. Quedará pues en el olvido la actual práctica comercial de **precios sugeridos** al ser reemplazada normativamente por la política gubernamental de **precios exigidos**. Para regular el mercado hay que conocerlo y saber, cuando menos, que hoy en día aquél funciona por el juego de la oferta y la demanda, lo que determina –entre otras cuestiones– el precio. La competitividad de las empresas conlleva a minimizar los costos, ya que éstos se trasladan al consumidor final y éste siempre desea más por menos; empero, con la propuesta normativa ya no podría aspirar a conseguir **más por menos** porque siempre tendría **lo mismo por lo mismo**. Todo ello conllevaría a un mercado reglado que desincentiva la competencia y, con él, surgen los efectos perniciosos que existían antes de la década del noventa del siglo pasado y que desde entonces fueron superándose hasta lograr el Perú este año el puesto 62 en el ranking mundial de competitividad del Banco Mundial.

Como si lo anterior fuese poco y en el colmo de la aberración jurídica, el artículo 21 del Anteproyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor consagra una regla que escandalizaría al maestro José León Barandiarán y, obviamente, al jurista italiano Francesco Messineo como a la doctrina francesa arraigada al Código Napoleónico de inicios del siglo XIX. Dice aquella norma que **la publicidad prevalece sobre el contenido del contrato**, incluso cuando el consumidor lo haya firmado. Aquí no retrocedimos medio siglo sino que nos fuimos más de 100 años atrás, directos al abismo. Adiós la teoría general de la contratación con los principios del pacta sunt servanda y la santidad contractual pues se relativiza con irresponsabilidad el efecto vinculante del contrato, atentando así contra la seguridad jurídica. El contrato pues dejará de ser ley entre las partes y, contra toda lógica, tendremos que, en virtud del mandato constitucional recogido en el artículo 62, el contrato no puede ser modificado por una ley, pero sí lo podrá ser por

la publicidad, lo que significa que la publicidad no sólo está sobre el contrato sino también sobre la ley. ¿De dónde surgió esta disparatada idea que deshace los fundamentos básicos del Derecho Contractual? Es tan disparatada que ni siquiera atiende a la legislación vigente puesto que la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo N° 1044) anota en su artículo 21.1 que la publicidad es un **instrumento** para promover en el destinatario de su mensaje la contratación o el consumo de bienes o servicios. Nos preguntamos entonces cómo un mero instrumento que propicia la contratación puede tener mayor valor que el contrato.

316 Prosiguiendo con las propuestas –por decir lo menos– anecdóticas, en el artículo 39 del Anteproyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor se lee que la denominación de un alimento debe proporcionarle al consumidor **una idea lo más precisa posible** sobre el mismo. Lo que aquí no es preciso es el sentido de dicha norma. **Qué** tal carga de subjetividad habrá en la autoridad cuando califique la denominación del alimento (que, en realidad, es la marca del producto) y qué manera de restringir la creatividad de los proveedores. Pareceremos un mercado militarizado donde los aceites de Alicorp ya no podrán denominarse Primor, Cocinero, Capri, Cil y Friol, sino que para darle una idea lo más precisa posible al consumidor tendrán que llamarse Aceitán, Aceitén, Aceitín, Aceitón y Aceitún; con dichas nuevas marcas habrá quedado claro que nos referimos a aceites. Cuál será la utilidad de tal dispositivo cuando en el mismo artículo 39 se prevé que las denominaciones de fantasía no eximen al proveedor de señalar una denominación real del producto, lo cual significa que antes o después de Primor, Cocinero, Capri, Cil y Friol dirá “aceite”. No se requerirá más para que un consumidor (ser humano) comprenda que se trata de un aceite y no de una gelatina.

Para promover aún más la inseguridad jurídica el artículo 91 del Anteproyecto de Código de

Protección y Defensa del Consumidor estipula un período de reflexión (a favor del consumidor, claro está) cuando la venta se realice fuera del local del proveedor, por un plazo de cinco días, de modo tal que **el consumidor tendrá derecho a desistirse del contrato sin necesidad de justificación y sin penalización alguna**. ¿Qué razón ampara este privilegio del consumidor? Simplemente que la venta se realizó fuera del local del proveedor, como por ejemplo a través del teléfono o del Internet. Estos constituyen, al decir de la sumilla del citado artículo, **métodos coercitivos**. Se ignora que la contratación ha evolucionado en las últimas décadas a pasos agigantados, por lo que actualmente los contratos a distancia y/o electrónicos son una realidad y en un futuro próximo se habrán convertido en la única manera de realizar negocios. Apréciase el desfase del legislador al desmerecer a priori dichas modalidades de contratación al extremo de calificarlas como métodos coercitivos. No se preocupa por el uso que el consumidor podría haber efectuado del producto y el consiguiente perjuicio del proveedor. Peor aún, en el artículo 70.3 del referido Anteproyecto prescribe que, tratándose de compraventa de inmuebles, el consumidor **podrá resolver el contrato** en caso que los desperfectos o deficiencias se manifiesten en un plazo de hasta dos años, lo que supondría atar el contrato a una condición suspensiva pues recién estaría firme cuando transcurra aquel exagerado plazo que no se condice con el plazo de seis meses contenido en el artículo 1526 del Código Civil para la acción de saneamiento.

La creatividad del legislador llega a niveles insospechados y es así que en el artículo 78.2 del Anteproyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor se expresa que, transcurrido el plazo de 30 días con que cuentan las entidades del sistema financiero para pronunciarse en torno a las reclamaciones efectuadas por sus consumidores, **opera el silencio administrativo positivo**. Significa lo anterior que, por arte de magia,

los Bancos son ahora parte de la Administración Pública, lo cual supondrá entonces que sus ejecutivos son funcionarios públicos y que sus ingresos son recursos del Estado. Toda una revolución del Derecho Administrativo pues aquel que es privado, actúa como privado y se parece a un privado, no es privado, sino público, por mandato creativo de la ley. Bien dice la propaganda de una bebida gaseosa, “con creatividad todo es posible”.

Como para que no quepa duda del medio siglo de retraso, el artículo 86 inciso m) califica como cláusula abusiva de ineficacia absoluta el sometimiento a arbitraje ordinario. Tanto se ha alentado al arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, incluso a nivel del propio Estado con el recientemente creado Centro de Arbitraje Arbitra Perú del Ministerio de Justicia, para que ahora se establezca que pactar arbitraje es una cláusula abusiva. Cuánto aplaudirán los acérrimos defensores del litigio judicial. ¿Dónde quedaron las bondades del arbitraje como la celeridad, la especialidad y la predictibilidad, tan ensalzadas precisamente en las relaciones comerciales? Es que ahora el legislador pretende

prescindir del denominado arbitraje ordinario (váyase a saber qué se entiende por ello, como si acaso existiera un arbitraje extraordinario) para crear (bienvenida la burocracia y con ella la ineficiencia y la lentitud) el arbitraje de consumo, según se regula en los artículos 131 al 136 del referido Anteproyecto, aunque diga que es gratuito pero no especifique quién lo solventa, aunque mencione las juntas arbitrales pero ni siquiera las defina, aunque aluda a un sistema de arbitraje pero carezca tal sistema de una estructura orgánica y aunque exija armonizar criterios legales pero no diga bajo qué norma se regula.

Estas son algunas perlas de las muchas que adornan el Anteproyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor. Es nuestro deber alertar que dicho documento merece un análisis mesurado y con visión más amplia que no se restrinja sólo a un enfoque del tema, sino que abarque a la realidad en su conjunto. Estamos dispuestos a colaborar con la mejora de tal propuesta legislativa para desarrollar aún más un tema tan complejo e interesante como es la protección del consumidor, pero siempre con el ánimo de avanzar y nunca de retroceder.