

Derecho administrativo

*Competencia, propiedad intelectual y protección al consumidor: ¿un paso más en la privatización del derecho público?*¹

Dante Mendoza Antonioli

1. ¿Se puede hablar de una constitucionalización del derecho privado en el siglo XXI?

Es la pregunta con la que se ha presentado este congreso. Considero que, sin dejar de reconocer que es cierto que el derecho privado debe ahora respetar los derechos constitucionales de tercera generación, ello no implica que antes no se hayan respetado los clásicos derechos constitucionales. Esto de hablar de la constitucionalización del derecho privado como si fuese un fenómeno reciente, podría generar que se piense que antes este no respetaba las normas constitucionales o que, por lo menos, permanecía al margen de estas, y ello no es cierto.

Lo que sucede es que hoy asistimos a una cada vez mayor presencia, en la vida diaria, de los llamados “derechos constitucionales”, en una carrera desenfrenada por teñir absolutamente de color “constitucional” todo

¹ Ponencia presentada por el autor en el Congreso Internacional El Derecho Público y Privado en Confrontación en una Era de Cambios, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y realizado los días 16, 17 y 18 de junio del 2009.

aquello que se pueda y, con ello, darle a un cada vez mayor grupo de derechos una categoría superior. Por ello, se dice que el desarrollo de actividades económicas y la circulación de bienes, expresión pura del derecho privado, tiene cada vez más límites constitucionalmente impuestos.

De esto es aquello que nos han venido hablando en los dos días precedentes. Hoy, lo que quiero es ir a contracorriente y hablar, más bien, del fenómeno inverso, vale decir, de cómo es que, desde mi punto de vista, el fenómeno que estamos viviendo es exactamente el contrario: el de la privatización cada vez mayor del derecho público.

He de referirme, en primer lugar, a la ponencia del decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santo Tomás de Bogotá, quien ha expuesto respecto a “La protección de los derechos individuales frente a los poderes económicos”. Ante ello, me planteo una pregunta distinta, y que es: ¿quién nos protege, a su vez, de los cada vez mayores y poderosos *derechos individuales*? ¿Dónde quedaron la sociedad y el bien común?

Derecho público y derecho privado son dos caras de una misma moneda, sí, pero son diferentes. Recordemos —y no oigamos los cantos de sirena de quienes propugnan que la distinción no existe— que la diferencia fundamental entre el derecho público y el derecho privado radica en el interés que es materia de protección.

Comprendo que el entusiasmo académico lleve a algunos a sostener que no existe diferencia alguna porque el interés siempre será público, desde que protegiéndose al privado se cumple igualmente una tarea pública. Sin embargo, más allá de prevenir o propugnar la paz social —fin natural, en general, del derecho—, la dimensión y proyección del derecho privado se circunscribe estrictamente a fines privados, en tanto que el derecho público cubre necesidades sociales y sus fines son de interés netamente públicos.

Solo partiendo de esta distinción es que se justifica la ingente inversión de recursos que le demanda al Estado cumplir, a través de los distintos procedimientos administrativos existentes, los requerimientos cada vez mayores de una sociedad que no podría ver cubiertas adecuadamente sus expectativas de una manera distinta.

La *Flucht ins privatrechts* alemana (huida del derecho administrativo o público al derecho privado), con la que empezó, hace ya un buen tiempo, una posición cada vez mayor en contra de todo aquello que representa la parte operativa o adjetiva del derecho público, tiene ahora un

nuevo sesgo por el que, casi sin darnos cuenta, el derecho privado utiliza descaradamente al derecho público para proteger fines e intereses distintos de aquellos a los que este último está destinado.

En efecto, es en el campo del derecho de la competencia, de la protección al consumidor y de la propiedad intelectual —instituciones propias del derecho del mercado—, donde podemos apreciar con claridad ejemplos de esta situación. Por ello, plantearé algunas reflexiones en torno a algunos principios jurídicos, sustento del derecho público, que estarían siendo vulnerados por estas disciplinas.

2. La ineficacia judicial y la protección al consumidor

En primer termino, considero adecuado referirme a la legislación especial que se ha emitido en función de la “protección al consumidor”.

Toda la teoría del derecho del consumo puede fácilmente asimilarse a regulaciones del Código Civil y, por tanto, convertirse en un tema puramente privado. Sin embargo, la ineficiencia que demuestra el Poder Judicial para resolver los conflictos y asuntos que son sometidos a su jurisdicción ha generado que, sin que exista un cambio en su naturaleza de derecho estrictamente privado, hoy se proteja especialmente a una de las partes en un contrato, a la que el Estado percibe como “más débil”.

El resultado es que se viene utilizando al derecho administrativo para resolver cuestiones que son puramente privadas, en las que no existe el más mínimo atisbo de un interés distinto del de las partes que intervienen en los respectivos procedimientos.

En el Perú existe una explicación para esta situación. A inicios de la década de 1990, el país cambió su paradigma de desarrollo económico, de uno basado en las políticas del llamado “Estado del Bienestar”, a uno que encuentra su sustento en el libre mercado. En este contexto, las autoridades de aquel momento entendieron que una medida eficiente para asegurar el modelo era retirar a la libre competencia, la competencia desleal y la protección al consumidor, de la jurisdicción inmediata del Poder Judicial, estableciendo una autoridad administrativa,² de paso

² Esta es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

obligatorio previo, como la instancia competente para la resolución de cuanto conflicto en torno a estas disciplinas pudiera surgir.

La situación no ha cambiado mucho con el transcurso de los años. Diversos motivos confabulan en contra de tener un Poder Judicial que pueda lidiar adecuada y oportunamente con las demandas de la sociedad. El entendimiento de los jueces con relación a los temas relativos al mercado sigue siendo muy pobre, dado que, desde que no son competentes directamente, lo residual de su actuación no ha abonado en una especialización que permita tener fe en que la situación descrita pueda revertirse en el corto plazo.

¿Resulta entonces justificado destinar los recursos de una institución pública a la defensa de intereses meramente privados, utilizando no solo recursos públicos, sino también instituciones y procedimientos típicamente administrativos?

Ello no está claro ni siquiera para la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi, órgano competente para resolver los conflictos derivados de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, que a lo largo de los años, y pese a la renovación relativamente frecuente de sus miembros, no ha sido coherente en la aplicación de las normas. En algunos casos, han sido las prescripciones del Código Civil y los principios que subyacen al derecho privado los que han primado; en otros, fueron la Ley de Protección al Consumidor y alguna que otra norma administrativa las aplicadas.

Por esta vía se ha venido aplicando, a lo largo de los años, un derecho especial —que simula ser administrativo— a determinadas relaciones típicas del derecho civil, basándose en las calidades de “consumidor final” y “consumidor razonable” que ni siquiera son determinadas en ley alguna,³ sino que son fruto del desarrollo de sucesivos precedentes administrativos del mismo Indecopi y a partir de los cuales se determi-

³ El Decreto Legislativo 1045, tan tarde como junio del 2008 —vale decir, más de quince años después de venirse aplicando la legislación de protección al consumidor—, ha pretendido establecer estos conceptos, pero lo ha hecho tan tímida-mente que, sin las precisiones de los precedentes y lineamientos del propio Indecopi, es imposible deducir sus alcances y límites.

na cuáles actos serán discernidos por el derecho privado y cuáles por el derecho público. Esto es especialmente grave, dado que el derecho estaría planteando soluciones distintas a casos idénticos, basándose únicamente en la calidad, ya sea de consumidor final o razonable, del recurrente.

3. El fin público y el derecho de la competencia

Uno de los principios básicos sobre los que se funda el derecho público es la exigencia de un fin público que avale la actuación del aparato estatal. No se entiende la participación de una entidad estatal en un asunto meramente privado. Tiene que existir un interés puntual de la sociedad, que justifique el empleo de recursos estatales.

El derecho de la competencia tiene varias caras. Algunas sí tienen claramente un fin público, como aquellas destinadas a asegurar la libre competencia. No sucede lo mismo, sin embargo, con el caso de la competencia desleal, la que tiene una raíz, origen y sentido más en la órbita de lo privado que de lo público.

En efecto, históricamente, la disciplina ha sido privada y regulada por los códigos civiles de aquellos países en los que se desarrolló (artículos 1382 del Código Civil francés y 1151 del Código Civil italiano, por ejemplo). No es sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando se comienza a hablar de un “modelo social” en el derecho de la competencia desleal, básicamente, en atención a la necesidad de introducir en el análisis la afectación de los derechos de los consumidores.

La legislación nacional recoge este modelo social, basándose en que las normas de competencia desleal protegen un trío de intereses: el de los empresarios, el de los consumidores y el del orden público del Estado. Ello no es del todo cierto.

Existen situaciones en las que sí puede haber más de una razón de orden público estatal, distinta de la simple y general obligación de cumplir con lo que dice la ley. De hecho, toda la disciplina de la regulación administrativa de la publicidad comercial, por ejemplo, ha encontrado su excusa en una aparente protección al consumidor colectivo.

Sin embargo, no es esta la regla. La propia experiencia institucional del Indecopi muestra la inmensa mayoría que representan los casos de intereses puramente privados, con relación a aquellos en los que existe algún interés público relevante. Cabría preguntarse: ¿cuál es el fin

público que se persigue con estos casos? ¿No es que se está aprovechando del aparato público para defender intereses estrictamente privados?

4. El principio de razonabilidad y los derechos de autor

La protección de los derechos de autor representa, hoy en día, el más claro ejemplo de un área de la disciplina jurídica que, lejos de recoger una normativa equitativa y justa para con la sociedad que da cabida al autor, le reconoce a este último derechos excesivos que van más allá del “principio de razonabilidad”.

Este principio, recogido en la actualidad en forma expresa en el artículo IV del título preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), Ley 27444, indica que “las decisiones de la autoridad administrativa deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los *medios* a emplear y los *finés* públicos que deba tutelar”.

Ello ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias. Así por ejemplo, respecto a la plena aplicación de dicho principio en todas las áreas del derecho, este órgano ha expresado que “el principio de razonabilidad es consustancial al Estado social y democrático de Derecho”.⁴ Asimismo, con relación a la obligación del legislador de respetar igualmente este principio, ha establecido que el mismo sirve para “establecer la legitimidad de los fines de actuación del legislador en relación con los objetivos propuestos por una determinada norma”.⁵

Las normas que reconocen protección a los derechos de autor —que no son otra cosa que la expresión de la protección jurídica de un derecho de propiedad privada intangible— han perdido de vista este norte.

Así por ejemplo, mientras que en otro caso de protección de propiedad intangible, como es el derecho de marcas, la ley de propiedad industrial sabiamente establece que la importación de bienes que han

⁴ Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente 2192-2004-TC.

⁵ Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente 0016-2002-AI/TC.

sido legítimamente marcados y puestos en el comercio de un país extranjero es libre, y que los “derechos de exclusiva” que puedan tener los distribuidores, representantes o importadores locales no pueden ser opuestos a quien importa y pretende comercializar libremente; la ley de derechos de autor, para el caso similar, establece que la autorización para la venta de los productos que contienen un derecho de autor específico es territorial y, por lo tanto, no pueden ser exportados ni importados libremente.

Así, en caso de que alguno de nosotros pretendiera traer libros de algún escritor nacional —como Vargas Llosa, por ejemplo— que hayan sido impresos y puestos a la venta en Colombia, Argentina, México o cualquier otro país, necesitaría el permiso expreso de la editorial (o de quien posea los derechos específicos de venta de esa edición) para hacerlo. En caso contrario, nuestra legislación nos considera “piratas”, y nos exponemos, no solo a multas administrativas y a la pérdida de todo el material, sino también a sanciones penales.

En adición, la propia ley reconoce la validez de un sistema de administración grupal de los derechos de autor a través de las sociedades de gestión colectiva, entidades que funcionan como verdaderos cárteles de precios y de condiciones de comercialización, constituyendo una excepción al régimen de libre competencia que prima en nuestra economía y cuyas reglas les son exigibles al resto de agentes económicos.

Al ser una excepción, sus facultades y atribuciones deberían ser interpretadas en sentido restrictivo, tal y como lo mandan los conceptos más elementales del derecho. Sin embargo, la interpretación administrativa en Indecopi ha sido la de considerar que la regla general está constituida por la legislación de derechos de autor y, por lo tanto, que cualquier otra norma que se encuentre más en armonía con el resto del derecho debe ser interpretada y aplicada restrictivamente.

Con todo lo discutible que esta situación es, podría tolerarse en la medida que ello tenga que ser dilucidado por el Poder Judicial como un derecho privado más. Sin embargo, lo que sí resulta inaceptable es que se utilice al aparato estatal para la defensa extrema de estos derechos y que el Indecopi aparezca dedicando recursos de todos los peruanos en iniciar acciones de oficio que solo benefician intereses privados.

Pero si la legislación en esta materia ya puede parecer un exceso, la aplicación que la autoridad administrativa hace de ella suele serlo aún más. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha tenido que interve-

nir para poner coto a los abusos que, amparándose en normas de derecho público, la Oficina (hoy, Dirección) de Derechos de Autor del Indecopi perpetraba en contra de quienes arbitrariamente consideraba “piratas”. Son conocidas, en ese sentido, las resoluciones recaídas en los expedientes 06135-2006-PA/TC y 3075-2006-PA/TC, en las que se le ordena al Indecopi que realice un control difuso de constitucionalidad sobre la Ley de Derechos de Autor y se le obliga a sustentar las denegatorias de informe oral, respectivamente.

La propiedad intelectual, al igual que cualquier otro tipo de propiedad, puede y debe ser defendida por lo mismos mecanismos procesales con los que se defiende el resto de la propiedad privada en nuestro país. Aprovechar una corriente de opinión pública favorable a un grupo social que es percibido como débil, para que grandes empresas y corporaciones internacionales le trasladen sus costos de defensa al Estado, es, por decir lo menos, inhumano.