

LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y SU DESARROLLO CONSTITUCIONAL

Julio Durand Carrión *

Introducción

La Constitución Política del Perú de 1979 en su Art. 110 establecía que el Estado promovía el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racionalización de los recursos, fomentaba a los diversos factores de la producción y defendía el interés de los consumidores. A su turno la Constitución de 1993 en su Art. 65 expresa también que *“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios”*, lo cual significa una ratificación de la tendencia moderna que otorgan rango constitucional a los derechos de la persona, alineándose a legislaciones de avanzada sobre este tema, como la legislación española y Argentina, en cuyo texto constitucional existe disposición similar.

El tema de los derechos del consumidor tiene un carácter polémico, en tanto que un sector de la doctrina moderna sostiene que la protección de los consumidores es un principio jurídico, para algunos del Derecho Natural y para otros de *lege ferenda*, que lo eleva a la categoría de un derecho con raíz constitucional, que es la tendencia que ha prosperado en el mundo, a tal punto que en varias legislaciones como la nuestra se ha llevado a la Carta Magna, los derechos de los consumidores y dentro de este contexto.

Desarrollo constitucional

Existe actualmente un gran desarrollo constitucional del Derecho del Consumidor, en este contexto la Constitución Española y la Constitución Argentina, son las que tienen textos bien logrados en esta materia.

En este sentido, el artículo 51 de la Constitución Española del 27 de diciembre de 1978 establece que el Estado garantizará la defensa de los consumidores y usuarios y protegerá la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos y que los poderes públicos deberán promover su formación y educación y fomentarán sus organizaciones, para ser oídas en las cuestiones que pueden afectarles.

Para dar cumplimiento a dicho mandato constitucional y a raíz de una intoxicación masiva de un gran número de consumidores por un producto defectuoso (aceite del colza)¹, en España se dictó la Ley N° 26 del 19 de Julio de 1984, en cuya redacción se tuvo en consideración las directivas vigentes en esta materia en la Unión Europea. Según se lee en los fundamentos de dicha ley –una de las más completas sobre el tema- se aspira a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa.

Por otra parte, la Constitución de la República Argentina, contiene normas muy singulares en esta materia y ha desarrollado un texto muy completo y sólido que abarca varias esferas jurídicas de carácter civil, administrativo, contractual, entre otras. En efecto el artículo 42 dispone:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una

información adecuada y veraz; a la libertad elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

Esta singular disposición de la Constitución Argentina es muy profunda, tiene mucho contenido y propiedad porque confirma la importancia del consumidor en la relación de consumo, incluso reconoce el aspecto social moderno del contrato de masa, cuyos destinatarios son los consumidores.

Asimismo promueve que la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales de las normas pro consumidor, se realice sobre la base del reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de valores corresponde a la dignidad de la persona humana. He aquí la filosofía que inspira el Derecho del Consumidor que intensifica la función social del contrato.

Es importante destacar que el texto de la Constitución Argentina establece de manera determinante “El Derecho del Consumidor” como tal, no habla tímidamente de “interés del consumidor”, con lo cual otorga raigambre constitucional a este derecho, lo que facilitará la interpretación en materia de decisiones administrativas y judiciales, en beneficio de su defensa, porque los operadores del derecho contarán con una disposición constitucional objetiva, clara, categórica, que no admite una lectura parcial del tema, y otorga transparencia al desarrollo de las políticas públicas en defensa del consumidor.

Impone también la obligación de dictar leyes necesarias para desarrollar el principio de protección de los consumidores y usuarios, e inclusive dispone que las autoridades promuevan la defensa y la educación del consumidor. Un punto importante que se observa en esta disposición constitucional es que determina que las normas y políticas de libre competencia tengan como objetivo final la protección del consumidor e inclusive otorga un rol preponderante a las asociaciones de consumidores como un derecho de la comunidad organizada para participar en todas las políticas y demás disposiciones que regulan el consumo.

El tratamiento constitucional del derecho del consumidor implica otorgarle una dimensión que excede el concepto clásico y como expresa el profesor Santos Britz² frente al criterio que considera los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones dotadas de un exclusivo carácter político tendiente a regular las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos; actualmente prevalece en la doctrina privatista la opinión generalizada de que los derechos fundamentales, en su carácter de principios básicos, han adquirido tal relevancia que en una sociedad justa, libre y socialmente ordenada no pueden limitar sus efectos a la relación entre el poder soberano y sus súbditos, sino que también han de regir las relaciones jurídicas de los sujetos de derecho entre sí.

CONSTITUCIÓN PERUANA

Derecho del Consumidor y Economía Social de Mercado

La Constitución Peruana en su artículo 65 tiene una disposición discreta en comparación a las referidas en los párrafos precedentes. En efecto, el artículo 65 establece: *“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”*. De igual modo, creemos que nuestra carta magna también se enmarca dentro de la tendencia establecida anteriormente.

Parte de la doctrina considera innecesario conceder rango constitucional a los derechos de los consumidores, en razón de que podría convertirse en una simple norma programática. En esta materia se debe contar no solo con una legislación adecuada sino también con medios eficaces para su observancia, con el fin de que los consumidores y usuarios puedan hacer valer sus derechos.

Además, se requiere la acción del Estado a través de sus órganos administrativos, para fiscalizar la aplicación de las normas de seguridad en la fabricación de los artículos de consumo y como política de carácter preventivo. Sin embargo, al consumidor se le considera como un sujeto pasivo de la protección del Estado. No se menciona para nada su participación activa en la economía. Claro está, que al instituir la Constitución el Sistema de Economía Social de Mercado, la oferta y la demanda es la encargada de fijar las condiciones del mismo, pero el consumidor es el que da vida al mercado a través de sus innumerables actos de consumo.

A pesar de esto, la declaración constitucional no hace referencia explícita al alcance de esta protección, siendo la ley quien la define. Frente a esta disposición general, la Constitución expresa igualmente que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una Economía Social de Mercado y declara igualmente que el Estado reconoce la libertad de comercio e industria. No obstante creemos que la Constitución Peruana pudo ser más explícita al respecto, a través de una declaración más expresa, con mayor contenido y propiedad, donde se hable no de interés del consumidor sino de Derecho del Consumidor como persona y como protagonista del mercado cuyo tratamiento es desarrollado luego por una ley especial. Esto es importante porque interés y derecho son dos cosas totalmente distintas y marcan la pauta necesaria para el desarrollo legislativo del tema y obviamente su eficacia normativa para la posterior defensa de los consumidores en la economía de mercado.

Dentro de este contexto de libertad, se forja el concepto de protección al consumidor. No obstante es preciso señalar que esta especie de intervencionismo estatal –por vía legislativa– en la protección del consumidor, no contradice el principio de libre empresa que es la base fundamental de la Economía Social de Mercado que enarbola nuestra Constitución y que el Estado trata de promover y preservar, obviamente con la sanción de normas reguladoras.

Es así como el artículo 2 del Decreto Legislativo 716³ establece con claridad meridiana que *“La protección del consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor”*.

Es importante señalar que una gran mayoría de la población se encuentra fuera del mercado formal, tanto en su calidad de sujetos activos de la economía, como en su condición de consumidores. Por ello, es un tanto difícil el establecimiento de normas amplias sobre protección al consumidor. Debemos entonces dirigir nuestra mira hacia la protección del consumidor en aquellas situaciones de consumo que tienen carácter social amplio como la educación, la salud, la alimentación, los servicios bancarios, etc.

Creemos que una adecuada protección de los consumidores es a través de políticas públicas dirigidas hacia sectores donde el consumo tiene un carácter masivo donde hay un interés difuso, cuya defensa favorece a todos en general, independientemente de las reclamaciones muy puntuales que puedan existir.

La protección al consumidor constituye un conjunto de medidas legales adoptadas por el Estado para defender la capacidad adquisitiva de su población, proteger su salud y seguridad física, entre otras cosas, frente a la oferta de determinados productos y servicios; y garantizar la utilidad o capacidad de uso de los bienes que adquiera o de los servicios que contrate para la satisfacción de sus necesidades.

En la Economía Social de Mercado, la iniciativa privada es libre, pero ello no quiere decir que ciertos excesos del mercado no puedan ser corregidos y regulados por el Estado para garantizar el bien común⁴ y en este sentido hay aspectos de gran significación social, que tienen que ser respetados y dentro de este contexto el respeto a los derechos del consumidor adquiere singular relevancia porque en esencia la protección del consumidor es la protección de la persona, que es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

No olvidemos, que desde que el pensamiento filosófico existencialista viró la mirada del Derecho hacia el hombre, este es en esencia el centro de referencia de todas las normas y en función del cual se ha desarrollado el quehacer jurídico. Por ello, en el mundo contemporáneo el ser humano es el fin supremo de la sociedad y del Estado y así se expresa en el texto constitucional. Esta reflexión filosófica es importante para poder comprender que el derecho del consumidor debe ser entendido como un derecho subjetivo y personal, que una vez transgredido debe procederse a su reparación puesto que esa trasgresión equivale a una violación de uno de los derechos de persona y debe tener jurídicamente un tratamiento similar a la violación de la libertad, la intimidad o cualquier otro atributo de la personalidad.

Por otra parte, creemos que la condición de consumidor es intrínseca a la condición misma de persona humana en toda su esencia y sin condición alguna, por que el hombre ontológicamente hablando es sujeto de necesidades desde su nacimiento e, inclusive, desde antes, y como tal tiene el derecho de gozar de todas las prerrogativas y facultades que en materia de consumo el sistema jurídico ha creado para él. En efecto. Todos los seres humanos somos consumidores y usuarios de bienes y servicios y todas las actividades económicas que el hombre realiza en una u otra medida están destinadas a la satisfacción de necesidades; por ello, el comercio está destinado a satisfacer dichas necesidades, así como comodidades, gustos y hasta vanidades humanas.

En la Economía Social de Mercado en la que se enmarca el desarrollo de la protección del consumidor no puede existir actividad comercial sin consumidores, es por ello que todos los empresarios en calidad de proveedores, financiadores, programadores, inversores etc., todos están identificados en la tarea de producir e intercambiar bienes y servicios con destino a la masa de consumidores y usuarios finales. En este sentido, la

materialización de la protección de los consumidores es consecuencia del reconocimiento de la existencia de una gran mayoría de personas que al realizar las operaciones normales de la vida diaria, y que no están en condiciones de conseguir por sí solas calidades y precios adecuados, y que se ven imposibilitados de ejercer sus derechos por no contar con los recursos necesarios para enfrentarse a los productores y proveedores.

El Derecho del Consumidor, expresa Juan M. Farina no es un estatuto, porque no existe una clase o un gremio o una profesión de consumidores, dado que todos los seres humanos somos consumidores⁵ y coincidimos con el autor en señalar que hace unas décadas se había concebido al Derecho Comercial como Derecho de la Empresa, olvidando que la empresa existe, vive y actúa para llegar, de un modo u otro, hasta el consumidor y usuario final. Por eso algunos autores, guiados por una visión unilateral del Derecho Mercantil, olvidaron o consideraron extraños a él los derechos de quienes necesariamente dan razón de ser a esa actividad y, por lo tanto, al Derecho Comercial, no en vano últimamente se le conoce al consumidor como el protagonista del mercado.

Proteger al consumidor significa en esencia proteger a la persona humana en tanto y en cuanto es sujeto de necesidades y fin supremo de la sociedad y del Estado.

Esta nueva concepción sobre el tema, implica una nueva cosmovisión del sistema jurídico que ponga a la persona humana como lo que es en realidad, el centro de referencia de todas las relaciones jurídicas que los sujetos de derecho establecen entre sí y donde se revalúe el rol del consumidor como aquel que le da vida a la Economía Social de Mercado, establecida por nuestra Constitución.

Dentro de la línea de desarrollo del tema del Derecho del Consumidor haremos una breve referencia de los artículos del Título III “Del Régimen Económico” de la Constitución Política del Perú, que de una u otra manera están relacionados con el tratamiento constitucional de los Derechos del Consumidor:

Artículo 58°. “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

La protección del consumidor es parte de la economía social de mercado. Marcial Rubio Correa⁶ expresa que en el contexto de este artículo que promueve la libertad de comercio y de contratación, es decir, la libre iniciativa privada, la defensa del consumidor adquiere importancia en este sistema, porque todas las normas destinadas a promover la concurrencia empresarial, de una u otra forma, tienen siempre como destinatario y beneficiario final al consumidor.

En este modelo, la Constitución otorga al Estado un carácter orientador de la economía y el desarrollo del país y le asigna ciertas áreas de actuación que tiene que ver con asuntos sociales esenciales, como promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos, e infraestructura, sin caer en el liberalismo extremo, sino que con criterio social se dirige a proteger a quienes tienen desigualdades en el mercado.

El Estado regula la iniciativa privada mediante normas de diferente naturaleza, supervigila su cumplimiento y actúa en los servicios esenciales, fundamentalmente de asistencia en caso de necesidad y disparidad de condiciones.

En efecto, nuestra Constitución en su artículo 58 garantiza el derecho a la libre iniciativa privada, presupuesto esencial de la economía de mercado y el constitucionalismo económico y en este sentido se respetan y promueven las iniciativas empresariales y es obvio que todos los agentes tienen el derecho de fijar sus precios, sus condiciones de comercialización, sus márgenes, sus sistemas de mercadeo y distribución y demás prerrogativas que busquen eficiencia y rentabilidad en el negocio.

El ejercicio de estas libertades debe hacerse en concordancia con el marco legal, caso contrario es susceptible de que esta libre iniciativa privada pueda ser ejercida de manera abusiva bloqueando el mercado, presionando, pervirtiendo y destruyendo la sociedad de consumo y obstaculizando la libre competencia, dejando de lado las leyes de la oferta y demanda para reemplazarlas por la voluntad unilateral y arbitraria que termina afectando paradójicamente al consumidor que es quien precisamente da vida al mercado a través de sus actos de consumo.

Así mismo el artículo 61 de la Constitución establece que el Estado combate toda práctica que limite la libre competencia y combate, además, el abuso de posiciones dominantes o monopólicos.

En pleno siglo XXI la mayoría de países ya no están en condiciones reales de estructurar su propio modelo económico, sino solo de insertarse en el existente, por ello quizá la Constitución de 1993 elige el modelo de la Economía Social de Mercado no porque sea el mejor, sino porque hoy es el más extendido, no como visión ideológica, sino como una visión más pragmática y que evidencia resultados positivos para el desarrollo. En general, nuestra constitución tiene un liberalismo controlado por la necesidad de equiparar sectores con desventajas iniciales como la pequeña empresa⁷ y el sector agrario.

Artículo 59°. “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

La libertad de empresa, comercio e industria están sujetas según esta disposición constitucional a cierto límite, su ejercicio no es irrestricto y, además, no debe ser lesivo a la moral, salud ni seguridad pública.

La mayoría de constitucionalistas están de acuerdo al señalar que la libertad de empresa no puede ir contra la salud de las personas, ni producir daño contra el entorno ambiental (tabaco, alcohol, tóxicos, etc.) y la seguridad pública y en efecto todos los ciudadanos debemos tener la garantía de que no sufriremos ningún daño por el ejercicio irrestricto de la libertad de empresa porque esta tiene sus límites que la regulan para tener un mercado más transparente y competitivo.

Las oportunidades que ofrezca el Estado deben estar orientadas a promover en las personas la toma de decisiones e iniciativas de negocio, de inversión, de apostar por el desarrollo del país, y no debe orientarse a mecanismos de redistribución asistencial, que las acostumbre a recibir.

Fernández Segado⁸ expresa que en España el Tribunal ha interpretado que debe precisarse que por las libertades de empresa no se reconoce el derecho de acometer

cualquier empresa, sino solo de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio esté disciplinado por normas de distinto orden. En nuestro caso, esto se da en la legislación del consumidor y en las normas de publicidad en defensa del consumidor, porque en estos estatutos jurídicos se prevé una serie de disposiciones que garantizan el derecho a la salud, seguridad, información, educación, igualdad de trato, protección de intereses económicos, etc.

La libre iniciativa privada tiene reglas particulares relacionadas con la interacción del ser humano y dentro de este contexto; por ejemplo, la libertad de empresa debe respetar la igualdad de trato o no-discriminación, el respeto a los intereses económicos, la libre elección, entre otros. Por ello, debemos afirmar que las normas de protección del consumidor en una u otra manera tienen relación con el ejercicio de la libertad de empresa.

Se evidencia que existe un vínculo innegable entre libertad de empresa y libertad de competencia dentro del mercado, y de forma muy explícita se señala la plena legitimidad constitucional de las medidas de orden público dirigidas a asegurarla. En líneas generales, las libertades de empresa, comercio e industria, están sujetas a ciertos límites: su ejercicio no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. La moral se refiere a aquello de carácter social amplio, es decir, que pueda apreciarse en el sentimiento promedio de la población para distinguir lo malo de lo bueno.

Artículo 61°. “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

La prohibición de las prácticas monopólicas y el abuso de posición de dominio en el mercado constituyen prácticas que en el fondo afectan al consumidor porque el bienestar del consumidor está en función de los precios, la eficiencia productiva, la adecuada asignación de recursos, etc.

La legislación de libre competencia y en especial el Decreto Legislativo 701 es en esencia una legislación represora de conductas que atentan contra el desarrollo de actividades económicas y que afectan el mercado como eficiente asignador de recursos, perjudicando por ende a los consumidores que son la razón de ser del sistema y que tanto la sociedad como el Estado no están dispuestas a tolerar.

Por ello, es importante identificar cuáles son las conductas prohibidas por la legislación y que son objeto de sanción, luego a partir de este proceso de identificación o tipificación, establecer si a través del esquema de las normas de libre competencia es posible también proteger los derechos de los consumidores tal como lo establece el marco constitucional.

En este sentido, cabe señalar que la prohibición de las prácticas monopólicas y el abuso de posición de dominio en el mercado que establece el artículo 61 de la Constitución constituyen conductas que en el fondo afectan al consumidor porque el bienestar del consumidor en el mercado, está en función de los precios, la eficiencia productiva, la adecuada asignación de recursos, entre otras prerrogativas de la libre

competencia. De manera que es totalmente válido que cualquier conducta de un agente económico que de una u otra manera tienda no solo a impedir la competencia, sino también a presionar al consumidor con condiciones de comercialización absurdas y abusivas, pueda ser sancionado por la autoridad competente, en nuestro el INDECOPI, dejando de lado interpretaciones restrictivas de la ley que puedan dejar de lado las conductas explotativas de los agentes en le mercado.

La Ley de Libre Competencia se ha estructurado sobre la base de las llamadas prácticas colusorias o restrictivas de la competencia por un lado y el abuso de posición de dominio, por el otro.

La prohibición del abuso de posición de dominio en el mercado contenida en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, incluye tanto las conductas exclusorias –es decir, aquellas dirigidas a excluir a los competidores del mercado- como las conductas explotativas– es decir, aquellas dirigidas a ejercer de manera abusiva la posición de dominio para explotar a los consumidores, lo que es consistente con el origen comunitario europeo de la legislación nacional en la materia y nuestro marco constitucional que sanciona el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, con la interpretación del Tribunal Constitucional que ha sostenido que la protección de consumidor es una obligación que no puede ser mediatizada con interpretaciones antojadizas o restrictivas de la ley, y con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República que también se ha pronunciado por sancionar las prácticas explotativas de los agentes económicos.

Un último pronunciamiento de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, Resolución 0225-2004 TDC/INDECOPI ha reconocido expresamente que el abuso de posición de dominio en el mercado puede expresarse en conductas exclusorias y conductas explotativas⁹. Esta resolución ha causado polémica, porque para algunos autores la ley solo se refiere a conductas exclusorias, a pesar de que no existe disposición expresa en este sentido y porque consideran que es el propio mercado el que debe solucionar los inconvenientes y abusos de posición de dominio que se presenten en el juego de la competencia, sin necesidad de que participe la autoridad competente para corregir los efectos negativos que afecten al consumidor.

La referida resolución del Tribunal en principio está arreglada a Derecho, además de tener un razonamiento legal y una riqueza conceptual acorde con las modernas tendencias del Derecho de la Competencia y la Economía.

En efecto, nuestra Constitución en su artículo 58 garantiza el derecho a la libre iniciativa privada, presupuesto esencial de la economía de mercado y el constitucionalismo económico y en este sentido se respetan y promueven las iniciativas empresariales y es obvio que todos los agentes tienen el derecho de fijar sus precios, sus condiciones de comercialización, sus márgenes, sus sistemas de mercadeo y distribución y demás prerrogativas que busquen eficiencia y rentabilidad en el negocio, pero es obvio que el ejercicio de estas libertades debe hacerse en concordancia con el marco legal, caso contrario es susceptible de que esta libre iniciativa privada pueda ser ejercida de manera abusiva bloqueando el mercado, presionando, pervirtiendo y destruyendo la sociedad de consumo y obstaculizando la libre competencia, dejando de lado las leyes de la oferta y demanda para reemplazarlas por la voluntad unilateral y arbitraria que termina afectando paradójicamente al consumidor que es quien precisamente da vida al mercado a través de sus actos de consumo. Así mismo el artículo 61 de la Constitución establece que el Estado combate toda práctica que limite la libre competencia y combate, además, el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Por lo tanto, existe consistencia en la resolución del Tribunal cuando se establece que el artículo 3 y 5 del Decreto Legislativo al hablar de abuso de posición de dominio en el mercado, incluye conductas abusivas de exclusión y conductas abusivas explotativas, puesto que la ley no hace distinciones al respecto y nadie puede hacer diferencias ahí donde la ley no las hace.

Además, la posición de dominio que obtiene una empresa es, en esencia, un reconocimiento que le otorga el propio mercado a la iniciativa privada de aquellos agentes económicos que tienen determinadas condiciones, pero eso no significa una patente de corso para abusar y establecer prácticas de comercio explotativas, basadas en arbitrariedades, porque la arbitrariedad y el abuso es de suyo sancionable en cualquier sistema, máxime si se abusa del consumidor que es el protagonista del mercado, eso es un principio general que subyace en la esencia misma del Derecho y vigente en cualquier sistema jurídico.

De otro lado, la resolución del Tribunal al establecer que el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 tipifica, prohíbe y sanciona el abuso de posición de dominio en el mercado en sus dos modalidades ha reconocido la reiterada jurisprudencia comunitaria europea consolidada incluso en el Proyecto de Constitución de la Unión Europea y en la legislación de países europeos como Alemania y el Reino Unido¹⁰.

Por otra parte, el mercado es un proceso en permanente movimiento en el que interactúan las personas poniendo de manifiesto sus intereses, es decir, una relación biunívoca entre proveedores y consumidores, cuyos intereses se expresan en los precios y en la aceptación de tales precios, lo que genera una mutua actuación que es la que otorga dinámica al mercado y la economía de mercado se desarrolla sobre la base de la libre elección de los consumidores y la formación autónoma de los precios, de manera que el Estado no puede interferir directamente en la formación de los precios, sino solo proveer las condiciones de institucionalidad y legalidad que haga posible el desarrollo económico, y en este sentido el Estado es responsable de establecer una estructura legal sólida, coherente y principista que garantice una economía eficiente y un desarrollo social pacífico y una asignación de recursos equitativa.

Respecto a la institucionalidad, Douglas C. North, Premio Nobel en Economía 1993, expresa que las reglas de juego: la Constitución, las leyes, los reglamentos y las sentencias judiciales tienen por objeto convalidar las “instituciones”, hasta que penetren en la mente de las personas, o mejor aún como “institutos” sobre los que se levanta el ordenamiento legal y detrás de ellas tiene que existir credibilidad en su existencia y en su consentimiento social¹¹. En este sentido es esta institucionalidad la que debe promover el Estado para garantizar el desarrollo, el crecimiento, la inversión, la transparencia, la competitividad y el respeto a los derechos del ciudadano consumidor en el mercado de la economía social de mercado.

Sin embargo, no es posible cerrar los ojos a una realidad, el mundo de Adam Smith ya no está vigente, no es el nuestro. Las cosas han cambiado. Hoy las empresas han crecido enormemente al punto de que sus economías son mayores que las de muchos países y su poder en el mercado es innegable. La situación de inferioridad en la que se encuentran los consumidores es patente y hace quimérico (rompe) el equilibrio de intereses que la ley busca¹².

Es posible que el poder de estas empresas puedan de una u otra manera romper ese equilibrio que la ley propone e impongan condiciones de comercialización que produzcan fallas en el mercado, haciendo que éste no funcione a la perfección como suponían los clásicos liberales¹³.

Estas fallas de mercado producidas por eventuales abusos de los agentes económicos, no pueden ser solucionadas por el propio mercado, eso es difícil e inclusive utópico en un país como el nuestro, con democracia incipiente, una economía de mercado relativa, informal e imperfecta, estructuras sociales, políticas y económicas atrasadas, y con profundos desniveles socioeconómicos en un mismo mercado, con bajo nivel educativo y altas tasas de analfabetismo, entre otras cosas que dificultan nuestro desarrollo.

De ahí que solamente una adecuada interpretación de la Ley como la efectuada por la Sala de Defensa de la Competencia, permitirá a las autoridades competentes, en nuestro caso el INDECOPI sancionar esas conductas y corregir las eventuales fallas del mercado, por lo tanto, la resolución comentada es válida y no significa de ninguna manera un intervencionismo del Estado, porque solo se ha expresado que el Decreto Legislativo 701 al hablar de abuso de posición de dominio en el mercado incluye los actos exclusorios y los actos explotativos que tiendan a perjudicar los derechos de los consumidores sin entrar en detalles de control o intervención gubernamental y cualquier argumentación que exprese lo contrario es falaz desde nuestro punto de vista.

Cabe señalar que aún en economías de mercado más desarrolladas, excepcionalmente, el Estado participa para corregir los efectos negativos que la libre competencia pueda eventualmente producir afectando a los consumidores¹⁴.

La legislación antimonopólica si bien es cierto está dirigida a promover la competencia y evitar la comisión de actos colusorios y restrictivos, busca, finalmente, que los agentes económicos no presionen el mercado y no afecten con su actividad empresarial el interés de los consumidores que son quienes dan vida al mercado a través de sus innumerables actos de consumo.

Un gran sector de la doctrina considera que el objetivo central de las normas de la libre competencia es el consumidor entendido como el centro de referencia en las relaciones económico sociales que se crean en la sociedad.

La Ley de Libre Competencia, Decreto Legislativo 701 tiene dos grandes vertientes, sobre las cuales se ha establecido la normatividad y están constituidas por el abuso de posición de dominio en el mercado y, por otro lado, por las prácticas restrictivas de la libre competencia y, en ese ámbito, si bien es cierto se sancionan a las empresas a veces con fuertes multas, debemos entender que lo que subyace al interior es una protección de los derechos del consumidor.

En efecto, se habla en la doctrina que el Derecho de la Competencia se preocupa también de los derechos del consumidor en la medida que se sanciona las llamadas conductas explotativas de aquellos operadores que abusando de su posición afectan a la sociedad, al mercado y a los consumidores al establecer condiciones de comercialización que, lejos de estar destinadas a afirmar su posición de dominio en relación con sus competidores, por el contrario, están destinadas a crear estructuras que benefician su condición monopolista y tienden a saturar y explotar a los consumidores en tanto que no es posible que otros operadores entren a competir¹⁵.

Artículo 62°. “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos - ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

Teoría Normativista: las partes pueden pactar libremente el contenido de los contratos, es decir, libertad de contratar. Los términos contractuales no pueden ser modificados por las leyes u otros dispositivos, pero hay de por medio en el mercado una participación prudente del Estado en la regulación contractual, por el interés social y el bien común que le sirve de sustento.

En las actuales circunstancias hay una regulación del Estado en muchos contratos, que incluso modifica en cierta forma los esquemas rígidos de la autonomía de la voluntad. Por ello, algunos tratadistas hablan de la inviabilidad de este artículo porque el propio Estado mediante diversas normas legales ha dado su propia interpretación a este artículo, traduciéndola en el reconocimiento a su intervención por razones de interés social.

Walter Gutiérrez Camacho señala al respecto, que el contrato no puede abandonarse al uso y abuso de las partes, expresa *“pues precisamente el contrato puede convertirse en instrumento que atente contra los intereses más caros del hombre. La libertad no es garantía de la igualdad y como sabemos la desigualdad en el contrato es el origen de la tiranía contractual”*¹⁶.

Particularmente en los últimos tiempos, el Estado ha promovido una serie de decretos supremos y de urgencia que de una u otra manera han intervenido en ciertos contratos y han dado su interpretación a esta norma. El sistema de protección del consumidor precisamente se instaura dentro de este contexto, por que las prerrogativas de los consumidores como condiciones del mercado deben estar presentes en todo tipo de contratos de adquisición de bienes y servicios y el Estado crea los mecanismos adecuados para que estas disposiciones siempre estén presentes aunque no hayan sido invocadas por las partes.

Artículo 65°. “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

Este artículo expresa con mucho contenido y propiedad una disposición expresa de carácter constitucional en materia de consumidor. Esto demuestra que una de las dimensiones quizá más importantes de la economía social de mercado establecida por nuestra constitución, es la lealtad al consumidor en la medida que este es el destinatario final de todas las transacciones del mercado.

Marcial Rubio Correa¹⁷ expresa en su Estudio de la Constitución Política que difícilmente habrá un mercado confiable y en expansión si el consumidor queda a merced del poder de quienes producen y distribuyen. Por ello, la Protección del Consumidor tiene importancia no solo por la justicia en sí misma frente a él, sino también por la necesidad de fortalecer y hacer crecer el mercado. Justicia y conveniencia son dos aspectos que se entremezclan sustantivamente en este ámbito.

Este artículo de la Constitución nos parece muy exiguo, creemos que la redacción pudo ser mejor, se habla de interés del consumidor más no se trata el tema como un derecho del consumidor en cuanto persona humana y protagonista del mercado, tampoco se

confirma la protección del Estado al consumidor como parte de su eje central de política en el mercado, la redacción nos parece un tanto tímida o en todo caso los legisladores pensaron que el tema era muy obvio y no aprovecharon para hacer todo un desarrollo constitucional del tema en tanto la política de defensa del consumidor está relacionada con la dignidad de las personas y la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Carlos Torres y Torres Lara¹⁸ al sancionar la Constitución de 1993, expresó que una de las intenciones de los constituyentes fue trasladar el eje de gravedad de la economía de empresa a la relación entre empresa y consumidor. Ello explica el por qué la defensa del consumidor tiene una connotación importante en el esquema de economía imperante actualmente en el mercado.

El derecho a la información de los consumidores respecto de los bienes y servicios que se ofertan en el mercado adquiere una connotación constitucional muy importante que debe ser estudiado en función a otro derecho que también tiene raigambre constitucional como el derecho a la libre expresión pero que, obviamente implica una correlación para garantizar una información relevante, adecuada que permita un comportamiento eficiente por parte de los consumidores en el mercado.

Algunos tratadistas consideran que no es conveniente establecer una categoría constitucional para los derechos del consumidor, en razón de que podría convertirse en una simple norma programática, aunque lo más importante en esta materia es que el Estado promueva una legislación adecuada, así como los medios eficaces para que los consumidores y usuarios hagan valer sus derechos. Por lo tanto, no tiene ni puede hacer una referencia explícita sobre el alcance de la protección la declaración constitucional, siendo la ley quien debe definirla.

No obstante, la normatividad ha mostrado particularmente en los últimos años una sensibilidad creciente respecto a la tutela jurídica del consumidor, es especial con aspectos relacionados con el derecho a la información, la seguridad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado, las cláusulas abusivas en los contratos estandarizados y la responsabilidad de los productores por productos defectuosos, con lo cual la legislación peruana guarda coherencia con el movimiento universal contemporáneo de protección de los consumidores y su defensa organizada.

El tribunal Constitucional ya ha efectuado una interpretación respecto al alcance normativo del artículo 65 de la Constitución y ha señalado con precisión:

“La Constitución prescribe en su artículo 65 la defensa de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia tiene como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de la acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de trasgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o de afectación efectiva de los derechos del consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor”¹⁹.

En nuestro sistema, además del INDECOPI, también existen organismos reguladores de los servicios públicos que están legalmente facultados para regular la prestación de servicios de energía, telefonía, agua potable y alcantarillado, transportes y como tal pueden establecer una serie de disposiciones relativas a proteger al usuario e, inclusive, tienen sus procedimientos administrativos que pueden imponer sanciones pecuniarias para promover un mercado de servicios públicos transparente y sin perjuicios a los consumidores.

Por otra parte la Defensoría del Pueblo también tiene entre sus finalidades según el primer párrafo del artículo 162 de la Constitución Política "...supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía". Con ello esta facultada para vigilar a quienes supervisan a las entidades que prestan servicios públicos e, inclusive, a las propias entidades prestadoras.

Esto es positivo pero debemos tener cuidado de no generar resoluciones contradictorias entre instituciones creadas para proteger al consumidor, es importante generar confiabilidad y predictibilidad en el sistema y no bloquear el desarrollo y la iniciativa empresarial por disposiciones que lejos de promover la protección termine afectando el mercado.

Conclusiones

1. La Constitución Peruana de 1993 en su Art. 65 expresa también que "*El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios*", lo cual significa una ratificación de la tendencia moderna que otorgan rango constitucional a los derechos de la persona, alineándose a legislaciones de avanzada sobre este tema.
2. La Constitución Peruana en su artículo 65 tiene una disposición discreta en comparación con otras Constituciones, como la española y la argentina que si desarrollan un texto más completo, sólido y con mayor propiedad, porque se hablan de manera determinante del "El Derecho del Consumidor" como tal, no hablan tímidamente de "interés del consumidor".
3. Otorgar raigambre constitucional a los Derechos del Consumidor, es importante porque facilita la interpretación en materia de decisiones administrativas y judiciales, en beneficio de su defensa, porque los operadores del derecho contarán con una disposición constitucional objetiva, clara, categórica, que no admite una lectura parcial del tema, y otorga transparencia al desarrollo de las políticas públicas en defensa del consumidor.
4. En la Economía Social de Mercado en la que se enmarca el desarrollo de la protección del consumidor no puede existir actividad comercial sin consumidores, es por ello que todos los empresarios en calidad de proveedores, financiadores, programadores, inversores, etc., todos están identificados en la tarea de producir e intercambiar bienes y servicios con destino a la masa de consumidores y usuarios finales.
5. Proteger al consumidor significa en esencia proteger a la persona humana en tanto y en cuanto es sujeto de necesidades y fin supremo de la sociedad y del Estado. En este sentido es necesaria una nueva cosmovisión del sistema jurídico que ponga a la persona humana como lo que es en realidad, el centro de referencia de todas las relaciones jurídicas que los sujetos de derecho establecen entre si y donde se revalúe

el rol del consumidor como aquel que le da vida a la Economía Social de Mercado, establecida por nuestra Constitución.

6. La protección del consumidor es parte de la economía social de mercado, porque si bien es cierto el Estado promueve la libertad de comercio y de contratación, es decir, la libre iniciativa privada; la defensa del consumidor adquiere importancia en este sistema, porque todas las normas destinadas a promover la concurrencia empresarial, de una u otra forma, tienen siempre como destinatario y beneficiario final al consumidor.
7. La legislación antimonopólica si bien es cierto está dirigida a promover la competencia y evitar la comisión de actos colusorios y restrictivos; busca finalmente que los agentes económicos no presionen el mercado y no afecten con su actividad empresarial el interés de los consumidores que son quienes dan vida al mercado a través de sus innumerables actos de consumo.
8. El Derecho de la competencia se preocupa también de los derechos del consumidor en la medida que se sanciona las llamadas conductas explotativas de aquellos operadores que abusando de su posición afectan a la sociedad, al mercado y a los consumidores al establecer condiciones de comercialización que lejos de estar destinadas a afirmar su posición de dominio en relación con sus competidores, por el contrario están destinadas a crear estructuras que benefician su condición monopolista y tienden a saturar y explotar a los consumidores en tanto que no es posible que otros operadores entren a competir.
9. Las prerrogativas de los consumidores como condiciones del mercado deben estar presentes en todo tipo de contratos de adquisición de bienes y servicios y el Estado debe crear los mecanismos legales adecuados para que estas disposiciones siempre estén presentes aunque no hayan sido invocadas por las partes.
10. En el desarrollo de la protección del consumidor es muy importante que se tenga cuidado de no generar resoluciones contradictorias entre instituciones creadas para proteger al consumidor, es imprescindible generar confiabilidad y predictibilidad en el sistema y no bloquear el desarrollo y la iniciativa empresarial por disposiciones que lejos de promover la protección termine afectando el mercado.

Referencia Bibliográfica

- ¹ El Caso de la Colza, se produjo en Mayo de 1981 en España, cuando fue detectado un brote epidémico que se asoció primero a una modalidad de neumonía, luego se determinó que fue por ingerir aceite de colza, murieron más de 300 personas.
- ² Santos Britz, Jaime (1992) *Los contratos civiles, nuevas perspectivas*. Granada, Comares.
- ³ TUO de la Ley de Protección del Consumidor, Decreto Legislativo 716.
- ⁴ Raúl Ferrero definía el “bien común como el conjunto de condiciones sociales que favorecen la existencia y el desarrollo del hombre”¹. El bien común centra la vida de la comunidad política, anima la actividad del gobierno y da sentido a la ley como instrumento de acción. Ferrero, Raúl (1984) *Ciencia política*, 7ma. Edición. Lima, Perú, Editorial Ausonia.
- ⁵ Juan M. Farina (1995) *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires, Editorial Astrea.
- ⁶ Rubio Correa, Marcial (1993) *Estudio de la Constitución Política del Perú*. Lima, Fondo Editorial PUCP.
- ⁷ Por Resolución 422-2003 TDC/INDECOPI, La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha establecido que las pequeñas empresas pueden ser considerados como consumidores finales para efectos de la aplicación de la Ley de Protección del Consumidor, debido a que pueden ser eventualmente afectados por la asimetría informativa.

- ⁸ Fernández Segado, Francisco (1995) "El Régimen Socioeconómico y Hacendístico en el Ordenamiento Constitucional Español". En *Derecho y Sociedad*. Lima, Asociación Civil Derecho y Sociedad, n° 10, p. 85.
- ⁹ Resolución 0225-2004 TDC/INDECOPI del 4-6-04 en denuncia de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y el Congresista Javier Diez Canseco contra las AFPs.
- ¹⁰ Ley de Defensa de la Competencia Británica de 1998, prohíbe el abuso de posición de dominio en el mercado, sancionando los precios inequitativos y la limitación de la producción o el desarrollo tecnológico que perjudique a los consumidores.
- ¹¹ North Douglas (1933) *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México, Editorial EFE.
- ¹² Gutiérrez Camacho Walter (2004) "Principio de libertad de precios". En *Legal Express*, Publicación Mensual de Gaceta Jurídica, No 43 , Año 4 Julio, p. 4.
- ¹³ PepsiCo Inc, es el cuarto grupo mundial agroalimentario, detrás de Nestlé, Kraft y Unilever. Ha realizado en el 2003 ventas por 26,971 millones de dólares y esta presente en 160 países. Le Monde, Edition Internationale, Enterprises et Concurrence, Paris, France, Abril de 2004. The Coca-Cola Company, es la líder mundial de bebidas gaseosas y ha realizado ventas por 21,044 millones de dólares en el 2003 y está presente en 200 países. Le Monde, Edition Internationale, Enterprises et Concurrence, París, France, abril de 2004. El 24 de marzo de 2004 la comisión Europea de la Competencia (Bruselas) sancionó a la empresa Microsoft con una multa de 497 millones de euros por abuso de posición de dominio en el mercado. Dicha multa representa menos del 2% de las ventas de la empresa en el año. Estas cifras nos demuestran el tamaño del mercado y el poder de estas empresas.
- ¹⁴ En USA a fines de los 70 el Estado intervino avalando créditos de la Chrysler, una de las principales empresas automovilísticas del mundo, para evitar que miles de trabajadores se vean afectados al igual que otras empresas y la economía hubiera tenido que enfrenar una crisis. También existe el control de fusiones y concentraciones empresariales que afectan la competencia y perjudican en esencia al consumidor.
- ¹⁵ Resolución 0225-2004 TDC/INDECOPI, estableció que la prohibición del abuso de posición de dominio en el mercado incluye las conductas exclusorias y las conductas explotativas.
- ¹⁶ Camacho Gutiérrez, Walter (2000) *Contrato y mercado*. Lima, 1ra edición, Editorial Gaceta Jurídica.
- ¹⁷ Rubio Correa, Marcial. Op. Cit.
- ¹⁸ Torres y Torres Lara (1994) *La Constitución Económica en el Perú*. Lia, Asesorandina SRL.
- ¹⁹ Exp.0008-2003AI/TC Sentencia del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el D. U 140-2001 que dispuso la suspensión de vehículos automotores usados de peso bruto mayor a 3000 kilogramos, Lima Noviembre de 2003.

* Magíster en Derecho Civil y Comercial USMP, Estudios de Doctorado en Derecho, PUCP, Estudios de Postgrado en Propiedad Intelectual, Universidad de Buenos Aires, Argentina; Derecho Internacional, Comité Jurídico Interamericano de la OEA, Río de Janeiro, Brasil; Derecho Empresarial y Planeamiento ESAN. Profesor universitario. Vocal de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi.