

**LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y
USUARIOS: DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 AL CÓDIGO DE CONSUMO
ALCANCE Y LÍMITES DE LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS
SEGUN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA DE 1993**

Ernesto Salazar Campos¹

Lima, agosto de 2009

¹ Asesor del Tribunal Constitucional de la República del Perú. Egresado de la Maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú y con estudios de postgrado en la Maestría de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y becario del Gobierno de Navarra, de la Universidad Pública de Navarra y del Colegio de Abogados de Pamplona en la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Pública de Navarra, becado con diploma de la Cátedra Jean Monnet por la Comisión Europea en la Universidad Pública de Navarra así como con especialización en Derecho del Consumo por el Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor universitario de Derecho Constitucional Peruano, Derecho de la Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Ha participado como autor en libros, publicado más de una veintena de artículos jurídicos en revistas especializadas, traducido libros así como artículos para publicaciones jurídicas y dictado conferencias sobre temas de su especialidad.

ÍNDICE

1. Introducción

2. La tutela sustantiva de la protección a los consumidores y usuarios
 - 2.1 La protección a los consumidores y usuarios en la Constitución Económica peruana de 1993

 - 2.2 La protección a los consumidores y usuarios como derecho fundamental

3. La tutela procesal de la protección a los consumidores y usuarios
 - 3.1 La legitimación de la protección a los consumidores y usuarios

 - 3.2 La tutela de los consumidores y usuarios en el ámbito de la jurisdicción constitucional y la tutela en el ámbito cuasijurisdiccional (administrativo)

4. Excurso: a propósito del Código de Consumo peruano de 2009.

5. Conclusiones

Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

A propósito de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en las Sentencias del Exp 629-2008-PA/TC publicada el 1 de setiembre de 2008² y Exp.629-2008-PA/TC Aclaración publicada el 20 de enero de 2009³ en el presente trabajo analizamos la tutela constitucional brindada a los consumidores y usuarios.

La primera de las sentencias citadas declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por Elida Soledad Villarreal Herrera contra el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Embotelladora de Aguas Gaseosas Huancayo S.R.L. y contra Jorge Rolando Añaños Jeri, “(...) a fin de que Indecopi se abstenga de conocer procesos y dictar medidas cautelares que impidan u obstaculicen la libre intercambiabilidad de envases de agua potable de mesa porque dicho acto atenta contra el fundamental derecho humano de acceso al agua potable apta para consumo humano y por ende a los derechos a la vida, la salud, a trabajar libremente con sujeción a la ley, a la libre competencia y a la protección al consumidor; y que Embotelladora de Aguas Gaseosas Huancayo S.R.L., así como también Jorge Rolando Añaños Jeri permitan la libre intercambiabilidad de envases de agua de mesa “Cielo” y se abstengan de realizar actos hostiles que atenten contra el principio de solidaridad y el uso de la propiedad en armonía al bien común (...).”

Por su parte, sobre el particular cabe añadir que la resolución que resolvió el recurso de

² <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00629-2008-AA%20Resolucion.html>

³ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00629-2008-AA%20Aclaracion.html>

aclaración interpuesto por Walter Andrés Córdova Crisanto, en representación de Elida Soledad Villarreal Herrera, el 5 de septiembre de 2008, contra la citada sentencia, declaró improcedente el recurso, con lo que se mantuvo lo expresamente establecido en la sentencia de origen.

Nos adscribimos a lo dispuesto en las resoluciones comentadas, en tanto la demandada ostentaba en el caso la calidad de proveedora y no de consumidora así como en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional⁴. Respecto a lo dispuesto en la resolución que resolvió la solicitud de aclaración, no cabía evaluar la validez del pronunciamiento hecho.

No cabe duda que el problema económico surge de las necesidades humanas, que son infinitas, mientras que los recursos disponibles para satisfacer dichas necesidades son limitados o escasos. Así, la economía nace para dar respuesta al problema de la escasez. La escasez es un concepto relativo, hay escasez al existir un deseo de adquirir bienes y servicios en cantidades mayores de las disponibles. Como se deseaba comprar más de lo que se vende, aparece la escasez.

Tendemos a recurrir a algún mecanismo de reparto o de asignación de titularidades o recursos para solucionar el problema de la escasez.

De tal manera, los productores de recursos y servicios se hallan en una disyuntiva en cualquier sistema de asignación de recursos en el que se encuentren: ¿qué producir, cuánto producir y cómo producirlo? Dependiendo del sistema de asignación de recursos en el que se encuentren los agentes la respuesta a esta tres interrogantes variará. ¿Cómo se responderían en un sistema capitalista, de libre mercado? Las empresas privadas producirán los satisfactores de necesidades en bienes y servicios que el mercado (la población) solicite, obteniendo los empresarios un ingreso como contraprestación. Producirán lo que el mercado demande, la oferta tiene que ser proporcional a la demanda. Y la forma de producirlo se atiene al problema tecnológico y a la selección de los métodos de producción. Se producirá para la población que tenga esa necesidad y que sea un número significativo de forma que se pueda obtener un máximo beneficio, que se justifique.

Por el contrario, en un sistema de economía planificada las respuestas a las tres preguntas planteadas sería: lo que el Estado (la Administración centralizada) decida.

Siguiendo a autores como Guido Calabresi⁵, la doctrina define que el trío “propiedad-contratos-responsabilidad civil” representa por lo tanto el núcleo en el cual se basa el funcionamiento de un mercado desregulado⁶.

Asimismo, las decisiones de los agentes económicos crean tendencias que orientan el comportamiento del mercado en uno u otro sentido, por ejemplo, la decisión de consumo de determinado producto o servicio.

De tal manera, la economía usa el método económico para predecir las conductas de los

⁴ "Artículo 5.-
No proceden los procesos constitucionales cuando:

(...)

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.

⁵ Autor, junto a Douglas Melamed, de *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*”. En: Harvard Law Review. Vol. 85. Nº 6. 1972. pp. 1.089-1.128.

⁶ COLOMA, German. Apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino. En: <http://www.cema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/156.pdf>

individuos que participan en el mercado y obtener datos acerca del potencial comportamiento futuro del mercado; recurre al uso de modelos que simplifican la realidad y facilitan la labor de los economistas. A mayor número de variables consideradas en el modelo aplicado, mayores probabilidades de igualar un posible resultado de conducta futuro sobre el esquema real.

Salvo en el modelo de competencia perfecta, en el mercado existen fallas de mercado que obstaculizan la generación de eficiencia en términos del óptimo paretiano en el sentido de Kaldor y Hicks⁷, distorsionan y deben ser corregidas. Tales fallas de mercado son el monopolio y el poder de mercado, las externalidades (o costos no contratados), la existencia de bienes públicos (en sentido económico, es decir, con consumo no rival e imposibilidad de exclusión) y las asimetrías severas de información entre agentes en el mercado⁸.

La legislación que de manera principal expresa y garantiza la permanencia de una economía de mercado es la constituida por tres conjuntos normativos claramente definidos: las disposiciones sobre protección al consumidor, sobre represión de la competencia desleal y la legislación sobre libre competencia o legislación antimonopólica (*antitrust*)⁹. Es así que el Derecho ordenador del mercado¹⁰, es aquel que tiene por objeto regular los derechos y obligaciones de los agentes económicos en el mercado. Es una disciplina jurídica ordenadora (vía regulación) del comportamiento de quienes participan o desarrollan actividades económicas (ya sean consumidores, productores o el Estado). Su finalidad es promover y garantizar el buen funcionamiento de la economía. El ámbito constitucional no ha permanecido indiferente frente a este fenómeno.

De tal manera, uno de los signos que caracterizan al constitucionalismo contemporáneo es la constitucionalización de los principios que rigen la economía. Las Constituciones contemporáneas no sólo enarbolan contenido de carácter político sino que formulan jurídicamente una Constitución Económica.

No se trata únicamente de que las Constituciones regulen, conforme a la tradición iniciada por la Constitución de Weimar, los derechos económicos y sociales de los ciudadanos de una Nación con sus implicancias tanto de limitación a la actividad estatal como de obligaciones de prestación a cargo de la Administración del Estado sino que cada vez contienen más normas que regulan la actividad económica nacional considerada globalmente, es decir, el marco jurídico conforme al cual debe desarrollarse¹¹. Evidentemente, a ello no escapa la protección brindada por dicho cuerpo normativo a los consumidores y usuarios, piezas clave dentro de los intercambios en el mercado.

7 La eficiencia de Kaldor-Hicks es un tipo de eficiencia económica que se produce sólo si se maximiza el valor económico de los recursos sociales. Una mejora en el sentido de Kaldor-Hicks es cualquier alternativa que aumenta el valor económico de los recursos sociales. Bajo la eficiencia de Kaldor-Hicks un resultado eficiente puede empeorar a algunos individuos. Se considera que un resultado es eficiente si los que están mejor pueden, en teoría, compensar a los que están peor, llevando a un resultado óptimo de Pareto. Aunque toda situación de eficiencia Kaldor-Hicks es Pareto eficiente, la inversa no es cierta. Alternativamente, toda mejora de Pareto es una mejora Kaldor-Hicks, pero la mayoría de éstas no son mejoras de Pareto.

8 COOTER Robert y Thomas ULEN. Derecho y Economía. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 65.

9 También pueden mencionarse otras disposiciones como la propiedad intelectual, antidumping, salvaguardas y subsidios, entre otras

10 DIEZ CANSECO, Luis. “Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica”. En: Themis. N° 36. Lima. pp. 39-63.

11 BREWER-CARIAS, Allan. Reflexiones sobre la Constitución Económica. pp. 3839-3840. En: MARTIN-RETORTILLO, Sebastian (coord.). Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo V. Madrid: Civitas, 1991.

II. LA TUTELA SUSTANTIVA DE LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

2. 1 LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA DE 1993

La Constitución peruana de 1993 consagra a la economía social de mercado (ESM) como modelo económico al cual se adscribe el Estado peruano conforme a su artículo 58¹².

Valga decir que el origen de la noción de ESM se encuentra en los trabajos de diversos economistas alemanes de los años treinta y cuarenta del siglo anterior como Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow y los miembros de la Escuela de Friburgo. En estricto, la noción de ESM surge como concepto político-económico como la base de la política económica de Alemania Occidental desde 1948. Alfred Müller-Armack con su obra "Dirección económica y economía de mercado" de 1946 lanza el término al debate público y contribuye a la fundamentación del concepto teórico correspondiente al haber diferenciado las ideas de la ESM, la economía nacionalsocialista y toda otra forma de economía conocida hasta aquel momento.¹³

La ESM como concepto social es un ejemplo claro de un enfoque científico pragmático que aplica economía a las necesidades sociales. El instrumento es la política de ordenamiento que permite canalizar la libertad de mercado de forma que sea socialmente beneficiosa para todos los partícipes. Por tanto, los valores de libertad y justicia pueden ser potencialmente conciliables de manera específica¹⁴.

Al respecto, en el caso peruano, en la sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC¹⁵, fundamento 16, el Tribunal Constitucional establece que:

“Alude, pues, a la implantación de una mecánica en la que ‘el proceso de decisión económica está descentralizado y la coordinación de los múltiples poderes individuales se hace a través de las fuerzas automáticas de la oferta y demanda reguladas por los precios’. (Juergen B. Donges. *Sistema económico y Constitución alemana*. En: *Constitución y Economía*, Madrid: 1977).

Es decir, tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, la ESM se opone también a la economía del laissez faire, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico.

La ESM, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una ‘tercera vía’ entre el capitalismo y el socialismo (...) (Peter Häberle. *Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*. En: *Pensamiento*

12 “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”. Existen enunciados diversos al respecto. Así, por ejemplo, la Constitución española de 1978 en su artículo 38 reconoce a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, no expresamente la economía social de mercado. En estricto, el Tribunal Constitucional español ha considerado a la economía de mercado como una garantía institucional conforme consta en el fundamento 3 de la STC 32/1981. HERRERO DE MIÑÓN, Miguel. La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 57. Madrid, 1999. p. 22.

13 QUAAS, Friedrun. Economía social de mercado: introducción. pp. 156-157. En: HASSE, Rolf y otros (eds.). *Diccionario de economía social de mercado. Política económica de la A a la Z*. México D.F.: Konrad Adenauer Stiftung, 2004).

14 QUAAS, Friedrun. Economía social de mercado: paz social. pp. 158-159. En: HASSE, Rolf y otros (eds.). *Ibid.*

15 En la demanda de inconstitucionalidad del Expediente 008-2003-AI, interpuesta por Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, se solicitó declarar la inconstitucionalidad del artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001. Dicha norma permitía que mediante decreto supremo se puedan fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga. Con ello, consideraba el demandante que todos los contratos de transporte sufrieron la intromisión del Estado, ya que los precios de dicho servicio ya no pudieron fijarse libremente de acuerdo a oferta y demanda, con la libre actuación de los agentes económicos en el mercado. Tras un detallado análisis, el Tribunal Constitucional concluyó que la demanda de inconstitucionalidad era fundada y que en consecuencia resultaba inconstitucional el Decreto de Urgencia N.° 140-2001.

Constitucional. Año. N.º IV. N.º. 4, Lima 1997, p. 25). Y es que, dado el carácter 'social' del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos”

En suma, en dicho sistema económico, las decisiones de producción y consumo se rigen conforme a lo establecido por las leyes de oferta y demanda, involucrando un componente de justicia social, en el cual el Estado regula las conductas que pueden perjudicar el intercambio económico y donde participan como agentes económicos, principalmente particulares, en ejercicio de su libre iniciativa privada así como participan activamente entes estatales en forma subsidiaria.

Asimismo, la Constitución de 1993 en su artículo 65 al expresar que “*El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios*”, atiende y reconoce que el consumidor es protagonista dentro de las relaciones de consumo frente a los proveedores.

De tal manera, inclusive en la legislación de la materia¹⁶ se ha referido expresamente 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*”.

La Constitución Política del Perú de 1979 en su artículo 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, en un contexto donde se realizó el papel de los particulares como principales agentes económicos en las relaciones en el mercado en desmedro de la avanzada posición asignada al Estado en la Constitución que la precedió, la Constitución de 1993 en su artículo 65 refirió que “*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*”.

2.2 LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Consideramos que la tutela de los consumidores y usuarios conforme a la fórmula establecida en el artículo 65 de la Constitución peruana es un derecho fundamental¹⁷. Siguiendo a lo reconocido por el Tribunal Constitucional en las STC de los Exps. N.º 0008-2003-AI/TC, 07320-2005-PA y 03315-2004-AA, la prescripción de estos derechos se da a través de un derrotero jurídico binario. En esta estructura, a un mismo tiempo se establece un principio rector para la actuación del

¹⁶ Artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Supremo N.º 006-2009-PCM.

¹⁷ Valga decir que nos adscribimos a la teoría constitucional de los derechos fundamentales conocida como teoría institucional, vale decir, aquella que provee el marco teórico de una renovada y compleja comprensión de los derechos fundamentales acorde con los cambios constitucionales y políticos del Estado Constitucional. Recordemos adicionalmente que la ley en el sentido institucional se orienta concretamente a la realización del objetivo de la libertad como instituto; es decir, la garantía institucional de la libertad tiende a penetrar en la realidad que se halla detrás del concepto jurídico de libertad. LANDA ARROYO, Cesar. “*Teorías de los derechos fundamentales*”. En: Cuestiones constitucionales. N.º 6. Lima, enero-junio de 2002. p. 50.

Estado, el cual se configura como un deber del Estado así como un derecho fundamental. Por tanto, la actuación del Estado tiene como ámbito tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

El Tribunal Constitucional desprende lo referido de una lectura sistemática de lo dispuesto en el artículo 3º y en lo dispuesto en el artículo 65 de la Constitución.

Así, el Tribunal Constitucional peruano en los fundamentos 30 y 31 de la STC del Expediente 008-2003-AI ha planteado que:

"La Constitución prescribe en su artículo 65º la defensa de los intereses 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, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión 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 afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 65º de la Constitución, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas; a saber:

a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.

b) Vela por la salud y la seguridad de las personas su condición de consumidoras o usuarias."

De igual manera, acerca del punto tratado y sobretodo respecto de la aludida referencia al artículo 3 de la Constitución peruana, en torno a la aplicación del particular en esta materia el Tribunal Constitucional en los fundamentos 9 y 10 de la STC del Expediente 3315-2004-AA refirió en forma expresa que:

"En función de la proyección normativa de los principios anteriormente reseñados u otros sobre la materia, se aprecia, en concreto, que en el artículo 65º de la Constitución aparecen las dos obligaciones estatales siguientes:

Garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que están a su disposición en el mercado. (...).

Velar por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidores o usuarios. (...).

Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso de los derechos anteriormente señalados, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada teleológicamente en la Constitución. Es de verse que, insertos en el texto

supra, albergan implícita o innominadamente una pluralidad de derechos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen la existencia de un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas.

La pluralidad anteriormente mencionada tiene su fuente de reconocimiento, fundamentalmente, en el artículo 3º de la Constitución y, residualmente, en el artículo 2º, incisos 2 y 13, y en las partes *ab initio* de los artículos 58 y 61 de la Constitución.

Al respecto, cabe señalar que en el caso *Lucio Rosado Adanaque contra el Seguro Social de Salud – ESSALUD, Hospital Nacional Almanzor (Expediente N.º 0895-2001-AA/TC)*, este Colegiado señaló lo siguiente:

‘Es bien conocido que, en un sinfín de oportunidades, la realidad supera la imaginación.

Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales a consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de ‘desarrollo de los derechos fundamentales’, cuyo propósito no solo es prestarle reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino, incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3 de la Constitución.

Desde luego que la consideración de derechos no enumerados debe distinguir los ‘contenidos implícitos’ de los ‘derechos viejos’. En ocasiones, en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque puede entenderse como parte de aquel, es susceptible de ser configurado autónomamente. Es lo que sucede con el derecho a un plazo razonable y su consideración de contenido implícito del derecho al debido proceso.

Ese es también el caso de aquellos ‘contenidos nuevos’ de un ‘derecho escrito’. Y es que existen determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando a consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional.

La Constitución Política recoge, en su artículo 3º, una ‘enumeración abierta’ de derechos, lo cual no obsta para pensar que en ciertos derechos constitucionales explícitamente reconocidos subyacen manifestaciones del derecho que antaño no habían sido consideradas. El Tribunal Constitucional considera que, en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos ‘n enumerados’ y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3º de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita.

En ese contexto, los derechos de acceso al mercado, la libertad de elección e igualdad de trato, el derecho a la asociación en pro de la defensa corporativa de los consumidores y

usuarios, la protección de los intereses económicos, el derecho a la reparación por los daños y perjuicios y al derecho a la pluralidad de oferta forman parte del repertorio constitucional”.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional en sus fundamentos 20 y 21 de la STC N° 3315-2004-AA, establecía lo siguiente:

“Conviene puntualizar que una toma de posición (...) se basa en el hecho de que la defensa de los consumidores no es solamente, y como se ha señalado anteriormente, un principio jurídico de alcances generales, sino también un auténtico e inobjetable derecho constitucional.

Por ende, cuando se plantean controversias donde se ven afectados los intereses que vinculan a los consumidores o usuarios, existe la necesidad de que el juzgador constitucional pondere las cosas de forma suficientemente integral o acorde con el enfoque que la propia norma constitucional auspicia”

También diversos doctrinarios en el ámbito nacional, tanto constitucionalistas como especialistas en el denominado derecho ordenador del mercado¹⁸, como Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Montoya Chavez, Durand Carrion, Diez Canseco Nuñez y Rojas Leo reconocen que en el caso de los derechos del consumidor y del usuario estaríamos ante derechos fundamentales conforme a lo referido en la Constitución de 1993¹⁹.

No obstante creemos que en estricto y conforme a como lo establece el propio Tribunal es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque puede entenderse como parte de aquel, es susceptible de ser configurado autónomamente, como por ejemplo ocurre con el derecho a un plazo razonable respecto a su consideración de contenido implícito del derecho al debido proceso.

En efecto, consideramos que la tutela de los consumidores y usuarios involucra como sus bienes jurídicos tutelados (i) la prestación de recibir una información adecuada de parte de los proveedores respecto del producto o servicio, (ii) la prestación de que exista coincidencia entre lo que esperaría recibir un consumidor razonable y lo que recibe el consumidor por el proveedor (idoneidad del producto o servicio) y (iii) que el consumidor no sea discriminado por el proveedor.

Si bien el Tribunal Constitucional peruano ha entendido que dichos bienes jurídicos tutelados parten de lo establecido en el artículo 65 de la Constitución consideramos que pueden interpretarse, en parte, desde derechos ya reconocidos de manera expresa en dispositivos diversos de la Constitución peruana. Así, es evidente que la prestación de que el consumidor no sea discriminado por el proveedor se desprende del derecho a no ser discriminado recogido en el

18 DIEZ CANSECO, Luis. Op. Cit. Loc. Cit.

19 Al respecto, cabe revisar LANDA ARROYO, César. Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993. pp. 51-70. En: LANDA ARROYO, César (ed.). Constitución económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC). Lima: Palestra, 2008; BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades económicas: pronunciamientos sobre la inversión extranjera y la importación de bienes. pp. 115-129. En: LANDA ARROYO, César (ed.). Constitución económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC). Lima: Palestra, 2008; MONTOYA, Victorhugo. La configuración jurisprudencial del constitucionalismo económico. pp. 71-113 En: LANDA ARROYO, César (ed.). Constitución económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC). Lima: Palestra, 2008; DURAND, Julio. Los derechos del consumidor y su desarrollo constitucional. Lima: Tribunal Constitucional, 2009; ROJAS, Juan Francisco, DIEZ CANSECO, Luis y Miguel CANDELA. "Cambios en libre competencia. Los funcionarios públicos no pueden actuar ideológicamente". En: Ius et Veritas. N° 30. Lima, 2005. Cabe agregar que los dos primeros autores mencionados son magistrados del Tribunal Constitucional peruano, mientras que los tres últimos han sido vocales de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

artículo 2 inciso 2 de la propia Constitución. Por otro lado, consideramos que si bien las expresiones de la prestación de recibir una información adecuada de parte de los proveedores respecto del producto o servicio así como la que refiere que exista coincidencia entre lo que esperaría recibir un consumidor razonable y lo que recibe el consumidor por el proveedor (idoneidad del producto o servicio) parecieran desprenderse de la libertad contractual recogida en la Constitución peruana²⁰, lo cierto es que en tanto involucran un deber especial de protección de una parte ante una reconocida asimetría, consolidarían un supuesto distinto que merece protección especial o particular por lo que el reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de la tutela parece acertado.

Un supuesto similar se presentaría por ejemplo en el ámbito de las relaciones laborales, donde se reconoce una relación de asimetría entre el trabajador y el empleador. La relación asimétrica se presenta de forma tal que el empleador mantiene al trabajador en una posición de subordinación respecto a la prestación de sus servicios y a cambio de una contraprestación que es la remuneración por los mismos. Por lo tanto, se le reconocen al trabajador derechos subjetivos propios para pretender equilibrar las desventajas creadas por la relación asimétrica existente.

Valga aclarar que en el caso de los derechos de los consumidores y usuarios, el Tribunal Constitucional peruano no ha determinado el contenido esencial ni tampoco el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental bajo estudio. Cabe agregar que parte de la doctrina nacional, ha cuestionado que se establezca vía procesos constitucionales de amparo el contenido esencial de derechos específicos, apuntando que más bien esta es una determinación que corresponde dirigir directamente al legislador, por lo que su ámbito propiamente serían los procesos de inconstitucionalidad. Quienes defienden esta postura plantean que la noción de contenido esencial de los derechos no se encuentra recogida expresamente por la Constitución peruana de 1993, a diferencia de la Constitución española de 1978, que sí la recoge expresamente y, por lo tanto, la ha referido ampliamente en diferentes pronunciamientos, delimitando en diversos supuestos de hecho aquello que forma parte de los mismos. En ese sentido, este sector de la doctrina no discutiría que dichas apreciaciones se hubieran hecho respecto a sentencia del Tribunal Constitucional en procesos de inconstitucionalidad²¹.

Este sector de la doctrina establece que el Tribunal Constitucional peruano ha identificado la fórmula “contenido constitucionalmente protegido” contenida en el artículo 38 del Código Procesal Constitucional con el concepto de contenido esencial del derecho fundamental.

Es decir, la ha asimilado a aquellos aspectos de un derecho fundamental que, en interacción de otros derechos fundamentales y bienes constitucionales lo identifican como tal. En concreto, ha referido que “todo ámbito constitucionalmente protegido se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial”, tal como establece en la STC del Exp. 001417-2005-AA de 8 de julio de 2005 (fundamento 21) sobre materia pensionaria.

También refiere este sector que este argumento del Tribunal Constitucional no excluye la posibilidad de que en cada caso concreto el juez del proceso de amparo determine el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental está siendo afectado, porque tal como afirma Peter Häberle, “el contenido esencial no es un elemento que pueda ser desprendido “de por sí” e independientemente del conjunto de la Constitución y de los otros bienes reconocidos como

20 Al respecto revisar STC del Exp. 02185-2002-AA de 29 de enero de 2003, sobre proceso de amparo interpuesto por el Instituto Superior Pedagógico Privado Víctor Andrés Belaúnde representado por Alicia Chicchón de Horna contra el Ministerio de Educación.

21 Tal es el caso, aunque en lo relativo a materia de pensiones, a la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 3 de junio de 2005, recaída sobre los expedientes 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI-TC, 004-2005-PI/TC, 009-2005-PI/TC acumulados.

merecedores de tutela al lado de los derechos fundamentales”²². Este sector de la doctrina nacional considera que se descontextualiza el concepto de contenido esencial tanto en su origen como en su finalidad, debido a que consideran que fue concebido como un límite para el legislador. En consecuencia, se trataría de un criterio a emplear por la jurisdicción constitucional cuando le corresponda evaluar la compatibilidad de una decisión legislativa con la Constitución, mas no necesariamente para ser empleado en un caso concreto de afectación de un derecho fundamental²³.

Lo anteriormente establecido no obsta para que reconozcamos la crítica doctrinaria evidenciada en el proceso de evolución de los derechos fundamentales, especialmente en el fenómeno conocido como proceso de especificación o concreción, el cual se produce en relación con los titulares de los derechos y también con los contenidos de los mismos y tiene una conexión indudable con su consideración como concepto histórico, es decir, inserto en la cultura política y jurídica moderna y que pueden alcanzar el sentido mismo del consenso que integra la moralidad tradicional de los derechos²⁴.

En relación con los titulares se brinda una especial protección ya que se ha interpretado que requiere de la cobertura brindada por los derechos fundamentales en tanto se produce una situación donde ciertas personas se hallan en unas determinadas relaciones sociales. Al respecto, refiere la doctrina²⁵ se recurre al genérico "ciudadanos" cuando los mismos se encuentran en una circunstancia concreta, son derechos de los seres humanos "situados" cuando la otra parte de la relación tiene un papel preponderante, hegemónico o de superioridad, que exige equilibrar a sus correlativos por medio de una protección reforzada. En tal sentido se advierte que:

"Así nos encontramos con los derechos del consumidor situado frente a monopolios, grandes compañías o agrupaciones de comerciantes e industriales mucho más poderosos, o ante los derechos del usuario, que están igualmente en condiciones de inferioridad, en este caso incluso muchas veces frente a servicios estatales públicos. Aquí se desarrolla el valor igualdad en el ámbito de una sociedad consumista y de mercado, con el fin de paliar sus desajustes y también, en muchos casos, el valor seguridad jurídica.

*En (dichas) situaciones estamos ante status sociales que por (diversas) razones, y de papel en el seno de sociedades desarrolladas, llevan supuesta una debilidad que el Derecho intenta paliar o corregir, o dicho de otra manera, que suponen una diferencia con los modelos genéricos de destinatarios de los derechos fundamentales. Se parte de una desigualdad que se considera relevante, porque dificulta o impide el pleno desarrollo moral de las personas, fin último de los derechos, y se interviene para alcanzar la satisfacción de esas necesidades que impiden la igualdad mínima. Para ello se utiliza la técnica de la igualdad como diferenciación, considerándose titulares sólo a quienes tienen la carencia y no a todos, (a diferencia de los clásicos derechos del hombre y del ciudadano que parten de la igualdad como equiparación y son derechos de todos). En este caso, la equiparación es una meta y la diferenciación una técnica para alcanzar la equiparación"*²⁶.

Cabe decir adicionalmente que a nivel comparado no existe uniformidad en los ordenamientos acerca de la calidad de derechos fundamentales otorgada a la tutela de los consumidores y usuarios.

²² HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú: 1997. Citado por : ALVITES ALVITES, Elena. "Democracia y derechos sociales. Reflexiones en torno a su exigibilidad y satisfacción". En: Gaceta Constitucional. N° 6. Lima, junio de 2008. p. 33.

²³ Ibid. Loc. Cit.

²⁴ PECES BARBA, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995. p. 180.

²⁵ Ibid. Loc. Cit.

²⁶ Ibid. p. 182.

Así, por ejemplo, en el caso argentino (ordenamiento al que el Tribunal de la agencia de competencia peruana le ha reconocido expresamente por la vía jurisprudencial la condición de fuente de inspiración del legislador nacional en materia de competencia²⁷), la Constitución en su artículo 42 establece lo siguiente:

“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”.

Conforme a lo anterior, la doctrina argentina evidencia que la tutela brindada a los consumidores y usuarios se halla expresamente recogida como derecho fundamental en la Constitución argentina.²⁸

Por su parte, la Constitución española vigente de 1978 ha establecido en su artículo 51 sobre el particular que:

"1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

Al respecto, cabe resaltar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha establecido expresamente que la tutela brindada a los consumidores y usuarios, según lo referido en su disposición constitucional no es un derecho fundamental.

De tal manera, el máximo intérprete de la Constitución española ha mencionado en el fundamento 14 de la STC 14/1992, que:

"El artículo 51.1 enuncia un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Pero de ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios, ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación o aplicación, con tales principios. Los cuales, al margen

27 Resolución N.º 0224-2005/TDC-INDECOPI (Exp. N.º 004-2002-CLC). p. 23.

28 MORELLO, Augusto Mario y Joseph STIGLITZ. La evolución del nuevo derecho del consumidor. 3er congreso argentino. Mar de Plata, 1998.

de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 de la Constitución (STC 19/1982, fundamento jurídico 6.2). Ahora bien, es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 de la Constitución), el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio. Así ocurre con el artículo 51.1 de la Constitución, que determina unos fines y unas acciones de gran latitud, que pueden ser realizados con fórmulas de distinto contenido y alcance. Pero, en cualquier caso, son normas que deben informar la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53.3 de la Constitución)".

Cabe también que diferenciamos las nociones de consumidor y de usuario aludidos en la disposición constitucional. Siguiendo una tendencia contemporánea en la materia, el objetivo ha sido brindar una protección integral que cubra tanto las relaciones de consumo entre particulares y proveedores (donde a los particulares se les denomina consumidores) como aquellas entre particulares y proveedores de servicios públicos respecto a las principales prestaciones de la entidad (en la que a los particulares en clara situación de desventaja se les denomina usuarios).

Adicionalmente, debemos decir que respecto al fundamento del derecho fundamental de tutela a los consumidores y usuarios hay que considerar que conforme establece el artículo 1.º de la Constitución peruana de 1993:

"Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado".

Proteger al consumidor significa en esencia proteger a la persona humana como sujeto de necesidades y fin supremo de la sociedad y del Estado²⁹. Conforme a lo anterior, siguiendo una posición establecida por diversos constitucionalistas³⁰ consideramos que la dignidad es el fundamento de la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, como de todos los derechos fundamentales. Además, en el fundamento 10 de la STC del Exp. 3315-2004-AA citado *supra* aludimos a que el Tribunal Constitucional peruano expresamente había establecido que la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios constituía un nuevo derecho directamente vinculado con el principio de dignidad.

²⁹ DURAND, Julio. Los derechos del consumidor y su desarrollo constitucional. Lima: Tribunal Constitucional, 2009.

³⁰ LANDA ARROYO, César. "Dignidad de la persona humana". En : Revista Ius et Veritas. N° 21. Lima, 2002 ; HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: 1997. pp. 169-177 ; VON, Ingo. "La dignidad del hombre en el derecho constitucional". En: Revista Española de Derecho Constitucional. N° 5. 1982.

III. LA TUTELA PROCESAL DE LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

3.1 LA LEGITIMACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

El sujeto legitimado para iniciar un procedimiento es aquel quien debe ser parte del proceso concreto para que este se realice eficazmente, vale decir, aquel con interés y legitimidad para obrar en el proceso³¹.

En tal sentido, en el caso de la relación de consumo donde se encuentra de un lado un consumidor y de otro un proveedor se produce una falla de mercado, que en casos extremos volverá prohibitivo el intercambio ante un desbalance entre la información que maneja cada parte.

Es por ello que la noción de consumidor que se maneja es una noción de consumidor final³². Por otra parte, esta también es la razón por la que se defiende siempre en el supuesto que el proveedor lo sea habitualmente, descartándose los casos donde el proveedor lo es circunstancialmente, como ocurre en el caso de un particular que vende su auto o su casa por única vez, sin que ello sea su actividad habitual de sustento.

Por ejemplo, resulta común que los vendedores habituales de inmuebles, es decir, quienes se dedican a la actividad económica de venta de inmuebles, conozcan más sobre los inmuebles que son los productos que ofrecen que los compradores a los que se dirigen. Así, conocen más sobre los defectos de los inmuebles que venden que un comprador potencial. En el mismo sentido, cuando un banco presenta un contrato de depósito para que lo firme un particular que abre una cuenta corriente, es evidente que el banco sabe mucho más sobre el producto que el cliente respecto a las consecuencias legales que genera el contrato.

En tanto los vendedores saben más que los compradores acerca de un producto o servicio decimos que la información se distribuye asimétricamente en el mercado. En algunos casos, bajo ciertas circunstancias estas asimetrías pueden corregirse por el propio mecanismo de intercambio voluntario en el mercado, como ocurriría en el caso de que el vendedor otorgue al comprador una fianza para garantizar la calidad de un producto.

Debemos tener en cuenta que las asimetrías severas pueden perturbar los mercados de tal modo que no se pueda alcanzar un óptimo social paretiano mediante intercambios voluntarios. Cuando ello ocurre, la intervención gubernamental en el mercado vía protección al consumidor se presenta para corregir las asimetrías que se puedan presentar e inducir entre los particulares un intercambio más cercano al óptimo de Pareto. Es decir, el Estado se presenta como un instrumento para atenuar los daños producidos por la falla de mercado.

Por ejemplo, es usual que los compradores de un automóvil se encuentren en clara desventaja respecto a los vendedores sobre el conocimiento de los defectos existentes, como podrían ser problemas con el sistema de frenos o de la suspensión del vehículo. En consecuencia, podría resultar posible que el mercado de venta de autos no funcione de manera eficiente; es posible que los compradores estén pagando demasiado por los automóviles o que las ventas resulten prohibitivas y las personas dejen de comprar automóviles al temer problemas respecto a su adquisición. En tal sentido, se les puede exigir a los vendedores de los automóviles que revelen aquella información vinculada a defectos ocultos en los bienes materia de venta e inclusive podría

31 MONTERO AROCA, Juan. "La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú". En: Revista Ius et Praxis. N° 24. Lima, 1994. p. 79.

32 Al respecto, puede verse el precedente de observancia obligatoria en la Resolución N° 0422-2004/TDC-INDECOPI. En dicho procedimiento se reconoció que era posible que una pequeña empresa pueda ser considerada como consumidor final y por tanto pueda acceder a la protección brindada a consumidores y usuarios. El precedente establece que pueden tener este beneficio las micro y pequeñas empresas en tanto adquieran bienes o servicios donde mantengan una relación asimétrica de desventaja respecto del proveedor.

ordenarse que se apliquen sanciones pecuniarias o de otro tipo en aquellos casos donde no haga tal revelación de información así como responsabilizarse para corregir el defecto que se presente. Ello en el entendido que si dicha información se hubiera presentado oportunamente pudo haber cambiado la decisión de consumo del generador de demanda, de tal manera se considera adecuado aplicar la sanción con el fin de desincentivar la conducta de ocultamiento de información por parte del vendedor. Evidentemente, ello variará dependiendo del tipo de producto del que se trate, debido a que existen productos con una elasticidad-precio más pronunciada. Es decir, la elasticidad del producto respecto del precio es mayor cuando un pequeño cambio en el precio del producto altera notoriamente su situación de adquisición en el mercado por parte de los consumidores (por ejemplo, trasladándose los consumidores del mismo a adquirir un producto sustituto, en el cual el precio o las condiciones de venta no hayan variado).

Así, quien se encuentra en mejor situación dentro del mercado de adquisición de bienes para asumir el costo del develamiento de información sería el vendedor, por lo que socialmente resultaría menos oneroso que sea él quien brinde dicha información³³.

Consideramos que en estricto una asimetría similar se produce por ejemplo en las relaciones entre empleador y trabajador, en una relación laboral, donde existe una asimetría de posiciones que hacen que el trabajador se halle subordinado al empleador.

En tal sentido, respecto de la titularidad del derecho y la legitimación en el caso de individuos que pertenecen a un grupo como ocurre en el caso de los consumidores o usuarios, en doctrina se ha establecido que:

“(...) la posición activa de exigencia potencial característica del titular de un derecho (a diferencia de la posición subordinada de quien es objeto de un acto de beneficencia) es el trasunto de la fuerza o la importancia especial que el sistema atribuye al bien o bienes que adscribe al individuo, del valor que da a los estados de cosas, circunstancias o situaciones que trata de proteger con esas técnicas normativas.

Y es, en particular, una exigencia jurídica, moral o social residenciada en individuos. No se adscribe en términos generales o impersonales como se hace con los deberes (‘se debe hacer X’) sino que se atribuye a todos y cada uno de los integrantes de una clase (MacCormick, 1976, 1982) identificados mediante criterios que ponen de manifiesto esa individualidad. Naturalmente estos ‘individuos’ pueden ser personas físicas o ‘personas’ colectivas; incluso pueden ser colectividades (‘los pueblos’, las naciones, etc...) aunque en este caso las dificultades conceptuales para medir el alcance del ‘derecho’ suelen ser casi insuperables (MacKinson, 1987), pero siempre contemplados alrededor de la noción de ‘derecho’ un conjunto de criterios explícitos o implícitos destinados a identificar al titular en tanto que ‘individuo’ y no colectiva o impersonalmente. Cuando un enunciado que atribuye derechos dice, por ejemplo, ‘los comerciantes tienen derecho a...’ o ‘los niños tienen derecho a...’ no trata de decirnos que el colectivo de comerciantes o niños, como tal colectivo tenga unos derechos, sino que todos y cada uno de los individuos tales que sean ‘comerciante’ o ‘niño’ tiene ese derecho”³⁴.

Así, los particulares que forman parte del colectivo “consumidores” o del colectivo “usuarios” tienen legitimidad y titularidad para el ejercicio de sus derechos como consumidores o usuarios.

Además de lo correspondiente a la Comisión de Protección al Consumidor en primera

33 COOTER Robert y Thomas ULEN. Op. Cit. pp. 60-65.

34 LAPORTA, Francisco. "Sobre el concepto de derechos humanos". En: Doxa. N° 4. 1987. pp. 30-31.

instancia administrativa y la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI en segunda instancia administrativa, donde los particulares en tanto consumidor final tienen legitimidad para el ejercicio de acciones, en el caso de los servicios públicos, existen entes especializados creados por Ley a quienes se les ha otorgado competencia de manera específica en el ámbito exclusivo de las prestaciones principales de los servicios públicos que regulan. Por ejemplo, en el caso del servicio público de telecomunicaciones, existe un órgano administrativo con competencia expresa otorgada por Ley para conocer y resolver sobre conflictos entre particulares, por lo cual la Comisión de Protección al Consumidor en primera instancia administrativa y la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI en segunda instancia administrativa no es competente para emitir pronunciamiento en dichos casos.³⁵ En el caso de servicios de agua, luz y teléfono, los órganos supervisores competentes son SUNASS, OSINERGMIN y OSIPTEL respectivamente, siendo que de no obtener un resultado favorable, el consumidor puede acceder a la vía contenciosa administrativa como última instancia.

Ante estas entidades se les brinda legitimidad para la representación a las Asociaciones de consumidores, entidades sin fines de lucro que ejercen actividad económica en defensa de intereses de consumidores y usuarios. Asimismo, en el ámbito judicial propiamente dicho el artículo 82 del Código Procesal Civil³⁶ así como el artículo 51 de la Ley de Protección al Consumidor establecen disposiciones especiales respecto al ejercicio de acciones. ³⁷ No obstante lo anterior, la

35 Resolución Final N° 081-2004/CPC de 28 de enero de 2004, en el procedimiento administrativo seguido por Luis Miguel Salazar Ruiz contra Telefónica Móvil S.A.C.

36 "Artículo 82.- Patrocinio de intereses difusos

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los Artículos 93 a 95.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción".

37 "Artículo 51°.- El Indecopi, previo acuerdo de su Directorio, se encuentra legitimado para promover procesos judiciales relacionados a los temas de su competencia, en defensa de los intereses de los consumidores, conforme a lo señalado por el artículo 82 del Código Procesal Civil, los mismos que se tramitarán en la vía sumarísima. En estos procesos se podrán acumular de manera genérica las pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, reparación o sustitución de productos, reembolso de cantidades indebidamente pagadas y en general cualquier otra pretensión necesaria para tutelar el interés y los derechos de los consumidores afectados, que guarde conexidad con aquéllas. El Indecopi podrá delegar esta facultad en entidades públicas y privadas que estén en capacidad de representar los intereses de los consumidores. El Juez admitirá la legitimidad para obrar de la entidad respectiva, sin más trámite que la presentación del documento en que consta la delegación efectuada por Indecopi.

El Juez conferirá traslado de la demanda el mismo día que se efectúen las publicaciones a la que se hace referencia en la norma mencionada en el párrafo anterior. El Indecopi representará a todos los consumidores afectados por los hechos en que se funde el petitorio si aquéllos no manifestaran expresamente y por escrito su voluntad de no hacer valer su derecho o de hacerlo por separado, dentro del plazo de 30 días de realizadas dichas publicaciones, vencido el cual se citará a la audiencia de conciliación.

Una vez consentida o ejecutoriada la sentencia que ordena el cumplimiento de la obligación demandada, ésta será cobrada por el Indecopi, quien luego prorrateará su monto o velará por su ejecución entre los consumidores que se

determinación de tales facultades ha sido criticada por la doctrina nacional, lo que se corrobora en la práctica, ya que no se ha producido en nuestro país un desarrollo significativo de estas instituciones procesales. 38

3.2 LA TUTELA EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA TUTELA EN EL ÁMBITO CUASIJURISDICCIONAL (ADMINISTRATIVO)

Como comentamos anteriormente, en nuestro sistema, además de los pronunciamientos referidos por el Tribunal Constitucional así como por el INDECOPI, también existen organismos reguladores de servicios públicos que están legalmente facultados para regular la prestación de servicios de energía, telefonía, agua potable y alcantarillado y transportes. Estas entidades pueden establecer una serie de disposiciones relativas a la protección del usuario e incluso cuentan con procedimientos administrativos por los cuales pueden imponer sanciones para promover un mercado de servicios públicos transparente y sin perjuicios a los consumidores.

Asimismo, la Defensoría del Pueblo también tiene entre sus finalidades de acuerdo al artículo 162 de la Constitución “supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”. Con ello se encuentra facultada para vigilar a quienes supervisan a las entidades que prestan servicios públicos e inclusive a las propias entidades prestadoras.

Como hemos visto, el hecho de que la opción del legislador en los procesos constitucionales, en especial el proceso de amparo, en nuestro Código Procesal Constitucional se haya inclinado por una fórmula de residualidad³⁹ no obsta para que el Tribunal Constitucional haya actuado en defensa de los derechos fundamentales en materia de tutela de derechos de los consumidores y usuarios.⁴⁰

No obstante, cabe anotar que se evidencia como una tarea pendiente de diversas instituciones del Estado peruano, como ocurre en el caso de INDECOPI, en ciertos casos a efectos de cumplir con sus objetivos institucionales, alinear sus parámetros para cumplir con la defensa y respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la supremacía constitucional en la elaboración de sus resoluciones y pronunciamientos, de modo que no se produzcan resoluciones contradictorias respecto a lo establecido por el Tribunal Constitucional y las decisiones de los órganos del Estado puedan resultar predecibles. No deben generarse resoluciones contradictorias

apersonen ante dicho organismo, acreditando ser titulares del derecho discutido en el proceso.

Transcurrido un año desde la fecha en que el Indecopi cobre efectivamente la indemnización, el saldo no reclamado se destinará a un fondo especial para el financiamiento y la difusión de los derechos de los consumidores, de información relevante para los mismos y del sistema de patrocinio de intereses difusos.

Mediante Decreto Supremo se establecerán los alcances y mecanismos para llevar a cabo el adecuado uso del fondo mencionado en el párrafo anterior, así como para regular los procedimientos de distribución del monto obtenido o de ejecución de las obligaciones en favor de los consumidores afectados.

Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, el Indecopi podrá representar los intereses individuales de los consumidores ante cualquier autoridad pública o cualquier otra persona o entidad privada, bastando para ello la existencia de una simple carta poder suscrita por el consumidor afectado. Tal poder faculta al Indecopi a exigir y ejecutar cualquier derecho del consumidor en cuestión".

38 PRIORI, Giovanni. "Las Class Actions. Apuntes sobre un trabajo de investigación". En: Revista Ius et Veritas. N° 29. Lima, 2005. p. 344.

39 Artículo 5 inciso 2) del Código Procesal Constitucional.

40 Para un sector de la doctrina nacional, entre quienes se encuentra Luis Castillo Córdova, el establecimiento en el proceso de amparo de la residualidad, en el Código Procesal Constitucional, en desmedro de la alternatividad tiene visos claros de inconstitucionalidad, en tanto contravendría lo dispuesto por la Constitución peruana de 1993. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al Trabajo". En: Diálogo con la Jurisprudencia N.º 89, febrero de 2006. Lima. p. 40.

entre instituciones creadas para apoyar en la protección al consumidor. Por el contrario, la política al respecto debe ser generar confianza y predictibilidad en el sistema y no bloquear el desarrollo y las iniciativas con disposiciones o pronunciamientos que lejos de promover la protección terminen afectando nuestro aún incipiente mercado.

Para tal efecto, nos referiremos a dos supuestos donde dos casos vinculados indirectamente la protección al consumidor tanto en el Tribunal de INDECOPI como en el Tribunal Constitucional se resolvieron de forma opuesta, dando la impresión que respondieron a criterios resolutivos distintos.

En el caso del Expediente 3315-2004-AA⁴¹, citado en la Resolución N° 629-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional peruano declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Agua Pura ROVIC S.A.C. y, en consecuencia, inaplicables a su caso en particular los alcances de la Resolución 841-2002/TDC- INDECOPI, emitida el 20 de noviembre de 2002, por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual perteneciente al INDECOPI y ordenó al Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual expedir nuevo pronunciamiento dentro del Expediente N° 119-1999/CCD, sobre denuncia por competencia desleal iniciada por Distribuidora DISMASA S.R.L. contra Rovic S.A. y otros, específicamente para el caso de la empresa Agua Pura ROVIC S.A.C., debiendo tenerse en cuenta los criterios establecidos por la sentencia del Tribunal Constitucional.

En el caso específico, Rovic S.A. era una empresa que se dedicaba a la comercialización de agua filtrada a través de dispensadores de agua ubicados en diversos establecimientos comerciales como por ejemplo estaciones de servicio.

En dicho caso, en la alternativa de ver sancionada a una empresa por una presunta competencia desleal y la de privilegiar los derechos que les asiste a los consumidores como propietarios de un envase cuyo producto original libremente adquirieron y posteriormente consumieron, el Tribunal Constitucional consideró que el rol de consumidor para ser desempeñado como tal, requería que se le reconozca como propietario de los bienes que acompañaron al producto consumido. En ese sentido, la facultad de libre disposición no era para comercializar los envases con fines lucrativos, sino con propósitos estrictamente personales de uso y libre disposición. Por consiguiente, no es igual que los consumidores decidan usar o vender los envases o recipientes en tanto son de su propiedad, que decidir ellos mismos comercializar con productos nuevos en su interior como si se tratara de otro que se desea introducir en el mercado. La protección que el Tribunal Constitucional reconoció a los consumidores se refería a su rol de destinatario fundamental del modelo económico como usuario final de los productos ofertados en el mercado, quienes, como ha quedado establecido, no deben ver privado o limitado su derecho de disponer libremente de su propiedad.

Un caso que también fue discutido tanto en las Salas del Tribunal de INDECOPI (en materia de Derecho de Libre Competencia como en materia de Propiedad Industrial vía procedimiento administrativo sobre marcas tridimensionales) como en el Tribunal Constitucional peruano, a través de un proceso de amparo con una declaración por parte del Tribunal Constitucional acerca del ejercicio del derecho de propiedad sobre los envases, fue el relativo al Expediente 1209-2006-PA.

En dicho proceso el Tribunal Constitucional peruano declaró fundada la demanda y por tanto declaró nula la resolución N° 01 de 9 de diciembre de 2004, emitida por el 26° Juzgado Civil de Lima, así como su confirmatoria de fecha 18 de mayo de 2005, emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima. En las sentencias declaradas nulas se declaraba fundada y se confirmaba

41 La referida sentencia ha sido comentada en BULLARD, Alfredo. Derecho y economía. 2da ed. Palestra, 2006. pp. 992-996.

una medida cautelar solicitada por Backus para que la empresa Ambev se abstenga de tomar posesión por cualquier título de los envases de vidrio de cerveza de su empresa existentes en el mercado, las que Ambev consideraba como parte de un sistema de libre intercambiabilidad implícito de envases de cerveza.

En el mismo sentido del caso anterior, en la fundamentación el Tribunal Constitucional consideró que conforme se acreditaba en autos, sin que haya sido desvirtuado por Backus, en el mercado cervecero peruano, existe una cantidad importante de botellas que no corresponden a ninguna de las empresas que comparecían en el proceso y que esas botellas eran de propiedad de los consumidores por lo que cabía reconocer las facultades que ejercían sobre las mismas.

Asimismo, los organismos reguladores tampoco se han visto exentos de críticas por parte del Tribunal Constitucional acerca de la protección especial a los consumidores que se ha reconocido, debido a que el Tribunal se ha pronunciado sobre procedimientos donde la protección que los organismos reguladores debieron brindar no se prestó de manera efectiva.

Tal es el caso de la sentencia recaída en el Expediente 00858-2003-AA, donde el Tribunal Constitucional peruano declara fundada la demanda de amparo interpuesta por una particular contra OSIPTEL y contra Telefónica Móviles S.A.C. La demanda de amparo solicitaba la nulidad de la Resolución N.º 1, expedida por OSIPTEL en el expediente N.º 3901-2002/TRASU/GUS/RA, de 18 de junio de 2002, por considerarla arbitraria al contener criterios contradictorios; donde OSIPTEL consintió que la usuaria efectúe un pago por un servicio de telefonía celular que jamás usó por estar el equipo de telefonía descompuesto.⁴²

Por otra parte, el Tribunal Constitucional también ha participado activamente en la defensa de los derechos de consumidores en supuestos como en la sentencia recaída en el Expediente 7320-2005-AA. En dicho proceso de amparo, el demandante interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de que se declare inaplicable el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, del 20 de febrero de 2004, que prohibía la actividad industrial de carrozado de ómnibus (destinado a transporte de personas) sobre chasis de camión (originalmente destinado a transporte de mercancías) ya que lo consideró violatorio de sus derechos fundamentales. Manifestaba la demandante que hasta mayo del 2000 estuvo permitida la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis de camión y que el emplazado expidió hasta el año 2001 Tarjetas de Circulación a ómnibus carrozados.

En dicho caso, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de amparo; tomando en cuenta la realidad del sistema de transporte de pasajeros nacional y la búsqueda del respeto por el derecho a la vida de los consumidores frente a los derechos de contenido económico aludidos por el demandante. En el mismo sentido se pronunció el TC en las STC 07339-2006-AA; STC 09299-2005-AA y STC 184-2008-AA sobre la aplicación de la referida norma.

Asimismo, desde el 2002 se han presentado un número importante de casos donde en el Tribunal Constitucional se ha hecho referencia a los derechos de los consumidores, entre los que cabe citar: STC 0018-2003-AI/TC (caso en el que se solicitó declarar la inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley N.º 27633, modificatoria de la Ley N.º 27143, Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional. Dicha norma otorgaba un 20 por ciento adicional a la sumatoria de la calificación técnica obtenida a los postores de bienes y servicios elaborados en el

42 La resolución a su vez ha sido materia de cuestionamientos por parte de un sector de la doctrina nacional acerca de los estándares aplicables al caso como puede verse en ESPINOZA, Juan. “¡Oh! y ahora ¿quien nos podrá defender del Tribunal Constitucional? Sobre los parámetros del estándar de consumidor razonable”. En: Revista Ius et Veritas. N 29. Lima, 2005; así como BARCHI, Luciano. “Minority report (sentencia previa). A propósito de un ‘ejemplar’ fallo del Tribunal Constitucional”. En: Revista Advocatus. N° 10. Lima, 2004.

territorio nacional); STC 1176-2004-AA (sobre libre acceso a las prestaciones pensionarias); STC 1052-2006-HD (habeas data, por el que un particular solicitó a la empresa ARCOIMSA estados de cuenta sobre la compra efectuada de un local comercial); STC 518-2004-AA (amparo interpuesto por Javier Diez Canseco sobre concurso Público Internacional para la Transferencia al Sector Privado del Contrato de Suministro de Gas Natural ELECTROPERÚ S.A); STC 1006-2002-AA (amparo sobre el regulador EDELNOR S.A); STC 964-2002-AA (caso Alida Cortez, sobre derecho a un medio ambiente equilibrado e intereses difusos); STC 07281-2006-AA (proceso de amparo, precedente vinculante sobre desafiliación de sistema privado de pensiones); STC 5637-2006-AA (amparo interpuesto por Roberto Woll contra COAXSA, sobre consumidor en cuanto al requerimiento de pago hecho por empresas de cobranza coactiva), STC 4223-2006-AA (proceso de amparo interpuesto por Máximo Medardo Mass López contra la empresa de telecomunicaciones Nextel, sobre el desmantelamiento de una antena y otros equipos sobre un inmueble), entre otros.

IV. EXCURSO : A PROPÓSITO DEL CÓDIGO DE CONSUMO PERUANO DE 2009.

Sobre el tema tratado en el presente trabajo hay un último aspecto a tener en cuenta. En los últimos meses y coincidiendo con una promesa referida en el discurso presidencial por Fiestas Patrias (28 de julio de 2009) del presidente Alan García Pérez en el Congreso de la República, quien ha ofrecido que su Despacho presentará al Congreso en septiembre de 2009 un proyecto de Código del Consumo para su aprobación⁴³, se ha venido discutiendo la incorporación en nuestra legislación de dicha norma. La misma presuntamente consolidaría a las disposiciones existentes sobre la materia, incluyendo al recientemente aprobado Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Supremo N° 006-2009-PCM, creado a propósito de las modificaciones para la implementación del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos (Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos).

Cabe anotar asimismo que la incorporación del denominado Código de Consumo ha tenido opiniones a favor⁴⁴ y en contra⁴⁵, desde diversos sectores, evidenciándose claramente una falta de conexión entre INDECOPI y la Comisión encargada de elaborar el nuevo Código.

De tal manera, conforme a lo dispuesto en la Resolución Suprema N° 200-2009-PCM, publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de agosto de 2009, en un plazo máximo de 60 días a partir de la publicación de la norma estará listo el texto del anteproyecto del nuevo Código de Consumo. Así, se plantea que se deberá regular todos los mecanismos de protección al consumidor y las figuras afines relacionadas a la contratación masiva de bienes y servicios en Perú. La Resolución Suprema N° 200-2009-PCM designa a la comisión consultiva responsable de elaborar el referido Código, conformada por Jorge Avendaño, Mercedes García Belaunde, Alfredo Bullard, Oswaldo Hundskopf y Alonso Morales Acosta. Además, Juan Espinoza Espinoza, Jaime Delgado, Yuri Vega Mere, Juan Francisco Rojas y la ex ministra de Justicia, Rosario Fernández. Dicho grupo de trabajo será liderado por el decano del Colegio de Abogados de Lima, Walter Gutiérrez Camacho. Para un mejor cumplimiento de sus fines, la comisión podrá designar a un secretario técnico e invitar a profesionales del sector público o privado a fin de que formulen aportes o sugerencias para la nueva normativa en materia de protección al consumidor.

Quienes defienden la necesidad de la aprobación del Código de Consumo refieren que a pesar de que actualmente ya existen normas legislativas que velen por la protección de los

⁴³ GARCÍA PEREZ, Alan. Discurso presidencial por Fiestas Patrias en el Congreso de la República del Perú (28 de julio de 2009). En : http://www.foroeducativo.org/admin/images/archivosprincipal/archivopri_155.pdf

⁴⁴ EL COMERCIO. “El libre mercado también defiende al consumidor”. Lima, 31 de julio de 2009 ; GESTIÓN. “Colegio de Abogados está a cargo de elaborar el Código de Consumo”. Lima, 30 de julio de 2009 ; GESTIÓN. “Código de Consumo”. Lima, 31 de julio de 2009; LA PRIMERA. “Consumidores desprotegidos”. Lima, 3 de agosto de 2009. PERU 21. “Resolverán reclamos de usuarios en mes y medio”. Lima, 6 de agosto de 2009.

⁴⁵ EL COMERCIO. ¿Por qué un Código de Consumo? Lima, 10 de agosto de 2009.

consumidores y usuarios, éstas se encuentran un tanto dispersas en diversos cuerpos legales como el Código Civil, el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor y en un conjunto de leyes especiales relacionadas con determinadas actividades y servicios. Por tanto, consideran urgente una labor de sistematización de las normas y de inclusión de mecanismos que aseguren que se pueda cumplir con el deber de protección de los consumidores y usuarios, disminuyendo los costos de información respecto a la normativa existente.

Cabe añadir que a la fecha de entrada a imprenta del presente trabajo no se ha publicado alguna versión del proyecto de Código de Consumo sobre el cual pudieramos emitir alguna opinión específica.

Sin embargo, ha trascendido que se pretende incluir en el Código de Consumo modificaciones a las relaciones de consumo establecidas con entidades bancarias tanto en lo vinculado a información como al deber de idoneidad de dichos servicios, una lista enunciativa de cláusulas abusivas así como la implementación de un mecanismo de arbitraje de consumo, tal cual existe en legislación europea, conforme a la Recomendación de la Comisión Europea de la Unión Europea de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 19 de abril de 2001, adoptado en España conforme al Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero de 2008, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, publicado en el Boletín Oficial del Estado español el 25 de febrero de 2008, en el cual se incluiría también al arbitraje *on-line*⁴⁶.

No obstante lo anterior, consideramos pertinente agregar como opinión que en el presente caso nuestro interés se centra en que se mantenga un sistema armónico conforme a los principios y derechos protegidos en la economía social de mercado resguardada expresamente en la Constitución Política peruana de 1993, que refuerce la institucionalidad y brinde al mercado una herramienta eficiente de protección de sus transacciones, que no eleve sus costos tornando prohibitivas actividades que puedan afectar al mercado y sobre todo al grupo que se pretende tutelar: los propios consumidores. Estaremos atentos sobre el particular.

⁴⁶ Al respecto puede consultarse BUSTO LAGO, José Manuel. Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor. 2da ed. Pamplona: Aranzadi, 2008. pp. 332-372. Puede encontrarse una versión electrónica, con algunas modificaciones, en http://www.uclm.es/actividades0809/cursos/edc/docs/JoseManuelBusto_4.pdf

V. CONCLUSIONES

Uno de los signos que caracterizan al constitucionalismo contemporáneo es la constitucionalización de los principios que rigen la economía. Las Constituciones contemporáneas no solo enarbolan contenido de carácter político sino que formulan jurídicamente una Constitución Económica.

La Constitución peruana de 1993 se adscribe a un modelo de economía social de mercado, en el que las decisiones de producción y de consumo de bienes y de prestación de servicios se rigen por las leyes de oferta y demanda, con regulación y participación del Estado exclusivamente en forma subsidiaria. Por tanto, los agentes económicos protagonistas resultan ser los particulares, en ejercicio de libre iniciativa privada, así como los consumidores.

La tutela brindada a los consumidores y usuarios conforme a lo dispuesto en nuestro ordenamiento constitucional peruano constituye un derecho fundamental, tal como lo ha establecido expresamente el Tribunal Constitucional. En el mismo sentido se ha expresado la doctrina. A nivel mundial existen diversas tendencias sobre el particular.

La tutela de los consumidores y usuarios involucra como sus bienes jurídicos tutelados: (i) la prestación de recibir una información adecuada de parte de los proveedores respecto del producto o servicio, (ii) la prestación de que exista coincidencia entre lo que esperaría recibir un consumidor razonable y lo que recibe el consumidor por el proveedor (idoneidad del producto o servicio) y (iii) que el consumidor no sea discriminado por el proveedor.

Si bien el Tribunal Constitucional peruano ha entendido que dichos bienes jurídicos tutelados parten de lo establecido en el artículo 65 de la Constitución consideramos que pueden interpretarse, en parte, desde derechos ya reconocidos de manera expresa en dispositivos diversos de la Constitución peruana de 1993. Así, es evidente que la prestación de que el consumidor no sea discriminado por el proveedor se desprende del derecho a no ser discriminado recogido en el artículo 2 inciso 2 de la propia Constitución. Por otro lado, consideramos que si bien las expresiones de la prestación de recibir una información adecuada de parte de los proveedores

respecto del producto o servicio así como la que refiere que exista coincidencia entre lo que esperaría recibir un consumidor razonable y lo que recibe el consumidor por el proveedor (idoneidad del producto o servicio) parecieran desprenderse de la libertad contractual recogida en la Constitución peruana, lo cierto es que en tanto involucran un deber especial de protección de una parte ante una reconocida asimetría, consolidarían un supuesto distinto que merece protección particular por lo que el reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional parece acertado.

Así, se otorga un deber de protección especial a los consumidores en vista de la asimetría existente al interior de la relación de consumo entre proveedores y consumidores.

Proteger al consumidor significa en esencia proteger a la persona humana como sujeto de necesidades y fin supremo de la sociedad y del Estado de acuerdo a lo establecido en el artículo 1ro de la Constitución peruana de 1993. Conforme a lo anterior, siguiendo una posición establecida por diversos autores consideramos que la dignidad es el fundamento de la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios.

Si bien decimos que la tutela se brinda al colectivo de usuarios y consumidores, la titularidad del derecho reside en cada uno de los particulares que la conforman, en tanto miembros del colectivo, en vista de la desventaja dentro de la que se hallan.

Consideramos que se evidencia como una tarea pendiente de diversas instituciones del Estado peruano, como ocurre en el caso de INDECOPI, de organismos reguladores, entre otros, en ciertos casos a efectos de cumplir con sus objetivos institucionales, alinear sus parámetros para cumplir con la defensa y respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la supremacía constitucional en la elaboración de sus resoluciones y pronunciamientos, de modo que no se produzcan resoluciones contradictorias respecto a lo establecido por el Tribunal Constitucional y las decisiones de los órganos del Estado puedan resultar predecibles.

Sobre el proyecto de Código de Consumo peruano, al que se hizo alusión en el discurso presidencial por Fiestas Patrias del 28 de julio de 2009 del presidente Alan García Pérez en el Congreso de la República, nuestro interés se centra en que se mantenga un sistema armónico conforme a los principios y derechos protegidos en la economía social de mercado resguardada expresamente en la Constitución Política peruana de 1993, que refuerce la institucionalidad y brinde al mercado una herramienta eficiente de protección de sus transacciones, que no eleve sus costos tornandolas prohibitivas actividades que puedan afectar al mercado y sobre todo al grupo que se pretende tutelar: los propios consumidores. Estaremos atentos sobre el particular.

Conforme a lo anteriormente establecido, cabe reiterar que nos adscribimos a lo dispuesto en las Sentencias del Exp 629-2008-PA/TC, publicada el 1 de setiembre de 2008⁴⁷ y Exp.629-2008-PA/TC, Aclaración publicada el 20 de enero de 2009⁴⁸, en tanto la demandada ostentaba en el caso la calidad de proveedora y no de consumidora así como en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Respecto a lo dispuesto en la resolución que resolvió la solicitud de aclaración, no cabía evaluar la validez del pronunciamiento hecho.

⁴⁷ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00629-2008-AA%20Resolucion.html>

⁴⁸ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00629-2008-AA%20Aclaracion.html>

BIBLIOGRAFÍA

Libros y revistas

ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos en Carlos Santiago Nino. En : Doxa. N° 26. 2003. pp. 173-201.

ALVITES ALVITES, Elena. "Democracia y derechos sociales. Reflexiones en torno a su exigibilidad y satisfacción". En: Gaceta Constitucional. N° 6. Lima, junio de 2008.

BARCHI, Luciano. "Minority report (sentencia previa). A propósito de un 'ejemplar' fallo del Tribunal Constitucional". En: Advocatus. N 10. Lima, 2004.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades económicas: pronunciamientos sobre la inversión extranjera y la importación de bienes. pp. 115-129. En: LANDA ARROYO, César (ed.). Constitución económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC). Lima: Palestra, 2008.

BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Madrid: Sistema, 1991.

BULLARD, Alfredo. Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales. 2da ed. Lima: Palestra, 2006.

BUSTO LAGO, José Manuel. Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor. 2da ed. Pamplona: Aranzadi, 2008.

CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral". En: Harvard Law Review. Vol. 85. N° 6. 1972. pp. 1.089-1.128

CASTILLO CORDOVA, Luis. "Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al Trabajo". En: Diálogo con la Jurisprudencia N.º 89. Lima, 2006.

COLOMA, German. Apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino. En: <http://www.cema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/156.pdf>

COOTER Robert y Thomas ULEN. Derecho y Economía. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1998.

DARGENT, Eduardo. "Determinants of judicial independence". En: *Journal of Latin American Studies*. N° 41. Cambridge, 2009. pp. 251-278.

DIEZ CANSECO, Luis. "Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica". En: Revista Themis. N° 36. Lima, 1998. pp. 39-63.

DURAND, Julio. Los derechos del consumidor y su desarrollo constitucional. Lima: Tribunal Constitucional, 2009.

EL COMERCIO. "El libre mercado también defiende al consumidor". Lima, 31 de julio de 2009.

EL COMERCIO. ¿Por qué un Código de Consumo? Lima, 10 de agosto de 2009.

ESPINOZA, Juan (coord.). Ley de protección del consumidor. Comentarios, Precedentes Jurisprudenciales y Normas Complementarias. Lima: Rodhas, 2004.

ESPINOZA, Juan. "¡Oh! y ahora ¿quien nos podrá defender del Tribunal Constitucional? Sobre los parámetros del estándar de consumidor razonable". En: Ius et Veritas. N° 29. Lima, 2005

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El Régimen Socioeconómico y Hacendístico en el Ordenamiento Constitucional Español". En: Derecho y Sociedad. N° 10. Lima, 1995.

GARCÍA PEREZ, Álan. Discurso presidencial por Fiestas Patrias en el Congreso de la República del Perú (28 de julio de 2009). En : http://www.foroeducativo.org/admin/images/archivosprincipal/archivopri_155.pdf

GESTIÓN. "Colegio de Abogados está a cargo de elaborar el Código de Consumo". Lima, 30 de julio de 2009.

GESTIÓN. "Código de Consumo". Lima, 31 de julio de 2009.

GESTIÓN. "Crean comisión consultiva para elaborar el Código de Consumo". Lima, 10 de agosto de 2009.

GÓMEZ APAC, Hugo. "El 'norte' de las políticas públicas: orientando a las autoridades de competencia, protección al consumidor y regulación" En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual. N.º 5. Lima: INDECOPI, 2007.

GONZALES CARRASCO, María del Carmen y Josefa CANTERO MARTINEZ. "La producción normativa en materia de consumo. Técnica legislativa y regulación sectorial". En: http://www.uclm.es/actividades0809/cursos/edc/docs/AngelCarrasco_1.pdf

HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: 1997. pp. 169-177 .

HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú: 1997.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel. "La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración". En: Revista Española de Derecho Constitucional. N° 57. Madrid, 1999.

INDECOPI. Lineamientos 2006 de la Comisión de Protección al Consumidor. Lima : INDECOPI, 2006.

KRESALJA, Baldo. La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado. En: VV. AA. Homenaje a Jorge Avendaño. Lima: PUCP, 2004.

LANDA ARROYO, César. "Dignidad de la persona humana". En : Revista Ius et Veritas. N° 21. Lima, 2002.

LANDA ARROYO, César. Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993. pp. 51-70. En: LANDA ARROYO, César (ed.). Constitución económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC). Lima: Palestra, 2008.

LANDA ARROYO, César. "Reforma de la Constitución Económica: desde una perspectiva del

- Estado Social de Derecho*". En: Revista Institucional. Apuntes sobre la Reforma Constitucional de la Academia de la Magistratura. N° 6. Lima, 2000.
- LANDA ARROYO, César. "*Teorías de los derechos fundamentales*". En: Cuestiones constitucionales. N° 6. Lima, enero-junio de 2002.
- LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. 2da ed. Lima: Palestra, 2003.
- LAPORTA, Francisco. "*Sobre el concepto de derechos humanos*". En: Doxa. N° 4. 1987.
- LA PRIMERA. "Consumidores desprotegidos". Lima, 3 de agosto de 2009.
- MARTIN-RETORTILLO, Sebastian (coord.). Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo V. Madrid: Civitas, 1991.
- MONTERO AROCA, Juan. "*La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú*". En: Revista Ius et Praxis. N° 24. Lima, 1994.
- MONTOYA, Victorhugo. La configuración jurisprudencial del constitucionalismo económico. pp. 71-113 En: LANDA ARROYO, César (ed.). Constitución económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC). Lima: Palestra, 2008.
- MORALES ACOSTA, Alonso. "Asimetría informativa". En: http://www.teleley.com/articulos/art_290507.pdf
- MORELLO, Augusto Mario y Joseph STIGLITZ. La evolución del nuevo derecho del consumidor. 3er congreso argentino. Mar de Plata, 1998.
- PECES BARBA, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.
- PEREZ ROYO, Javier. Curso de derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- PERU 21. "Resolverán reclamos de usuarios en mes y medio". Lima, 6 de agosto de 2009.
- POSNER, Richard. El análisis económico del derecho. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- PRIORI, Giovanni. "Las Class Actions. Apuntes sobre un trabajo de investigación". En: Revista Ius et Veritas. N° 29. Lima, 2005
- QUAAS, Friedrun. Economía social de mercado: introducción. pp. 156-157. En: HASSE, Rolf y otros (eds.). Diccionario de economía social de mercado. Política económica de la A a la Z. México D.F.: Konrad Adenauer Stiftung, 2004).
- QUAAS, Friedrun. Economía social de mercado: paz social. pp. 158-159. En: HASSE, Rolf y otros (eds.). Diccionario de economía social de mercado. Política económica de la A a la Z. México D.F.: Konrad Adenauer Stiftung, 2004).
- ROJAS, Juan Francisco, DIEZ CANSECO, Luis y Miguel CANDELA. "*Cambios en libre competencia. Los funcionarios públicos no pueden actuar ideológicamente*". En: Revista Ius et

Veritas. N° 30. Lima, 2005.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales. Doctrina jurisprudencial. Barcelona: Ariel, 1995.

TORRES Y TORRES LARA, Carlos. La Constitución Económica en el Perú. Lima: Asesorandina, 1994.

TRIBE, Lawrence y Michael DORF. Para leer la Constitución. Boston: Universidad de Harvard, 2009.

VON, Ingo. "*La dignidad del hombre en el derecho constitucional*". En: Revista Española de Derecho Constitucional. N° 5. 1982.

Páginas web

www.tc.gob.pe

www.indecopi.gob.pe

www.cal.org.pe

www.osiptel.gob.pe

www.tribunalconstitucional.es