

Constitución y derechos del consumidor

Constitution and the rights of the consumer

SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Defensa de la Persona como fin supremo del orden económico, social y jurídico, fundamento del derecho del Consumidor. III. Libertad específica, libertad contractual y el derecho a la igualdad (asimetría informativa): fundamento del derecho consumidor. IV. Modelo protección del consumidor y usuario en la Constitución peruana. V. Conclusiones VI. Lista de referencias.

Resumen: El Derecho de los Consumidores es uno de los aspectos novísimos del desarrollo histórico del Estado Constitucional de Derecho, en donde justamente la protección y promoción de los derechos fundamentales configuran su naturaleza ontológica. El presente artículo pretende someramente ubicar los fundamentos constitucionales de los derechos del consumidor y usuarios, su nexa entre la concepción de defensa de la persona, los principios económicos y los deberes del

(*) Doctor en Derecho. Doctorando en Derecho por la Universidad Carlos III, Madrid, España. Magister en Derecho por la Universidad de Bruselas, Bélgica. Docente de Pre y Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Comisionado de la Comisión Regional de Cajamarca, del INDECOPI.

Estado. Para ello, analizamos el modelo de protección establecido en el artículo 65 de la Constitución. Asimismo, indicamos los desafíos del debate de las garantías de los derechos del consumidor y la necesaria reforma constitucional para mejorar su protección.

Palabras clave: Defensa de la persona, derechos del consumidor y usuario, constitución económica, deber de protección.

Abstract: *The rights of consumers is one of the newest aspects of the historical development of the constitutional rule of law, on where precisely the protection and promotion of fundamental rights set up its ontological nature. This article aims to briefly place the constitutional foundations of the rights of consumers and users, your link between the concept of defence of the person, the economic principles and the duties of the State. This analyses the model of protection laid down in article 65 of the Peruvian Constitution. Also sets challenges for the discussion of the guarantees of the rights of the consumer and the necessary constitutional reform to improve its protection.*

Key words: *Defence of the person, rights of the consumer and user, economic Constitution, duty of protection.*

I. Introducción

Un país, una sociedad, un Estado solo sobrevive produciendo y comercializando bienes y servicios para satisfacer las necesidades básicas o suntuosas de su población. Se produce para el consumo. Sin consumo no hay producción. El consumidor es la parte final de todo el proceso de producción. Sin consumidores no hay retorno de la inversión productiva, utilidad, ganancia, no hay capitalización.

Por tanto, debemos empezar afirmando que el consumidor es un elemento esencial del modelo económico y social, de la estructura económica de un determinado país, y ahora lo es en la estructura mundial del mercado, como resultado de la globalización del mismo. Ese modelo económico predominante en mundo se traduce en modelos jurídicos normativos, desde el plano jurídico legal e incluso, modernamente, en el plano constitucional. Entonces, debemos empezar discutiendo cuáles son los elementos de ese modelo económico constitucionalizado y cuál es dentro de este modelo, la concepción de consumidor, sus derechos y estatus jurídico.

II. Defensa de la persona como fin supremo del orden económico social y jurídico: fundamento del derecho del consumidor

Encabeza nuestra Constitución la prescripción de que *La defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*. Comprender en su magnitud esta prescripción sustancial de nuestro orden constitucional nos ayuda a ubicar en toda plenitud la importancia de la defensa del consumidor y usuario.

La persona como tal es el elemento esencial del orden social, económico, político o cultural. Sin ella, no existe sociedad ni Estado y por tanto orden jurídico. Pero qué es la persona? Siguiendo al maestro Fernández Sessarego, la persona es una “unidad psicósomática y sustentada en su libertad” (Constitución comentada), siendo ello correcto, precisamos que para nosotros la persona, es una unidad psico bio-social. Es decir, una combinación de cuerpo, psiquis y libertad, entendida ésta como la interrelación intersubjetiva de la persona con su prójimo y su entorno. De ahí que, el maestro Fernández afirme que es la libertad la que determina la contextura ontológica de la persona. *“La libertad es lo que permite al ser humano constituirse como un ser dotado de una dimensión espiritual. Ser libre significa tener permanentemente que elegir (...) para elegir hay que preferir entre las múltiples opciones con que se cuenta para vivir la vida, es decir para determinar el destino personal, para decidir sobre el singular proyecto de vida”*

La persona es el componente central de la sociedad, es decir parte del conjunto de relaciones intersubjetivas libres, que configura la pertenencia a un grupo, a un ente colectivo, a una cosmovisión, a un idioma, a un colectivo humano. La persona es el centro del orden político pues su libertad se traduce en su capacidad de elección, aceptación o rechazo de las relaciones de poder y de gobierno y su libertad para autodeterminarse al establecer límites a su propia libertad para no afectar la libertad del otro, esto a través del derecho. Asimismo, la persona es el componente central del orden económico, pues como propietario de bienes o de su fuerza de transformación, constituye la única posibilidad de lograr riqueza social: con su trabajo y la propiedad.

Es el ejercicio de esa libertad el ámbito donde ubicamos a la persona como consumidor y usuario. Pues la persona para lograr su proyecto de vida tiene que adquirir, elegir, bienes y servicios para satisfacer sus necesidades, sean básicas o suntuarias. Sin consumo y uso de esos bienes y servicios que las propias personas producen y comercializan, no se puede configurar el proyecto de vida.

Entonces, cuando la norma fundamental pone como primera piedra jurídica del enorme edificio que es la sociedad, el Estado y el Derecho, a la persona, no solo está expresando una realidad, sino que apertura la norma fundamental con una orden, una prescripción sustancial, si la persona es lo más importante en la existencia, su defensa y el respecto de su dignidad será el fin supremo de la sociedad y del Estado, y por consiguiente del orden normativo.

III. Libertad contractual y el derecho a la igualdad (asimetría informativa): fundamento del derecho consumidor

Por otro lado, uno de los logros históricos del ámbito de los derechos fundamentales es el ámbito de la libertad individual, entendida como la no interferencia del poder (cualquiera sea su denominación, pero mayormente entendido como el poder del Estado) para limitar, prohibir o reprimir el accionar, la actividad, la iniciativa, el pensamiento o la conducta de la persona en su logro de su finalidad como tal.

Una de esas expresiones de esta libertad es la libertad contractual, en sus dimensiones de libertad de contratación y libertad a contractar, sustentada en la autonomía en la autonomía de la voluntad. En ese razonamiento, si todos tenemos esa libertad, todos podemos celebrar bajo esa supuesta autonomía, contratos y, por tanto, sujetarse a los efectos de los contenidos (cláusulas) de esos contratos.

Pero ahora bien, el propio ordenamiento de protección de la libertad contractual, basándose en la supuesta igualdad de las partes, ha diseñado instrumentos de protección para evitar que alguna parte, abusando de su posición de dominio, o sobre todo abusando de su poder económico, induce a la otra parte a someterse a contratos de naturaleza

leoninos, injustos o arbitrarios o que lesione su proyecto de vida. De ahí que, los ordenamientos jurídicos, en su mayoría, disponen limitaciones a la libertad contractual teniendo en cuenta el interés social, el interés público o ético, y prohíbe el abuso del derecho.

Ahora bien, cómo se traduce esta limitación a la libertad contractual y represión al abuso del derecho, en el ámbito de la defensa del consumidor. Pues, el gran desarrollo de la producción en serie, con masiva presencia de productos en el mercado de contenido altamente tecnológico y complejo para el entendimiento del adquirente, sea por su contenido o dificultad en el uso o consumo, nos referimos, por ejemplo, a los productos transgénicos, productos medicinales con contenido y efectos secundarios, productos financieros complejos para el entendido, monedas virtuales, transferencias electrónicas, comisiones, etc. o plazos contractuales incomprensibles frente a un adquirente que compra el bien por necesidad, sea básica o suntuosa y de satisfacción mediata. Este comprador no cuenta con el conocimiento o información adecuada para que su voluntad sea discernida con justicia y razonabilidad. Se genera en la práctica un desequilibrio entre el ofertante (vendedor) y demandante (comprador) con respecto al producto y a las condiciones de utilización y pago del mismo. Se quiebra el principio de igualdad contractual, generándose un abuso del derecho a la libertad de contratación por una de las partes, pues existe una asimetría informativa de la oferta en afectación a la demanda, configurándose un abuso del dominio, informativo, procedimental con cláusulas abusivas predeterminadas y sin posibilidad de negociar su contenido. Más aún, cuando modernamente los ofertantes utilizan campañas de mercadeo masivo y de inducción al consumo de productos que llevan a una serie de abusos en la comercialización de otros.

El estado a quien voluntariamente hemos cedido autoridad para limitar nuestros derechos o evitar el abuso del ejercicio de los mismos, tiene que intervenir, buscando restablecer el equilibrio, la igualdad.

a. La libertad de empresa y comercio y derecho a la persona

Otro logro histórico de los derechos fundamentales es la libertad de empresa y comercio, que junto al derecho a la propiedad, sustenta-

ron las revoluciones burguesas del siglo XVIII y XIX, permitiendo como expresión de la libertad de disfrutar del trabajo y la riqueza, imponer el criterio que la persona es libre para establecer cualquier tipo de industria, trabajo, o negocio con el fin de generar riqueza y comercializar el producto o el servicio que se genera. Obviamente, el ejercicio de esa libertad suponía el previo reconocimiento al derecho de la propiedad, tanto de aquella que genera riqueza directa, la propiedad de la tierra, es decir la renta, o la riqueza de los medios de producción, la plusvalía. Entonces, la realización de la persona propietaria es producir y comercializar, utilizando el mercado como espacio para transferir, vender, intercambiar el bien o servicio que ha producido, sin que el poder del Estado impida o restrinja esta producción y comercialización generada por su empresa. Evidentemente, el ejercicio de este derecho supone que alguien primero tenga propiedad o capital, pero eso otra discusión.

Sin embargo, esta libertad de empresa y comercio también puede afectar y, así lo hace, al consumidor de los bienes y servicios que realiza la empresa. Pueden afectar la salud de la persona, puede afectar el orden público, la seguridad de la persona, o las expectativas que el adquirente del bien o servicio espera disfrutar. Así por ejemplo, la empresa de bienes alimentarios que produce alimentos con graves contenidos contaminantes. O, una empresa que divulga la venta de un producto que dice que es leche y no lo es. Una clínica que vende el servicio de cirugía estética y el resultado no es lo esperado teniendo en cuenta en grado de especialidad y detalle que se espera; una discoteca que funciona con fumadores de tabaco abiertos y afectando la salud de los vecinos; una red de antenas aéreas que puede ocasionar distorsiones en el funcionamiento neuronal. Una empresa que distribuye frutas frescas con alto contenido de pesticidas no aptos para el consumo humano. Un banco que oferta intereses por depósito bancarios con mecanismos engañosos. Todas estas circunstancias, genera que el Estado, en nombre del interés social, intervenga precisamente para proteger los intereses difusos, pues promoción y ejercicio de la solidaridad es inherente a los derechos sociales, por ejemplo el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, a la utilización de los recursos naturales, derecho a la seguridad, información y salud de los consumidores

y usuarios, derecho al respeto del patrimonio histórico, arquitectónico y cultural, derecho a la paz, entre otros.

Por otro lado, las empresas o negocios pueden comportarse en el mercado con un actitud agresiva o de mala fe, que por un lado concentre en una toda las posibilidades de oferta de bienes limitando la posibilidad de elección que tiene el consumidor y por otro lado, puede que el negocio o la empresa abusando de su posición en el mercado concerté precios afectando el interés del consumidor o usuario al momento de tomar una decisión por tal o cual producto conforme al precio. Este actitud empresarial evidentemente entran en colisión no solo con reglas del libre mercado, transgresión de la libre competencia (monopolio), sino con actitudes anticompetitivas (concertación), pero que sobre todo afectan la libre decisión de los consumidores y usuarios.

Frente a estas circunstancias agresivas a los derechos de las personas, en calidad de consumidores o usuarios, el Estado debe intervenir, para proteger el interés social, sea en el sentido difuso o subjetivo. En ese sentido debemos afirmar que ante el ejercicio y protección de los derechos de las personas, el Estado no un ente neutral, siempre estará al lado de los primeros, aunque ante un litigio de interés o derechos, su función, a la hora de resolverlos, será imparcial.

IV. Modelo protección del consumidor y usuario en la constitución peruana

Hemos visto cual es el modelo económico del Estado peruano, sus principios y reglas constitucionales, como también hemos explicado la importancia de considerar al consumidor y sus derechos, como parte de este modelo económico constitucional.

Ahora pasaremos a analizar y discutir el contenido de la norma constitucional peruana de protección de los derechos del consumidor, teniendo en cuenta que esta cláusula debe interpretarse como parte inseparable de todo el texto constitucional. La norma constitucional que expresa la regulación sobre los derechos de los consumidores y su protección es el Artículo 65, el mismo que prescribe:

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.

4.1. Efectos de la disposición constitucional

a. *Efectos objetivos: Deber del Estado*

El artículo 65 de la Constitución establece un principio rector de la actuación del Estado ante el interés del consumidor y usuario. La Constitución le ordena al Estado defender sus intereses. Este deber se concretiza en orientar, en algunos casos regular, la actividad económica, financiera o de otra índole teniendo en cuenta la defensa del interés del consumidor y usuario. En ese sentido, está obligado constitucionalmente a desarrollar políticas públicas y normativas concernientes a la protección de los intereses del consumidor y usuario, por ejemplo, sobre la promoción de la calidad en la producción de bienes y servicios, sean estos de fuente pública o privada, políticas de empaquetado de productos, políticas o normas sobre el uso de pesticidas, promoción de la libre competencia, promoción de la calidad en los servicios educativos, médicos, servicios públicos de agua, de telefonía, entre otros.⁽¹⁾ Tal como veremos más adelante.

b. *Efectos subjetivos*

El Artículo 65 configura otro efecto. Consagra derechos subjetivos, reconoce la facultad de acción defensiva del consumidor y usuario en los casos de transgresión o desconocimiento de sus derechos por parte de los privados, exigiendo al Estado una actuación determinada cuando se produce una acción u omisión del proveedor que afecte sus derechos expresos: derecho a la información, salud y seguridad o sus derechos implícitos. La cláusula constitucional también obliga al Estado a establecer garantías de protección de los derechos fundamentales: garantías procesales: órganos de resolución de conflictos con procedimientos

⁽¹⁾ Ver: Exp.N.º 008-2003 AI/TC, ff.jj.30 y 31

especiales para resolver las controversias: INDECOPI, OPSITEL, entre otros. En los próximos ítems trataremos sobre los derechos subjetivos del consumidor y usuario.

c. *Efectos verticales y horizontales*

Los derechos fundamentales surgieron en la historia como límites al poder, especialmente del poder político estatal. En ese sentido, se estructuraron con efectos verticales, por decirlo así, la persona frente al Estado. Sin embargo, sus efectos en el moderno constitucionalismo también se expande en forma horizontal, es decir plantean exigencias, limitaciones y deberes de la persona con respecto a otra, y en donde el Estado se modela no como un mero observador, sino como veedor del respecto de esos valores que encierran los derechos fundamentales. En ese sentido, los derechos del consumidor y usuario exigen un determinado comportamiento del proveedor frente al consumidor y usuario. Son derechos que configuran una relación entre dos sujetos el proveedor y consumidor o usuario, a estos últimos se le reconoce una serie de derechos subjetivos a los primeros una serie de deberes y obligaciones que garantizan los derechos de los primeros.

4.2. Sujetos de Protección

La cláusula constitucional contenida en el artículo 65 establece dos sujetos de protección: consumidor y usuario, a diferencia de la mayoría de disposiciones constitucionales de otros Estados que bajo el término consumidor, engloban ambos. Esta es una especificidad que hay que tomarla en serio. Los términos consumidor y usuario en el texto constitucional configuran términos abiertos, indeterminados, que en nuestra opinión, tratándose de un derecho fundamental, su ámbito de aplicación referido al sujeto, debe ser cuidadosamente explicado. Esta ambigüedad ha venido siendo resuelta por las diferentes sentencias del Tribunal Constitucional y las decisiones administrativas no sin controversias, como veremos.

a. *Primera ambigüedad: quién es el consumidor y usuario*

En el ámbito de los derechos del consumidor ocurre, como en la mayoría de derechos que tienen que ver con la producción, la ganancia

y utilidad, como es en el derecho laboral, derecho empresarial, y otros, que se manifiestan dos tendencias claras al momento de discutir su contenido constitucional. Por ejemplo, en el derecho laboral suele haber el enfoque pro empleador y pro trabajador al interpretar las normas sobre la estabilidad, despido y beneficios laborales. Dependiendo en qué lado uno se sitúa en el razonamiento, para otorgar mayor o menor fundamentos suficientes para resolver, sobre todo cuando hay litigios. Lo mismo ocurre en el Derecho del Consumidor, la tendencia pro consumidor es bien marcada como lo es también la tendencia pro empresario. Generalmente, esta última tendencia olvida el carácter tuitivo que tiene el Derecho del Consumidor, sobre todo cuando explicamos que este derecho es parte de los pilares en que se cimienta una República democrática y social, como es la nuestra.

Estas tendencias en el Derecho Consumidor se expresan, por ejemplo, a la hora de definir lo que es consumidor o usuario. Para unos, el concepto de consumidor y usuario deben ser lo más restringido posible supuestamente para poder defender su interés y derechos, para otros no, cuando más amplio es su ámbito conceptual más amplio en su protección.

Sobre este aspecto, sobre la interpretación y protección de los derechos, tratándose del Estado, incluyendo a sus funcionarios, éste no puede ser neutral sino imparcial. Me explico: en el ámbito de la interpretación de los derechos, el Estado por mandato de la Constitución tiene el deber de promover, proteger y garantizar los valores, principios y contenidos de los derechos fundamentales, pues así está diseñado el modelo de una República, democrática y social como es la nuestra, por ello, los principios *pro homine* y el *indubio pro personae* prevalecen sobre cualquier otra consideración. Lo que sí estamos de acuerdo es que el Estado, sus órganos y funcionarios, deben ser imparciales cuando existan litigios o controversias con respecto al ejercicio de esos derechos.

En la doctrina se emplea el término consumidor en tres sentidos: genérico o abstracto, concreta, y restrictiva. El sentido genérico o abstracto, identifica al consumidor como todo ciudadano que como tal aspira a satisfacer sus necesidades, mejorando sus estándares de vida. Esa idea genérica o abstracta es la que se emplea en los primeros inicios del

derecho del consumidor. Por ejemplo, así se establece en la Resolución del Comunidad Económica Europea de 1975 y que sirve de antecedente de estos derechos. Esta noción ayuda a establecer políticas públicas de protección del consumidor, acudiendo al deber que tiene el Estado de proteger sus intereses, en ese sentido justifica la protección de los derechos difusos del consumidor en general.

Sin embargo, hay otro concepto de consumidor que la doctrina le denomina la concepción concreta de consumidor, la misma que a la vez incluye una concepción amplia y estricta. Esa concepción permite justificar el derecho consumidor como derecho subjetivo. En la primera, consumidor es todo aquel que participa en el mercado de bienes y servicios como cliente, es decir adquiriendo, comprando bienes y servicios. No interesa si el bien adquirido sea para el uso final, personal o familiar del comprador, es el caso del empresario que compra bienes para dedicarle a sus fines empresariales. En la concepción estricta, consumidor es aquella persona natural o jurídica que adquiere bienes y servicios para su utilización final, para su consumo directo e inmediato. En esta concepción, solo será consumidor la persona que está al final, en la parte última del proceso de producción, el sujeto que adquiere el bien para su uso directo y final, y no como valor de intercambio.

En el caso peruano, la doctrina y la jurisprudencia influenciada por ese ánimo restrictivo, ha sostenido la idea estricta de consumidor, es decir aquél que adquiere un bien para su uso final y directo, adicionando a ello, la tesis de que para que el Estado proteja sus derechos, este consumidor deberá ser catalogado como consumidor razonable, consumidor diligente. Para esta tesis si se cumplen los estándares del consumidor razonable, éste es el que debe ser protegido y defendido en sus derechos e intereses.

Así, lo entendió INDECOPI en sus diversas jurisprudencias. Para esta institución consumidor razonable es “(...) una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquier persona que realiza una operación de intercambio en el mercado”⁽²⁾. En otras palabras, consumidor

⁽²⁾ Ver: Resolución N.º 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI

razonable es *aquel que antes de tomar una decisión de consumo, adopta precauciones comúnmente razonables y se informa adecuadamente sobre los bienes y servicios, siendo sus principales fuentes de información el documento o medio que contiene los términos y condiciones en los que se contrata el producto o servicio, el lugar de contratación, la publicidad, la información contenida en el rotulado o envase del producto, las marcas de los mismos, los precios, etc.*⁽³⁾

Esta interpretación restrictiva de la definición de consumidor, no toma en cuenta nuestra realidad social, económica y cultural, en donde el consumidor es una persona, muchas veces analfabeta, o con muy poca educación o baja autoestima. Y, aun siendo una persona educada, con un mínimo de razonabilidad en sus decisiones, su condición de aborigen, perteneciente a una etnia, o con una diferencia idiomática distinta a la del castellano, lo hace particular en sus preferencias y particular en su posibilidad de comprender a cabalidad las condiciones contractuales de circulación de los bienes y servicios o los contenidos de los productos que adquiere en el mercado. La consecuencia práctica de esta interpretación restrictiva, sería la de proteger a un grupo selecto, minoritario de sectores de las clases medias y ricas peruanas, “los consumidores diligentes”, el “good man” de la doctrina anglosajona.

Otra discusión que se generó fue si el consumidor o usuario solo podría ser una persona natural, excluyendo de su denominación a las personas jurídicas sin importar su tamaño, participación en el mercado u otra consideración.

Estamos en una área en donde fabulosas fuerzas económicas están en pugna, esta tensión entre un modelo de economía excesivamente liberal, todo lo puede la autonomía de la voluntad y la libertad contractual pretende ser omnímoda, incluso también a la hora de definir lo que es consumidor, restringiendo al máximo el contenido del concepto de consumidor y otros la expanden conforme a una realidad y posición económica, pues precisamente el reconocimiento de la calidad de consumidor a una sujeto implica otorgarle protección y defensa de

(3) Ver: Resolución N.º 0866-2008-/TDC INDECOPI, del 6.05. 2008. Recaída en el Expediente N.º 1351-2007/CPC

sus derechos. Esa pugna se ha traducido, también en el ámbito de los mecanismos de su protección, por ejemplo, en la regulación de la vía procedimental, como luego señalaremos.

Esta discusión saludable para el novísimo Derecho del Consumidor, en el caso peruano ha venido siendo dilucidada por la doctrina del Tribunal constitucional, el mismo que ha definido al consumidor como: “El consumidor –o usuario- es el fin de toda actividad económica, es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza y disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos en el mercado. Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación que éste entabla con un agente proveedor –independientemente de su carácter público o privado-; sea en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, sea en calidad de destinatario de alguna forma de servicio. En consecuencia, la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generales por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento.”⁽⁴⁾

Posteriormente, el Código de Protección y Defensa del Consumidor ha establecido que consumidor es:

“1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.
1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

(4) Ver: Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, ff.jj. 28 y 29.

4.3. En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta”⁽⁵⁾

Por otro lado, se puede identificar al consumidor como aquel que se encuentra en una relación de consumo, es decir, *la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata in servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III* ⁽⁶⁾

a. Segunda ambigüedad: Consumidor de qué producto. Usuario de qué servicio

Si bien la Constitución no ha determinado el origen del producto, podríamos decir que el consumidor puede ser de un producto originario, fabricado, elaborado, manipulado, acondicionado, mezclado, envasado, almacenado, por un proveedor sin previa calificación, es decir puede ser de una empresa privada, mixta, pública, comunal, cooperativa, grande, mediana, pequeña o micro empresa, a condición que el producto sea puesto en el mercado y que su actividad del proveedor sea habitual.

Por otro lado, el usuario es de cualquier servicio que se brinde en el mercado: sea éste de naturaleza privada, mixta, o pública. Así, por ejemplo, tenemos usuarios del servicios públicos pero gestionados privadamente, por ejemplo el servicio de telefonía, de electricidad, cuyos proveedores son privados.

Los usuarios de servicios públicos cuyo proveedor es el Estado, aquí habría una ambigüedad manifiesta. Calificará el servicio público genérico que brinda el Estado en el ámbito del artículo 65 de la Constitución, por ejemplo servicios educativos, servicios de salud, servicios de justicia, nuestra condición es que si bajo la condición de que el servicio se brinde en el mercado, bajo las reglas de prestaciones y contraprestaciones. Si alguien se pregunta si el Estado puede brindar servicios públicos regulados por el mercado y por tanto sujetos a las reglas de protección del

⁽⁵⁾ Ver Artículo IV del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N.º 29571.

⁽⁶⁾ Ver: Art. IV.5 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571.

usuario del Artículo 65, habría que recordar que el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución, lo autoriza previa ley expresa.

Sin embargo, hay que indicar brevemente que los usuarios de los servicios públicos no ofertado en el mercado, servicios de salud, hospitales, seguro social, sistema de justicia, recojo de basura, entre otros, deberían ser protegidos por los mecanismos internos de los entes que brindan estos servicios, servicios de control y auditoría y por la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, la indefensión de los usuarios por el deficiente servicio es clamorosa, sobre todo en los servicios de salud pública. En mi opinión hay una laguna normativa de orden Constitucional que permita la fiscalización y control de los servicios públicos brindados por el Estado, no basta indicar la naturaleza democrática y social del Estado peruano, (artículo 43) no es suficiente indicarle sus deberes (artículo 44) si no existen las garantías institucionales y procedimentales para hacerlos exigentes, en particular en los referente a sus servicios.

Existen usuarios de servicios cuyo proveedor es de naturaleza mixta, por ejemplo los servicios de agua y desagüe.

Esta es una indicación muy importante pues debemos recordar que hay organismos constitucionales y administrativos *infra* constitucionales que expresamente tienen el encargo de asegurar la defensa de los usuarios en su ámbito. Así por ejemplo: el artículo 162 de la Constitución establece que la Defensoría del Pueblo tiene competencia para “*supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.*” Asimismo el artículo 87 de la Ley Fundamental establece que la Superintendencia de Banca y Seguros ejerce control de los servicios financieros, pero en la práctica no puede dictar medidas correctivas, hay lagunas normativas que no permiten la fiscalización de las diversas cooperativas del ámbito financiero.

A nivel infraconstitucional se han desarrollado una frondosa institucionalidad, en su mayoría inoperante, de defensa de los usuarios de servicios públicos o de naturaleza mixta. Veamos:

- **SUNEDU**, Superintendencia Nacional de la Educación Superior Universitaria, creada en la Ley Universitaria, Ley N° 30220. Fue

constituida para proteger el derecho de los estudiantes de universidades públicas o privadas, a recibir una educación universitaria de calidad y, de esta manera, mejorar sus competencias profesionales. Es responsable del licenciamiento para ofrecer el servicio educativo superior universitario con los estándares de calidad que se requiere. Es un organismo público técnico especializado, adscrito al Ministerio de Educación, se encarga también de verificar el cumplimiento de la Condiciones Básicas de Calidad y fiscalizar si los recursos públicos y los beneficios otorgados a través del marco legal son destinados hacia fines educativos y el mejoramiento de la calidad. Normar y supervisar las condiciones básicas de calidad exigibles para el funcionamiento de las universidades, filiales, facultades, escuelas y programas de estudio conducente a grado académico, así como revisarlas y mejorarlas periódicamente. Fiscaliza si los recursos públicos, la reinversión de excedentes y los beneficios otorgados por el marco legal a las universidades han sido destinados a fines educativos, en el marco de las normas vigentes sobre la materia y en coordinación con los organismos competentes, con el objetivo de mejorar la calidad. Proponer al Ministerio de Educación, las políticas y lineamientos técnicos en el ámbito de su competencia.

- **SUNASS**, Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento en el ámbito de los servicios de agua potable, es un organismo público descentralizado, creado por Decreto Ley N.º 25965, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Tiene facultades de normar, regular, supervisar, fiscalizar y sancionar, y de solucionar las controversias y reclamos de los usuarios. Comprende la facultad exclusiva de dictar en el ámbito de su competencia, reglamentos, directivas y normas de carácter general aplicables a intereses, obligaciones o derechos de las Empresas Prestadoras o actividades bajo su ámbito o de sus usuarios. Asimismo, comprende la facultad de dictar mandatos u otras disposiciones de carácter particular. También, comprende la facultad de tipificar infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas en normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión bajo su ámbito, así como

por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por la Sunass.

- **OPSITRAN**, es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público creado en enero de 1998, mediante Ley 26917. Es un organismo público descentralizado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Tiene como funciones generales supervisar, regular, normar, fiscalizar, sancionar, solucionar controversias y atender reclamos, respecto de actividades o servicios que involucran la explotación de la infraestructura de transporte de uso público y su mercado, incluida la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo.
- **OPSITEL**, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público especializado, regulador y descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, que cuenta con autonomía técnica, administrativa, económica y financiera. Creado en 1991 mediante Decreto Legislativo N.º 702, inicio sus actividades después de 3 años, cuando se instaló su primer Consejo Directivo el 26 de enero de 1994. Goza de funciones normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias, solución de reclamos de los usuarios.
- **OSINERMIN**, es el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, una institución pública encargada de regular y supervisar que las empresas del sector eléctrico, hidrocarburos y minero cumplan las disposiciones legales de las actividades que desarrollan. Se creó el 31 de diciembre de 1996, mediante la Ley N.º 26734, bajo el nombre de Osinerg. Inició el ejercicio de sus funciones el 15 de octubre de 1997, supervisando que las empresas eléctricas y de hidrocarburos brinden un servicio permanente, seguro y de calidad. A partir del año 2007, la Ley N.º 28964 le amplió su campo de trabajo al subsector minería y pasó a denominarse Osinergmin. Por esta razón, también supervisa que las empresas mineras cumplan con sus actividades de manera segura y saludable. Osinergmin tiene

personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera. Las labores de regulación y supervisión de esta institución se rigen por criterios técnicos, de esta manera contribuye con el desarrollo energético del país y la protección de los intereses de la población.

- **SUSALUD**, la Superintendencia Nacional de Salud, es la institución encargada de proteger los derechos de salud, para lo cual orienta sus acciones a empoderar y colocar al ciudadano en el centro del sistema de salud nacional, sin importar donde se atienda o su condición de aseguramiento. La Superintendencia Nacional de Salud, en el marco de la reforma de la salud cambia de denominación el 6 de diciembre de 2013 a través del Decreto Legislativo N.º 1158, publicado en el diario oficial El Peruano. SUSALUD tiene potestad para actuar sobre todas las Instituciones Prestadoras de Salud (IPRESS) así como las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS), públicas, privadas y mixtas del país.
- **INDECOPI**, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) fue creado en noviembre de 1992, mediante el Decreto Ley N.º 25868. Tiene como funciones la promoción del mercado y la protección de los derechos de los consumidores. Además, fomenta en la economía peruana una cultura de leal y honesta competencia, resguardando todas las formas de propiedad intelectual: desde los signos distintivos y los derechos de autor hasta las patentes y la biotecnología. El INDECOPI es un Organismo Público Especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de derecho público interno. En consecuencia, goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa (Decreto Legislativo N.º 1033).

4.4. Derechos expresos del consumidor y usuario

El artículo 65 de la Constitución menciona expresamente tres (3) derechos fundamentales que debe protegerse a los consumidores y usuarios: derecho a la información, derecho a la salud y derecho a la seguridad.

a. *Derecho a la información*

El derecho a la información como derecho del consumidor establecido en el artículo 65 de la Constitución, es una concretización del derecho genérico a la información, establecida en el artículo 2.4 de la misma norma fundamental, que prescribe los derechos genéricos a la información, prensa y comunicación.

El contenido de este derecho a la información a favor del consumidor se refiere a aquella información que un consumidor consideraría relevante para poder decidir entre uno u otro producto o servicio, o simplemente si adquiere un determinado producto o servicio, o no. También está referida a la información requerida por el consumidor para utilizar de manera adecuada el producto o servicio que adquiere.⁽⁷⁾

El derecho a la información que goza el consumidor y usuario, tiene una manifestación práctica, configura un deber de hacer, una prestación privada que asegura un derecho constitucional. Es decir el proveedor está obligado constitucionalmente a brindar, constatar, consignar la información del producto o servicio que pone el mercado para el consumo. Esa prestación de hacer asegura el ejercicio del derecho subjetivo del consumidor y usuario a recibir la información adecuada del producto, (contenido, forma de uso o consumo, efectos, entre otros) para que tome una decisión adecuada en informada.

b. *Derecho a la salud*

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales formalmente establecido en el artículo 2 de la Constitución, y más se le reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refiere los artículos 7 y 9 de la Carta y especialmente en el capítulo sobre el régimen económico, precisamente en el artículo 65. El Tribunal constitucional ha establecido que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto

⁽⁷⁾ Ver Resolución 05-36-2004-/TDC-INDECOPI, del 29 de setiembre 2004, recaída en el Expediente N.º 048-2003/CPC SUR/CUS

física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación, otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.⁽⁸⁾

Ahora bien en el ámbito del derecho de consumidor y usuario, el derecho a la salud implica una obligación práctica del proveedor de asegurar que el bien o servicio que pone en el mercado no afecte la salud de quien lo consume, entonces el fin que se persigue es la de “la acción de conservación” de la salud del consumidor o usuario. Entonces el derecho a la salud que goza el consumidor y usuario, tiene una manifestación práctica, configura un deber de hacer, una prestación privada que asegura el ejercicio de este derecho constitucional cuando se adquiere, usa o consume el producto o servicio. Es decir el proveedor está obligado constitucionalmente a elaborar, fabricar, diseñar, empacar el producto o servicio que pone el mercado para el consumo, sin que este afecte el derecho a la salud de consumidor o usuario. Esa prestación de hacer asegura el ejercicio del derecho subjetivo del consumidor y usuario a su salud en relación al bien o servicio que adquiere. El derecho a la salud tiene conexiones con el Derecho ambiental, situación que solo indicaremos aquí.

c. *Derecho a la seguridad*

Para el Tribunal Constitucional peruano la seguridad se constituye en uno de los aspectos que se encuentra comprendido dentro del orden interno. El derecho a la seguridad es un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza, o reparados

⁽⁸⁾ Ver: Exp. N.º 2945-2003-AA/TC, f.j. 28

en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal, suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que el del Estado y la colectividad se espera.⁽⁹⁾ Así, sostuvo que fundamentalmente, la seguridad y el orden interno comprenden tres aspectos:⁽¹⁰⁾

La seguridad ciudadana (protección a la vida, integridad física y moral, patrimonio, etc.);

- La estabilidad de la organización política (resguardo de la tranquilidad, quietud y paz pública, respeto de la autoridad pública; y
- El resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales (edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, la energía eléctrica, etc.)

4.5. **Derechos innominados del consumidor y usuario**

Si bien en el artículo 65 de la Ley fundamental existe un reconocimiento expreso del derecho a la información, a la protección de la salud y a la seguridad de los consumidores y usuarios, estos derechos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad de los consumidores. Esta prescripción supone un *numerus apertus* en relación a otros derechos que desde una interpretación sistemática se pueden incluir. En ese sentido, el artículo 3 de la Constitución prevé la individualización de “nuevos” derechos, en función de la aplicación de la teoría de los “derechos innominados”, a partir de la defensa de la dignidad humana y de la naturaleza del Estado peruano, como República democrática y social. Bajo tal premisa, el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N.º 716) no solo reguló los derechos vinculados a la información, salud y seguridad, comprendió a otros de naturaleza análoga para los fines que establece el artículo 65 de la Constitución. Por ello, los derechos de acceso al mer-

⁽⁹⁾ Ver: Exp. N.º 3482-2005-HC/TC, f.j. 13

⁽¹⁰⁾ Ver: Exp. N.º 0012-2006-PI/TC f.j. 65

cado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, y otros, se rigen también como derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios.⁽¹¹⁾ Asimismo, los derechos establecidos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, conforman todo ello, todo un bloque constitucional de derechos y garantías de protección del usuario y consumidor. A continuación desarrollaremos algunos derechos que nos parecen indispensables mencionarlos.

a. *Derecho a no ser discriminado*

El derecho a no ser discriminado es un derecho fundamental establecido en el artículo 2.2 de la Constitución. En relación al consumidor tiene sus expresiones particulares. Así la jurisprudencia del INDECOPI ha venido prescribiendo que en los actos de consumo, una conducta es discriminatoria cuando no se aplican las mismas condiciones comerciales a consumidores que se encuentra en situación de igualdad, es decir, cuando no existe una razón objetiva que justifique el trato diferenciado. Acreditar la existencia de ese criterio objetivo es lo que distingue un trato diferenciado de un trato discriminatorio. Constituirá un trato discriminatorio y por tanto ilícito, el trato diferenciado que se sustente en razones meramente subjetivas e injustificadas. Por el contrario, el trato diferenciado o la segmentación de mercado es una conducta lícita siempre que exista una razón objetiva que los justifique.⁽¹²⁾

b. *Derecho a la idoneidad de productos y servicios*

Si bien este derecho no tiene rango constitucional, expresa o implícitamente, podemos asimilarlo al haz de derechos que comprende el deber del Estado de defender los intereses del consumidor y está relacionado al Derecho a la información. Su contenido ha venido siendo desarrollado por el INDECOPI. Así su Sala de Protección del Consumidor ha señalado que “Se producirá un supuesto de falta de idoneidad cuando

(11) Ver: Exp. N.º 008-2003- AI/TC, f.j. 32.

(12) Ver: Resolución N.º 0277-2007/TDC-INDECOPI, del 1 marzo de 2007. Expediente N.º 203-2006/CPC.

no exista coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe, pero a su vez lo que el consumidor espera dependerá de la calidad y cantidad de la información que ha recibido del proveedor. Por lo que en el análisis de la idoneidad corresponderá analizar si el consumidor recibió lo que esperaba sobre la base de lo que le informó al consumidor o usuario. El Derecho del consumidor gira sobre la base de los estándares de la información y de la idoneidad. La idoneidad está referida a las condiciones de comercialización de un bien o la prestación de un servicio, las mismas que deben permitir que se cumpla aquello que el proveedor ha ofertado. De manera que un consumidor espera recibir un bien o un servicio que colme aquellas expectativas por las cuales ha pagado y se le han ofrecido, por lo que cualquier situación contraria dependiente del proveedor, supone una falta de idoneidad”⁽¹³⁾.

4.6. Deberes del Estado de protección del consumidor

La primera parte del artículo 65 de la Constitución contiene un genérico deber especial de protección del consumidor y usuario que asume el Estado, que se traduce entre otros en garantizar “el Derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a sus disposición, así como en velar “en particular, por la salud y la seguridad, por la salud y la seguridad de la población”. Esta concretización del deber especial de protección sobre los derechos e interés de los consumidores y usuarios no se agotan allí, puesto que incluyen las expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales, entre muchos otros factores a tomarse en consideración. A criterio del Tribunal, los deberes impuestos al Estado en el artículo 65º de la norma suprema, subyacen una serie de exigencias que recaen sobre diversos órganos del Estado. En primer lugar, sobre el legislador al que se le impone la tarea, mediante la legislación de crear un órgano estatal destinado a preservar los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios. También la tarea de establecer procedimientos apropiados

(13) Ver: Exp. N.º 1337-2005/TDC- INDECOPI, del 7 de diciembre de 2005. Expediente N.º 125-2004/CPC

para que, en su seno, los consumidores y usuarios puedan, mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos, solicitar la protección de aquellos derechos e intereses. Estos procedimientos no sólo deben facilitar una vía para la satisfacción de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, sino también las reglas conforme a las cuales puedan solucionarse equitativamente los problemas. Al legislador incumbe en efecto, ponderar los diferentes derechos y bienes constitucionales en conflicto, y establecer, como carácter general, los principios y reglas conforme a los cuales deberán resolver las controversias entre agentes económicos y los usuarios y consumidores.⁽¹⁴⁾

Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido en sus diferentes interpretaciones jurisdiccionales un haz de deberes del Estado con respecto al consumidor y usuarios a saber:

- Reconoce y efectiviza un conjunto de garantías destinadas a asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales y el derecho a la propiedad de los agentes económicos.
- Defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras. Tal responsabilidad conlleva la aplicación del principio pro consumidor, generando así que en todo acto de creación, interpretación e integración normativa que se efectúe en nuestro ordenamiento, debe operar el criterio de estarse a lo más favorable al consumidor; es decir, a un especial deber ser de protección.
- Interviene subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios, sólo cuando se encuentre fehacientemente acreditado que por acción o inacción de la iniciativa privada, dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población.
- Formula planes y programas en materia económica, con sujeción a los principios y valores democráticos (participación, representación y consenso con los agentes económicos).

⁽¹⁴⁾ Ver: Exp. N.º 0858-2003-AA/C, f.j. 12.

- e) Establece políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población; la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios.⁽¹⁵⁾

4.7. Principios de Defensa del Consumidor y Usuarios

La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los órganos administrativos y el Código de Defensa y Protección del Consumidor, han venido desarrollando diversos principios de defensa del consumidor y usuarios, que brevemente exponemos a continuación:

- **El principio pro consumidor.** Dicho postulado plantea la acción tuitiva del Estado a favor del consumidor y usuario en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios.
- **El principio de proscripción del abuso del derecho.** Esta proposición plantea que el Estado combata toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contractuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios.
- **El Principio de isonomía real.** Este postulado plantea que las relaciones comerciales entre proveedores y los consumidores y usuarios se establezcan en función del trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales.
- **El principio de restitutio in integrum.** Esta proposición plantea que el Estado resguarde el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores y usuarios en el marco de una relación comercial.
- **El Principio de transparencia.** El postulado plantea que el Estado asegure que los proveedores generen una plena accesibilidad de información a los consumidores y usuarios, acerca de los productos y servicios que les ofertan.

⁽¹⁵⁾ Ver: Exp. N.º 0018-2003-AI/TC, ff.jj.2. párr.: 3, 4, 5, 6, 7 y 8.

- **El Principio de veracidad.** Este plantea que el Estado asegure la autoridad y realidad absoluta de la información que el proveedor transmita a los consumidores y usuarios en relación con las cualidades y propiedades o características de los productos y servicios que las ofertan.
- **El Principio In dubio pro consumidor.** Este postulado plantea que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas. Alude a una proyección del principio pro consumidor.
- **El principio de economía de mercado y consumidor.** Este principio supone la relación estrecha entre la economía de mercado y la defensa de los valores y dignidad de la persona, traducida en el consumidor y usuario.
- **El principio pro asociativo.** Plantea que se facilite la creación y actuación de asociaciones de consumidores o usuarios, para que estos puedan defender corporativamente sus intereses.⁽¹⁶⁾

4.7. Carácter social del derecho al consumidor

Si bien el derecho al consumidor comprende un haz de derechos fundamentales, tales como el derecho a la información, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad, el derecho a la no ser discriminado, y todos los demás derecho conexos a ellos, su naturaleza dentro de la clasificación de los derechos, lo configuramos como un derecho social sustentado en que comprende la protección de ciertos grupos humanos que siendo parte de la sociedad, pueden ser discriminados, afectados, excluidos por prácticas del mercado o de un sector de la economía, agravando sus bienes, intereses y expectativas. Y, por otro lado, siendo que los derechos consumidor, sitúa al Estado si bien en su rol de promotor y protector los derechos del consumidor, los propios derechos reconocidos a estos expresan la dimensión horizontal del ejercicio y protección de los derechos, en este caso de la relación privada entre el proveedor

⁽¹⁶⁾ Ver: Exp. N.º 3315-2004-AA/TC, f.j. 9.

y el consumidor, y su finalidad es restablecer la igualdad (informativa, contractual, de trato comercial, entre otros) que se expresa en prácticas o prestaciones del ofertante o proveedor en relaciones con las necesidades del demandante. Por ejemplo, el proveedor deberá cuidar que el producto no este confeccionado, empaquetado, o presentado afectando a salud o seguridad del consumidor, en ese contexto, tanto uno como el otro, ponen al Estado como garante de protección de los derechos de la parte más débil de la relación de consumo.

4.8. Fortalecer las garantías primarias y secundarias

Si bien el concepto de garantía en el ámbito del derecho proviene del derecho civil, de raíces romano-germano, especialmente aquél que respalda las obligaciones reales y personales, Ferrajoli recogiendo esta tradición y aplicándola al derecho constitucional (CARBONELL, 2009) precisa que garantía como concepto general puede entenderse como toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiéndose como derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva (de beneficiarse de una prestación realizada por el obligado por la norma) o negativa (de no lesionar o de abstenerse de obrar o accionar conforme a la norma). (FERRAJOLI, 2010).

Cuando el derecho subjetivo se traduce en una obligación de no hacer por parte de uno o más sujetos nos encontramos ante una garantía negativa, que precisamente ordena a los sujetos obligados a abstenerse de realizar ciertas conductas. Contrariamente, si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de hacer estamos frente a una garantía positiva, es decir la norma que obliga, ordena, manda a realizar a otros, comportamientos activos (prestación de obrar o de satisfacción, prestaciones de previsión, prestaciones de prevención o de disposición) a favor del que es portador del derecho subjetivo.

Ferrajoli también plantea una categorización de las garantías como primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras son aquellas obligaciones previstas como conductas de hacer o no hacer, prescritas como contenidos de las normas jurídicas que garantizan esos derechos subjetivos. Las segundas, son las obligaciones que

tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos (a los que corresponde una sanción) o actos no válidos (a los que corresponde una anulación) que violen las garantías primarias. Carbonell señala que desde ese sentido, las garantías secundarias requerirían para su activación y entrada en funcionamiento al menos de una presunta violación a las garantías primarias, de las cuales serían dependientes. Sin embargo, las garantías primarias son normativas y conceptualmente autónomas, por lo que pueden existir aún en ausencia de las garantías secundarias. El reconocimiento de la autonomía de las garantías primarias respecto de las secundarias apoyaría uno de los principales postulados de la teoría garantista de Ferrajoli, que consiste en distinguir entre los derechos subjetivos y sus garantías (CARBONELL, 2009).

En este contexto argumentativo, consideramos que el ordenamiento jurídico peruano, debe fortalecer las garantías primarias y secundarias de protección de los derechos del consumidor. En ese sentido planteamos.

4.9. Establecer un órgano autónomo constitucional de protección al consumidor

Es indudable que en el Perú en los últimos veinte años ha habido avances sustanciales en la defensa del consumidor y usuario, a partir de la aplicación de las normas constitucionales. Así, vemos que contamos con un desarrollo normativo coherente con lo que estipula norma constitucional, Código de Protección y Defensa del Consumidor, leyes de especiales, procedimientos, entre otros, Asimismo, la institucionalidad administrativas ha tenido en INDECOPI un pilar fundamental en esa tarea. Sin embargo, la expansión de la economía, de los avances tecnológicos, del acceso de millones de nuevos consumidores y usuarios al consumo de los productos que compiten en el mercado, exige a algunos cambios precisamente para fortalecer y garantizar el deber del Estado de proteger los intereses y derechos del consumidor.

La actual configuración de la defensa de los usuarios frente al servicio público por parte de la Defensoría del Pueblo como ordena la Constitución aparentemente no da resultados en el sentido de identi-

ficar y mejorarla calidad y cobertura del servicio, probablemente por la propia naturaleza casi consultiva de la Defensoría, sin competencia sancionadora. De igual forma, las limitaciones de la Superintendencia de Banca y Seguro de cumplir con un deber constitucional de proteger al usuario del servicio financiero, probablemente sumido al intereses de grupos financieros nacionales e internacionales y a omisiones o lagunas normativas. Asimismo, la amplísima red de organismos reguladores de protección del consumidor y usuario, que incluso reciben fondos de las empresas operadoras de los servicios para mantener su operatividad, hace inoperativos y pocos legítimos su actuación frente al interés del consumidor o usuario. Lo que si hay que reconocer es la gran labor de defensa y protección de los derechos subjetivos del consumidor a través del INDECOPI tras más de veinte años de existencia, sin embargo siendo INDECOPI una institución descentralizada que vela por la libre competencia, marcas, patentes, siendo una de sus competencias la protección del consumidor, sus órganos de protección del consumidor se da a través de órganos muy segmentados de la estructura interna de la organización, no especializada en estos temas, y por el contrario preocupado por la competencia, marcas y patentes entre otros, los hace sujeto también a las presiones y lobbies que no se hacen patentes, pero si son efectivos para lograr sus resultados.

Asimismo, esta extensa red de organismos supuestamente protectores del consumidor y usuario uno dependen del Ministerio de la Presidencia, otros del Ministerio de Educación o del Ministerio de Salud, y por tanto carecen de la visión global de las relaciones económicas y jurídicas que provienen de la relación de consumo, o deciden en forma dispar. A pesar que el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor ha establecido un Consejo Nacional de Protección del Consumidor con representación de todo los sectores y amplias competencias y ha creado una Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, estas iniciativas normativas a ocho años de su creación, a la fecha no exhiben mayor resultados.

Por ello, planteamos la creación de la Superintendencia del Defensa del Consumidor (SUNADCO) como órgano autónomo constitucional con facultades de iniciativa normativa, reguladora, supervisora, fiscal-

lizadora y sancionadora, y de solución de controversias y reclamos, con procedimiento de reclamación y medidas correctivas, ante las prácticas transgresoras de los derechos del consumidor y usuario. De igual forma que promueva políticas públicas integrales e inclusivas de personas con diversas capacidades, que haga participe de estas del acceso del mercado y disfrute de los derechos económicos y sociales como consumidores.

V. Conclusiones

A manera podemos arribar algunas conclusiones sobre los contenidos constitucionales del artículo 65 de la Constitución peruana, siendo estas:

- El artículo 65 de la norma fundamental establece los deberes del Estado ante la protección de los intereses del Consumidor y Usuario.
- La norma constitucional antes indicada, contiene conceptos de consumidor y usuario que son indeterminados que han sido precisados por el Tribunal Constitucional, Indecopi y el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- En los últimos años se ha desarrollado de las garantías primarias y secundarias de los derechos de consumidor, legislación administrativa, órganos e instituciones y procedimientos. Sin embargo, se viene manifestando una seria des legitimidad de los organismos reguladores que a excepción de INDECOPI, ofrecen deficiencia y falta de iniciativa en la defensa del consumidor y usuario.
- En tal sentido es necesario establecer una Superintendencia Nacional de Defensa del Consumidor, un órgano de rango constitucional que centralice o al menos coordina con la amplia red institucional con competencias para defender y proteger a los consumidores y usuarios en el Perú.

VI. Lista de referencias

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, (2004). Principios de Derecho Público Económico. Lima: Ara Editores.

- CARRANZA ALVAREZ, César (2007). Temas Actuales de Derecho del Consumidor. Lima: Normas Jurídicas.
- CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (2005) Garantismo, Estudios sobre el Pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Edit. Trotta.
- FERRAJOLI, FERRAJOLI, L.
(2001). Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta
(2010). Principio Iura. Ts.I.II.III. Madrid: Trotta.
(2013). Democracia en Derechos. Madrid: Edit. Trotta.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, (2006). Derecho de los Consumidores. Lima: Editorial Rodas.
- GARCIA BELAUNDE, (2016). Las Constituciones del Perú. Lima: 3.^a edic. Revisada, corregida y aumentada. Edit. Jurado Nacional de Elecciones.
- GACETA, (2010). Los Derechos Fundamentales.- Estudios de derechos fundamentales desde las diversas especialidades del Derecho, Lima.
- INDECOPI (2014). II Foro Internacional sobre Protección al Consumidor. Lima.
- INDECOPI (2015). Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito.- Jurisprudencia del Indecopi, Lima.
- KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, (2009). Derecho Constitucional Económico. Lima: Editorial PUCP.
- SUMAR, Óscar (Editores), (2011). Ensayos sobre Protección al Consumidor. Lima: Edit. Universidad Pacífico.
- UGARTE DEL PINO, Juan Vicente (1978). Historias de las Constituciones del Perú, Lima: Edit. Andina.
- VILELA CARBAJAL, Jorge Eduardo. (2008). La Protección al consumidor en la jurisprudencia del INDECOPI. Lima: Edit. Griley.
- VILLARAN, Luis Felipe, (2016). La Constitución peruana comentada. Lima: Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucionales del Perú.