

El verdadero alcance normativo de la Legislación de Competencia frente a los Derechos del Consumidor

Julio Durand Carrión*

SUMILLA

Este artículo constituye un análisis funcional y sistémico desde la perspectiva constitucional para demostrar que el abuso de posición de dominio en el mercado no solo es de carácter exclusorio, sino también explotativo, toda vez que lo que subyace en el esencia en la legislación de competencia es Protección del Consumidor, porque todas las normas destinadas a promover la concurrencia empresarial, de una u otra forma, tienen siempre como destinatario y beneficiario final al consumidor, por ello en la Constitución de 1993, se trasladó el eje de gravedad de la economía a la relación entre empresa y consumidor.

1. Alcance normativo de la legislación de Libre Competencia

La legislación de Libre Competencia y en especial el Decreto Legislativo N° 1034 es en esencia una legislación represora de conductas que atentan contra el desarrollo de actividades económicas y que afectan el mercado como eficiente asignador de recursos, perjudicando por ende a los consumidores que son la razón de ser del sistema y que tanto la sociedad como el Estado no están dispuestas a tolerar.

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

Artículo 61°.- “El Estado facilita y vigila la Libre Competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna Ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...).”

En este sentido, cabe señalar que la prohibición de las prácticas monopólicas y el abuso de posición de dominio en el mercado que establece el artículo 61° de la Constitución constituyen conductas que en el fondo afectan al consumidor porque el bienestar del consumidor en el mercado, está en función de los precios, la eficiencia productiva, la adecuada asignación de recursos, entre otras prerrogativas de la Libre Competencia, de tal manera que es totalmente válido que cualquier conducta de un agente económico que de una u otra manera tienda no solo a impedir, restringir o falsear la competencia, sino también a presionar al consumidor con condiciones de comercialización absurdas y abusivas, pueda ser sancionado por la autoridad competente, en nuestro caso INDECOPI, dejando de lado interpretaciones restrictivas, limitadas y alambicadas de la Ley que puedan eventualmente dejar de lado las *conductas explotativas* de los agentes económicos en el mercado.

La legislación antimonopólica si bien es cierto está dirigida a promover la competencia y evitar la comisión de actos colusorios y restrictivos; busca finalmente que los agentes económicos no presionen el mercado y no afecten con su actividad

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Escuela de Graduados de la PUCP, la Facultad de Derecho y Escuela de Postgrado de la USMP y la Escuela de Postgrado en Derecho de la UNMSM. Ex Vicepresidente de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI. Premio Nacional a la investigación universitaria, nivel doctoral, área humanidades, 2007 de la Asamblea Nacional de Rectores.

empresarial el interés de los consumidores que son quienes dan vida al mercado a través de sus innumerables actos de consumo.

Un gran sector de la doctrina considera que el objetivo central de las normas de la Libre Competencia es el consumidor entendido como el centro de referencia en las relaciones económicas y sociales que se crean en la sociedad.

El abuso de la posición de dominio en el mercado, es una figura calificada por el Derecho de la Competencia como nociva para el correcto funcionamiento del mercado. Es, en esencia, la descripción de una conducta prohibida, cuya realización podría determinar la imposición de una sanción. El carácter punitivo que acompaña a la realización de la conducta demanda también, como es obvio en un estado de derecho, la mayor de las precisiones en la interpretación de su contenido y alcance a los efectos de no generar indefensión en las personas que pudieran realizar la conducta, sin una clara conciencia previa del carácter prohibido de la misma¹. Por lo tanto, es necesario hacer una aproximación metodológica del tema desde la perspectiva de una interpretación sistémica constitucional para darle un sentido coherente de legitimidad, más aún cuando la vinculación de la norma- Decreto Legislativo N° 1034- cuya interpretación se pretende está directamente relacionada con la Constitución y el proceso de identificación de dicha relación no requiere de mayor esfuerzo. El Decreto Legislativo en referencia se armoniza y sintoniza con éste, toda vez que la Constitución Política del Perú, específicamente en su artículo 61°, se ocupa expresamente del abuso de la posición de dominio en ambas modalidades. En líneas generales, la vinculación que existe entre la norma constitucional y la norma de rango legal es directa y, como tal, debe ser el punto de partida obligado de cualquier proceso de interpretación en nuestro ordenamiento jurídico.

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo N° 1034 tiene dos grandes vertientes, sobre las cuales se ha establecido la normatividad y están constituidas por el abuso de posición de dominio en el mercado, y; por otro lado, por las prácticas restrictivas de la Libre Competencia, y en ese ámbito si bien es cierto se sancionan a las empresas a veces con fuertes multas, debemos entender que lo que subyace al interior como el fin ulterior de la norma es la competencia en el mercado, en tanto no se afecte

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

2. Las Conductas Anticompetitivas

La Ley de Libre Competencia, es decir el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se ha estructurado sobre la base de las llamadas prácticas colusorias o restrictivas de la competencia por un lado y el abuso de posición de dominio, por el otro. Dichas conductas están establecidas en los artículos 8°, 9°, 10° y 11° del Decreto Legislativo N° 1034, en el cual se señala a su vez la naturaleza de las prohibiciones absolutas y relativas y las prácticas colusorias verticales y horizontales.

No obstante, la prohibición del abuso de posición de dominio en el mercado contenida en la Ley actual, estaba ya contenida en los artículos 3° y 5° del Decreto Legislativo N° 701, es decir la Ley de competencia anteriormente vigente, e incluía tanto las *conductas exclusorias* -es decir, aquellas dirigidas a excluir a los competidores del mercado- como las *conductas explotativas*- es decir, aquellas dirigidas a ejercer de manera abusiva la posición de dominio para explotar a los consumidores, lo que es consistente con el origen comunitario europeo de la legislación nacional en la materia y nuestro marco constitucional que sanciona el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

El Tribunal Constitucional, consistente con esta interpretación ha sostenido que la protección de consumidor es una obligación que no puede ser mediatizada con interpretaciones antojadizas o restrictivas de la Ley; y consistente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República que también se ha pronunciado por

¹ Rojas Leo, Juan Francisco. El Abuso de Posición de Dominio en la Legislación Nacional. En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, Año 1 Numero 1. INDECOPI, 1995, p. 83

sancionar las prácticas explotativas de los agentes económicos. Sin embargo, el artículo 10,2 del Decreto Legislativo N° 1034 solo prescribe las conductas de abuso de posición de dominio de carácter excluyente sin tomar en cuenta las de carácter explotativo, por ello consideramos que es preciso en este artículo revisar una resolución de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI, expedida en el año 2004.

En doctrina las conductas que constituyen abuso de posición de dominio en el mercado son: conductas de exclusión y conductas de explotación. Las primeras están destinadas a excluir a los competidores con el fin de consolidar una posición de dominio, sacándolos de plano competitivo; en cambio las segundas están destinadas a explotar directamente a los consumidores con el fin de aprovechar de manera abusiva de una posición de dominio existente que le permite establecer singulares formas de operación en el mercado en clara desventaja para los consumidores, sin tener en cuenta que no solamente los consumidores se benefician con un sistema que privilegie la competencia efectiva en los mercados, y más aún en países como el nuestro, donde los mercados son comúnmente concentrados, abastecidos por pocos proveedores. En este tipo de mercados, las empresas con cuotas de mercado significativas, pueden revertir la fuerza naturalmente atrayente a la inversión e innovación que tiene un mercado transparente, a través de conductas unilaterales de abuso de su posición de dominio o a través de prácticas o acuerdos restrictivos, con efectos excluyentes de competidores y explotativos para los consumidores. Ya sea con herramientas ilegales como la fijación de precios predatorios o las ventas atadas; o con instrumentos jurídicos que en otras circunstancias podrían ser legales, como los convenios de distribución exclusiva, cláusulas de no competencia en un territorio determinado; o el sometimiento abusivo de los consumidores a productos de baja calidad, discriminación, limitaciones a su libertad de elección presionándolos para adquirir un productos adicionales u accesorios que realmente no necesitan a través de enmascaramientos publicitarios u otras sutiles formas de comercialización abusiva, entre otros.

Las conductas de exclusión son básicamente los precios predatorios, los contratos ligados o ventas atadas y los descuentos de fidelidad o idealización de clientes de manera irregular, entre otras.

Las conductas explotativas son básicamente la negativa injustificada de contratar, la discriminación

de precios, entre otros. Es preciso señalar que la negativa injustificada de contratar y la discriminación de precios pueden eventualmente tener también efectos excluyentes y las ventas atadas tener también efectos explotativos.

Las conductas explotativas constituyen en esencia una negación de la competencia como mecanismo del equilibrio económico, de promoción y desarrollo del mercado y de protección de los consumidores, para convertirse en una forma muy sutil de actuar fuera del marco real y legal de la competencia, dejando de lado las condiciones naturales que permiten el libre juego del proceso competitivo y por ende el crecimiento del mercado para beneficio de los consumidores. Por otro lado si las conductas de abuso de posición de dominio en el mercado de carácter explotativo atentan contra el derecho de los consumidores y si éste derecho es defendido por el Estado tal como prescribe el artículo 65° de la Constitución, es obvio que dichas conductas si están contempladas en la legislación nacional y más aún en la norma constitucional que sanciona toda practica de esta naturaleza, tal como lo señala el artículo 61°; por lo que, una interpretación constitucional sistemática y coherente nos permite concluir que si están consideradas las conductas explotativas en el esquema legal del Derecho de la Competencia en el Perú.

Podemos señalar entonces que los abusos unilaterales en la conducción de una empresa dominante en un mercado o las practicas o acuerdos que las empresas pueden celebrar, que tengan por objeto o efecto distorsionar o restringir la competencia, afectan a los consumidores y también a los ciudadanos que participan o podrían tener la intención de participar en ese mercado, en tanto alteran las condiciones "naturales" del mismo, dando como resultado la permanencia del control del mercado por parte de una o más empresas.

Los distintos conceptos que la doctrina establece sobre la posición de dominio coinciden en que se trata de una situación en la que no hay competencia efectiva, o bien, en que ésta es escasa, por lo tanto quien la posee se comporta sin tener en cuenta a los demás competidores y a los consumidores

En efecto, la resolución aludida anteriormente, es un singular pronunciamiento de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI del año 2004, Resolución N° 0225-2004 TDC/ INDECOPI reconoció expresamente que el abuso de posición de dominio en el mercado puede expresarse en conductas excluyentes y

conductas explotativas². Esta resolución causó en su momento polémica, no obstante cumplió con demostrar que la institución del abuso de posición de dominio en el mercado peruano estaba y está dirigida a reprimir tanto las conductas exclusorias como las conductas explotativas de dicho abuso, aunque para algunos autores la Ley solo se refiere a conductas exclusorias, a pesar de que no existía en la Ley de ese entonces una disposición expresa en ese sentido y porque consideraban además que es el propio mercado el que debe solucionar los inconvenientes y abusos de posición de dominio que se presenten en el juego de la competencia, sin necesidad de que participe la autoridad competente para corregir los efectos negativos que afecten al consumidor .

La referida resolución del Tribunal aunque sea del año 2004 tiene mucho contenido y propiedad y ha marcado un hito en la jurisprudencia y la teoría del Derecho de la Competencia en el Perú, que por lo tanto merece ser estudiada, comentada y analizada a la luz de la nueva legislación de competencia y las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales sobre la materia. Cabe señalar que dicha resolución, en principio estaba totalmente arreglada a derecho, además de tener un razonamiento legal y una riqueza conceptual acorde con las modernas tendencias del Derecho de la Competencia y la Economía.

En efecto, nuestra Constitución en su artículo 58° garantiza el derecho a la libre iniciativa privada, presupuesto esencial de la economía social de mercado y el constitucionalismo económico y en este sentido se respetan y promueven las iniciativas empresariales y es obvio que todos los agentes tienen el derecho de fijar sus precios, sus condiciones de comercialización, sus márgenes, sus sistemas de mercadeo y distribución y demás prerrogativas que busquen eficiencia y rentabilidad en el negocio, pero es obvio que el ejercicio de estas libertades debe hacerse en concordancia con el marco legal, caso contrario es susceptible de que esta libre iniciativa privada pueda ser ejercida de manera abusiva, bloqueando el mercado, presionando, pervirtiendo y destruyendo la sociedad de consumo y obstaculizando la Libre Competencia, dejando de lado las leyes de la oferta y demanda para reemplazarlas por la voluntad unilateral y arbitraria que termina afectando paradójicamente al consumidor que

es quien precisamente da vida al mercado a través de sus actos de consumo. Asimismo, el artículo 61° de la Constitución establece que el Estado combate toda práctica que limite la Libre Competencia y combate además el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Por lo tanto, existe consistencia sistémica en la resolución de la Sala de Defensa de la Competencia de ese entonces con lo señalado por nuestra Constitución, toda vez que el artículo 61° al expresar que *"El Estado facilita y vigila la Libre Competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas"* incluye conductas abusivas de exclusión y conductas abusivas explotativas, de la posición de dominio en el mercado, puesto que la Ley no hace distinciones al respecto y nadie puede hacer diferencias ahí donde la Ley no las hace.

Además, la posición de dominio que obtiene una empresa, es en esencia una especie de premio y de reconocimiento que le otorga el propio mercado a la iniciativa privada de aquellos agentes económicos que apuestan por el mercado y que estructuran sus propuestas ofertables pensando en el respeto a los derechos del consumidor y en el desarrollo de un mercado creciente y competitivo, pero eso no significa una patente de corso para abusar y establecer prácticas de comercio explotativas, basadas en arbitrariedades, porque la arbitrariedad y el abuso es de suyo sancionable en cualquier sistema, máxime si se abusa del consumidor que es el protagonista del mercado, eso es un principio general que subyace en la esencia misma del derecho y vigente en cualquier sistema jurídico.

De otro lado, la Constitución sanciona el abuso de posición de dominio en el mercado en sus dos modalidades, lo que es consistente con la tendencia mundial de políticas de competencia propias de mercados más desarrollados y competitivo. Por ejemplo, así lo ha reconocido la reiterada jurisprudencia comunitaria europea consolidada incluso en el Proyecto de Constitución de la Unión Europea y en la legislación de países europeos como Alemania y el Reino Unido³.

Por otra parte, el mercado es un proceso en permanente movimiento en el que interactúan las personas poniendo de manifiesto sus intereses, es

² Resolución N° 0225-2004 TDC/INDECOPI del 04-06-04 en denuncia de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y el Congresista Javier Diez Canseco contra las AFP.

³ Ley de Defensa de la Competencia Británica de 1998, prohíbe el abuso de posición de dominio en el mercado, sancionando los precios inequitativos y la limitación de la producción o el desarrollo tecnológico que perjudique a los consumidores.

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

No existe un concepto unívoco de Competencia y la concepción que se tiene de ella obviamente ha evolucionado, pasando desde el comportamiento competitivo de los agentes, la economía de mercado, el interés público, la libertad de precios hasta el desarrollo de los derechos del consumidor frente a la contratación en masa y la nueva cosmovisión del Derecho Contractual en función del mercado actual, cada vez más estandarizado, etc. Para los clásicos la competencia sigue siendo la lucha por algo, la competencia biológica, pero este carácter de pugna, de licitación es una concepción que debe ser superada para pasar a otra que tenga una visión más amplia y más renovadora del mercado, que va más allá del individuo y de la competencia biológica, es aquí donde radica la idoneidad de la competencia y de las políticas públicas para su promoción y desarrollo, donde los procesos de producción, distribución, comercialización, venta y consumo deben analizarse desde un punto de vista social y económico más amplio que vaya más allá de la generación de recursos, de la rentabilidad monetaria y de la competencia salvaje.

Esta cosmovisión implica normas de competencia que tengan coherencia sistémica, es decir que estén de acuerdo con el texto constitucional; que tengan suficiencia teórica, es decir, que recojan las nuevas tendencias doctrinarias y

jurisprudenciales de la enciclopedia jurídica local e internacional; y que tengan precisión normativa, es decir que contengan categorías conceptuales e instituciones jurídicas claras, transparentes que faciliten el trabajo de interpretación normativa y de análisis para los operadores del derecho, es decir autoridades, abogados y consumidores en general.

Diderot en 1757 expresaba que la competencia es el alma y el acicate dinámico de la industria y la fuerza motriz del comercio y en efecto, la competencia es en esencia la forma que adopta el mercado para promover el desarrollo económico y en ese contexto la libertad de empresa no significa que se convierta en un elemento que lejos de promover la competencia se convierta en factor de distorsión que tienda a falsear la competencia, por ello es necesario redimensionar las categorías clásicas del derecho que de una u otra manera mediatizan la nueva cosmovisión de la competencia en el mercado actual, donde la figura del consumidor es de relevante importancia.

En efecto, no es posible cerrar los ojos a una realidad, el mundo de Adam Smith ya no está vigente, no es el nuestro. Las cosas han cambiado. Hoy las empresas han crecido enormemente al punto de que sus economías son mayores que las de muchos países y su poder en el mercado es innegable. La situación de inferioridad en la que se encuentran los consumidores es patente y rompe el equilibrio de intereses que la Ley busca⁴.

Es posible que el poder de estas empresas puedan de una u otra manera dejar sin efecto ese equilibrio que la Ley propone e impongan condiciones de comercialización que produzcan fallas en el mercado, haciendo que éste no funcione a la perfección como suponían los clásicos liberales⁵.

Estas fallas de mercado producidas por eventuales abusos de los agentes económicos y no pueden ser solucionadas por el propio mercado, eso es difícil e inclusive utópico en un país como el nuestro, con democracia incipiente, una economía de mercado relativa, informal e imperfecta, estructuras sociales,

⁴ Gutiérrez Camacho Walter. Principio de Libertad de Precios, en Legal Express, Publicación Mensual de Gaceta Jurídica, N° 43, Año 4 Julio de 2004, p. 4.

⁵ PepsiCo Inc, es el cuarto grupo mundial agroalimentario, detrás de Nestlé, Kraft y Unilever. Ha realizado en el 2003 ventas por 26,971 millones de dólares y está presente en 160 países. The Coca-Cola Company, es la líder mundial de bebidas gaseosas y ha realizado ventas por 21,044 millones de dólares en el 2003 y está presente en 200 países.

El 24 de marzo de 2004 la comisión Europea de la Competencia (Bruselas) sancionó a la empresa Microsoft con una multa de 497 millones de euros por abuso de posición de dominio en el mercado. Dicha multa representa menos del 2% de las ventas de la empresa en el año.

Estas cifras nos demuestran el tamaño del mercado y el poder de estas empresas.

políticas y económicas atrasadas, y con profundos desniveles socioeconómicos en un mismo mercado, con bajo nivel educativo y altas tasas de analfabetismo, entre otras cosas que dificultan nuestro desarrollo.

De ahí que solamente una adecuada interpretación de la Ley como la efectuada por la Sala de Defensa de la Competencia en el 2004, permitirá a las autoridades competentes, en nuestro caso INDECOPI sancionar esas conductas y corregir las eventuales fallas del mercado, por lo tanto la resolución comentada era válida y no significaba de ninguna manera un intervencionismo del Estado, porque solo se expresó que el Decreto Legislativo N° 701 vigente en ese entonces, al hablar de abuso de posición de dominio en el mercado incluía los actos exclusorios y los actos explotativos de posición de dominio que tiendan a perjudicar los derechos de los consumidores, sin entrar en detalles de control o intervención gubernamental y cualquier argumentación jurídica y cualquier comentario que exprese lo contrario, es evidentemente falaz desde nuestro punto de vista.

Cabe señalar que aún en economías de mercado más desarrolladas excepcionalmente el Estado participa para corregir los efectos negativos que la Libre Competencia pueda eventualmente producir afectando a los consumidores⁶.

En efecto, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en su artículo 82° tipifica, prohíbe y sanciona el abuso de posición de dominio en el mercado en sus dos formas, tan es así que ha sido reconocido en la jurisprudencia comunitaria europea sobre la materia. Por otro lado, la Ley alemana establece por ejemplo que *"el abuso de poder económico consiste en todas aquellas prácticas que indebidamente afectan la posibilidad de competir de otros empresarios o de los consumidores"*⁷. La doctrina francesa señala que una conducta es considerada abusiva (i) cuando busca eliminar a un competidor o la competencia en general; o, (ii) cuando confiere una ventaja anormal que el juego normal de la competencia no permitiría adquirir. El primer efecto es claramente exclusorio mientras que el segundo es explotativo. En este último caso, la empresa dominante se aprovecha de su situación

para obtener una ventaja anormal que falsea el juego de la competencia⁸.

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

Hoy en día y más aún con el actual contexto político, social y económico que es poco propicio para el desarrollo del Derecho y la persecución de sus fines humanistas y solidarios y presionados por una concepción economicista e individualista a ultranza, no se puede dejar la suerte del consumidor librada al libre mercado, al libre juego de la oferta y demanda, contrariando postulados de países de capitalismo avanzado que paradójicamente hoy buscan el fortalecimiento de las políticas de protección del consumidor. En efecto si revisamos la legislación de países europeos por ejemplo podemos verificar una sólida legislación que defiende el interés de los consumidores, lo que no ha significado una afectación al desarrollo económico y comercial de los mismos, sino que por el contrario es una forma de promover la competencia y la ampliación de los mercados.

Finalmente, debemos señalar que el funcionamiento competitivo de los mercados requiere una adecuada legislación de competencia para que haya eficiencia económica, y hoy es necesario una mayor vigilancia de los poderes públicos a fin de que las fuerzas del mercado se desarrollen eficientemente y para que encuentren espacios suficientes para crecer en condiciones de igualdad y de auténticas condiciones de competencia efectiva, con un cuadro normativo, adecuado, que tenga en consideración los derechos de los consumidores.

3. El Consumidor como centro de referencia de la legislación de Competencia

Artículo 65°.- "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y

⁶ En USA a fines de los 70's el Estado intervino avalando créditos de la Chrysler, una de las principales empresas automovilísticas del mundo, para evitar que miles de trabajadores se vean afectados al igual que otras empresas y la economía hubiera tenido que enfrenar una crisis. También existe el control de fusiones y concentraciones empresariales que afectan la competencia y perjudican en esencia al consumidor.

⁷ Artículo 19° de la Ley Alemana de Defensa de la Competencia, cita original Resolución N° 0225-2004 TDC/INDECOPI

⁸ Malaurie-Vignal, M. Droit de la concurrence. 2da Ed. Paris Armand Colin, 2003. p. 193. [La cita original pertenece a la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI]

servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.”

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

Marcial Rubio Correa⁹, que difícilmente habrá un mercado confiable y en expansión si el consumidor queda a merced del poder de quienes producen y distribuyen. Por ello la Protección del Consumidor tiene importancia no solo por la justicia en sí misma frente a él, sino también por la necesidad de fortalecer y hacer crecer el mercado. Justicia y conveniencia son dos aspectos que se entremezclan sustantivamente en este ámbito. La protección del consumidor es parte de la economía social de mercado, expresa Marcial Rubio Correa que en el contexto del artículo 58° de la Constitución que promueve la libertad de comercio y de contratación, es decir la libre iniciativa privada, la defensa del consumidor adquiere importancia en este sistema, porque todas las normas destinadas a promover la concurrencia empresarial, de una u otra forma, tienen siempre como destinatario y beneficiario final al consumidor.

Carlos Torres y Torres Lara¹⁰, al sancionar la Constitución de 1993, expresó que una de las intenciones de los constituyentes fue trasladar el eje de gravedad de la economía de empresa a la relación entre empresa y consumidor. Ello explica el por qué la defensa del consumidor tiene una connotación importante en el esquema de economía imperante actualmente en el mercado.

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

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

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

El Tribunal Constitucional ya ha efectuado una interpretación respecto al alcance normativo del artículo 65° de la Constitución y ha señalado con precisión: *“La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia tiene como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de la acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de trasgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses, es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o de afectación efectiva de los derechos del consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor”*¹¹.

⁹ Rubio Correa, Marcial Estudio de la Constitución Política del Perú. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1993.

¹⁰ Torres y Torres Lara. La Constitución Económica en el Perú, Lia, Asesorandina SRL, Lima, 1994.

¹¹ Expediente N° 0008-2003AI/TC Sentencia del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el Decreto de Urgencia N° 140-2001 que dispuso la suspensión de vehículos automotores usados de peso bruto mayor a 3000 kilogramos, Lima Noviembre de 2003.

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

Por otra parte la Defensoría del Pueblo también tiene entre sus finalidades según el primer párrafo del artículo 162° de la Constitución Política “...

supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”. Con ello está facultada para vigilar a quienes supervisan a las entidades que prestan servicios públicos e inclusive a las propias entidades prestadoras.

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