

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS*

ALFIERI BRUNO LUCCHETTI RODRÍGUEZ**

Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Legislación General en la Universidad Científica del Sur.

Sumario: 1. Introducción 2. De las funciones del poder desempeñadas por el Tribunal Constitucional y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual: El principio de separación de poderes 2.1. El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la legalidad, su función especial de poder 2.2. Un caso para reflexionar: las atribuciones y competencias de la Comisión de Protección al Consumidor y el Tribunal de INDECOPI y el control de legalidad y el control difuso 3. El impacto de las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de defensa del consumidor 3.1. Introducción 3.2. La Constitución económica en el Perú y su vinculación con los derechos de los consumidores y usuarios 4. Vinculación de las sentencias en las causas Nº 0008-2003-AI/TC y 0858-2003-AA/TC 5. Conclusiones.

1. Introducción

El presente artículo buscará analizar el ámbito de protección de los derechos del consumidor en el marco del modelo de economía social de mercado, instaurada en la Constitución Peruana de 1993. En ese sentido se analizará, especialmente, la sentencia emitida por el máximo intérprete de la constitucionalidad en el Perú, en los Expedientes Nº 0008-2003-AI/TC y 0858-2003-AA/TC.

De ahí que por lo ambicioso de la pretensión académica del presente documento, el mismo estará dividido en dos capítulos. En el primer capítulo se analizarán las diversas funciones del poder que realizan tanto el Tribunal Constitucional y el Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (en adelante INDECOPI), incidiendo, especialmente en la posibilidad que esta autoridad administrativa realice la función de control de la legalidad de las normas. En el segundo capítulo se analizarán los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, las posibles consecuencias del mismo y si a la luz de la interpretación del máximo intérprete de la constitucionalidad en el Perú, es necesario el cambio de rumbo en sus precedentes y directivas administrativas emitidas en el Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI.

Finalmente, hacemos referencia que el objetivo de este artículo, más que contestar preguntas, es abrir nuevas interrogantes sobre la conveniencia o no de mantener un sistema de defensa del consumidor en el que coexisten un control administrativo y jurisdiccional. Por lo que consideramos oportuno adelantar en la presente introducción

* El presente artículo fue presentado en un inicio en la monografía elaborada por el autor en el curso de Protección al Consumidor de la Maestría de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Semestre 2004-I.

** El autor es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Lima con Postgrado en Propiedad Intelectual en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Actualmente cursa la Maestría de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Del mismo modo es Asistente Senior de la Comisión de Acceso al Mercado del Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (INDECOPI). En ese sentido todas las opiniones que realiza en la presente publicación lo hace a título personal y no como funcionario de la referida entidad administrativa.

que, en todo caso, la opción constituyente y legislativa dependerá en gran medida del papel que se le otorgue a los diversos operadores del derecho, tomando en cuenta la trascendencia o no que tengan éstos para la emisión de normas en nuestro país.

En vista de ello, este artículo tan sólo se limitará a analizar una parte del fenómeno y no todo éste, que en nuestra opinión, va de la mano con la necesidad de realizar una reforma seria y organizada del Estado, en donde deba delimitarse las atribuciones y competencias de los entes administrativos y los pronunciamientos emitidos por dichos órganos, tal como lo exige la hora presente.

2. De las funciones del poder desempeñadas por el Tribunal Constitucional y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual: El principio de separación de poderes

El artículo 43º de la Constitución Política del Estado establece que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes.

En ese sentido, es comúnmente conocido en el ambiente jurídico y político que la división tradicional de poderes establecía tres grandes estamentos vinculados a la función ejecutiva, legislativa y jurisdiccional. Comúnmente se ha asociado esta división tradicional al Barón de Montesquieu, Carlos María de Secondat, en su obra «Espíritu de las Leyes», y sus seguidores J.J. Rousseau y Karl Lowestein. Sin embargo, ideológicamente hablando, debemos de indicar que ésta ya estuvo presente en los escritos de Aristóteles y en otros tantos pensadores griegos.

Es así que, como en todo concepto, el principio de separación de poderes ha sufrido de las diversas modificaciones que el devenir y los acontecimientos jurídicos políticos le han afectado. Esto se debió principalmente a la mayor o menor presencia que tuvo el Estado en la vida social y económica de los ciudadanos y al control que los diversos estamentos estatales deben realizar en un Estado Constitucional de Derecho¹.

¹ Definición citada por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El Control*

De ahí que en la actualidad no corresponda referirnos a las tres grandes funciones del poder como las únicas que inundan el ordenamiento jurídico, sino que a las funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, debe de unirse la función administrativa y las especiales del poder. Inclusive, algunos llegan a sostener que la tradicional función ejecutiva se habría decantado en dos grandes partes, de acuerdo con la mayor o menor discrecionalidad del Estado, correspondiendo a la primera de ellas la función gubernativa y a la segunda, la función administrativa propiamente dicha².

En todo caso, tomamos posición por esta teoría, en la que parafraseando al doctor Aníbal Quiroga León podremos exponerla de la siguiente manera:

«(...) En el mundo contemporáneo no queda duda que el Ejecutivo es el órgano del Estado que tiene mayor responsabilidad en la Administración Pública. El Legislativo tiene mayor responsabilidad en la actividad legislativa y en el control de los Actos del Estado. Y el Poder Judicial tiene mayor responsabilidad en la actividad jurisdiccional del mismo Estado(...) A lo anterior se le debe de agregar la realidad y funcionamiento de los diversos órganos constitucionales autónomos e independientes que, perteneciendo al Estado, no se insertan en ninguna de sus tres manifestaciones (Ejecutiva, Legislativa y Judicial) pero que pueden estar más cercanas o afines unas a otras(...)»³

2.1. El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la legalidad, su función especial de poder

Tomando en cuenta lo expuesto anteriormente, el Tribunal Constitucional, a la luz de la moderna doctrina de separación de poderes, realizaría una función especial de poder, dado que funcionalmente compartiría con el Poder Judicial la atribución de controlar la legalidad, definiendo el contenido esencial de los derechos fundamentales, como los límites de la actuación de los entes públicos y privados, a través del conocimiento de las acciones de garantías reconocidas en el artículo 200^º de la Carta Magna de 1993.

Sin embargo, ¿podríamos indicar que en nuestro ordenamiento jurídico se habría consagrado que la función especial de poder del

Tribunal Constitucional es la de ser el máximo intérprete de la legalidad, inclusive por encima de las decisiones que el Poder Judicial emite de acuerdo a sus atribuciones de control «difuso» e «incidental» de las leyes?

En ese sentido, para poder aventurarnos a una respuesta, en primer lugar debemos tener en cuenta que nuestra norma fundamental, el artículo 201^º de la misma establece que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. **Es autónomo e independiente.**

De ahí que siguiendo una interpretación literal del citado precepto, pudiéramos llegar al error y caer en la contradicción que existen dos controles desvinculados uno del otro en esta materia. Nos atrevemos a referirnos de esta manera dado que en la misma Constitución, específicamente en el segundo párrafo del artículo 138^º, se establece que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre lo que establece una norma constitucional y legal, los jueces prefieren la primera. De igual manera, en el caso que exista una contradicción entre la legal y una de rango inferior. Inclusive hasta podríamos equivocadamente indicar que esto no es aplicable para los órganos que realizan exclusivamente función administrativa en el Estado, debido a que se está regulando en el citado precepto constitucional los principios y derechos de la función jurisdiccional.

Al respecto, creemos que la Constitución como norma no puede ser interpretada de un modo tan superficial, debiéndose de compatibilizar y buscar en ella una unidad lógica y axiomáticamente coherente como su vinculación con los demás estamentos estatales⁴. De ahí que respondiendo a cada una de las interrogantes y comenzando por la última de ellas, señalamos que una lectura en la que se parta de la confusión que existen dos grandes controles coexistentes sin ninguna vinculación es una lectura parcial e incompleta del fenómeno jurídico en evaluación.

En ese orden de ideas, tomando en cuenta lo establecido en el **artículo 51^º de la Constitución**, ubicado en el mismo título en que se encuentra el artículo 43^º con el que comenzamos a desarrollar este artículo, es decir el Título III, Del Estado y la Nación, Capítulo I, Del Estado, La Nación y el Territorio nuestra ley fundamental se prefiere sobre toda norma legal, por Principio de Jerarquía Normativa. Creemos que esta norma ha sido absolutamente olvidada al momento de analizar la función de control de legalidad encargada a los órganos que forman parte del aparato estatal peruano, ya que **no sólo vincula a los dos grandes intérpretes mencionados anteriormente, sino a todos los operadores del derecho que realizan alguna función vinculada al principio de separación de poderes.**

Es decir que, en nuestro caso materia del presente artículo, la protección del consumidor no sólo deberá de tomar en cuenta lo que la ley y el INDECOPI, analiza de acuerdo con su leal saber y entender, sino que sus criterios deben de desarrollarse tomando en cuenta lo que establece la Constitución Política del Estado, al delimitar el contenido esencial de la materia de su competencia, es decir, lo establecido en el artículo 65^º de la Carta Magna de 1993.

Difuso y la Administración: ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa. En: Revista Jurídica del Perú, vol. 52, N^º 41. Trujillo: Normas Legales, Diciembre 2002. La referencia original puede encontrarse en GARCÍA PELAYO, Manuel. «El Status del Tribunal Constitucional», Revista Española de Derecho Constitucional, N^º 1, Madrid: 1981, p. 18.

² Sin embargo, es imprescindible revisar los textos del profesor español Eduardo García de Enterría, quien se identifica con el principio subjetivista de la Administración del Estado, el cual relacionado directamente las actividades del Poder Ejecutivo con las función administrativa del Estado y por tanto la discrecionalidad en el control del mismo no afectaría las tradicionales funciones del poder. Sin embargo, creemos que esta teoría quedaría desfasada con la propuesta de nuestro artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General que inclusive llega a incluir al Poder Legislativo, Judicial, Gobiernos Regionales, Locales, Órganos Autónomos Constitucionales, demás entidades del Estado y personas jurídicas de derecho privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa.

³ QUIROGA LEÓN, Aníbal. «El Control Constitucional de las barreras burocráticas y las facultades de INDECOPI» En: Revista de Derecho PUCP, Número 51, Diciembre de 1997, p. 325.

⁴ Recomendamos revisar para ello el excelente libro de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas.

Sin embargo, es lógico aquí preguntarse en el hecho que: ¿quién entonces estará autorizado para fijar el contenido esencial de la defensa de los consumidores y usuarios, dado que el Poder Judicial, a través del denominado control «difuso» y el Tribunal Constitucional, a través del control «concentrado», pudiera determinar directivas de mayor prelación y, por lo tanto, de mayor aplicación en esta materia?

A ello hay que agregar lo que se establece en el numeral 2.7 y 3 del artículo V de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando se refiere a las fuentes del procedimiento administrativo y señala que la jurisprudencia proveniente de autoridades jurisdiccionales que interpretan disposiciones administrativas delimitan el campo de aplicación de las competencias y atribuciones de los órganos administrativos.

De ahí que a la luz de lo establecido anteriormente consideramos que si bien la Carta Magna no ha establecido un mayor nivel entre los alcances del control de legalidad realizado por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, a fin de continuar este artículo, y con ánimo de revisar esta posición posteriormente, debamos de recurrir a lo que mayoritariamente sostiene la doctrina constitucional y procesal autorizada en el tema.

En ese sentido, citando al profesor Ernesto Blume Fortini, al haber en el Perú un control mixto de la legalidad, caracterizado por ser «dual» y paralelo, de acuerdo a lo que establece el artículo 39º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los precedentes interpretativos emitidos por el citado ente prevalecerían sobre el control realizado por el Poder Judicial y, por tanto, éste sobre lo establecido por los demás operadores públicos del Derecho, dado que realiza el control en sede contencioso administrativa de los mismos⁵.

Sin embargo, queremos nuevamente dejar en claro que, si bien esta posición es absolutamente mayoritaria, no compartimos con ella que el citado control de legalidad sea absolutamente dual, dado que a nuestro entender se estaría tratando de forzar la figura del conocido control «difuso» recogido por la judicatura americana, entrando éste en convivencia con el control «concentrado» de la legislación europea continental. Creemos que, si bien es importante para poder entender el fenómeno jurídico político establecido en la Constitución de 1993 y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es insuficiente en nuestra legislación en la que coexiste, además del control autodenominado como concentrado y autoproclamado como difuso, el realizado por tribunales y consejos regidos por leyes especiales, como es el caso de la Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, tema que trataremos en el acápite siguiente.

minado como concentrado y autoproclamado como difuso, el realizado por tribunales y consejos regidos por leyes especiales, como es el caso de la Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, tema que trataremos en el acápite siguiente.

2.2. Un caso para reflexionar: las atribuciones y competencias de la Comisión de Protección al Consumidor y el Tribunal de INDECOPI y el control de legalidad y el control difuso

Para poder analizar la posible aplicación del control «difuso» e «incidental» por parte del INDECOPI, debemos tener en cuenta que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual es un órgano público descentralizado de la Presidencia del Consejo de Ministros con autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa. Funcionalmente se compone de un Tribunal, Comisiones y Oficinas, destacando como una de las más importantes la de Protección del Consumidor, la misma que tiene competencia exclusiva en la referida materia.

En ese sentido, entre las atribuciones de la Comisión de Protección al Consumidor se encuentra el conocer y resolver en primera instancia los asuntos de su competencia, correspondiéndole en segunda instancia a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI la aplicación de las normas legales y reglamentarias correspondientes, en cumplimiento de las normas de simplificación administrativa y la Ley de Procedimiento Administrativo General, no pudiendo aplicar formalidades o requisitos ajenos a la vía administrativa.

Es por ello que muchos han sostenido que si bien las atribuciones de los diferentes órganos y organismos de la administración pública implican la autodenominada jurisdicción o «cuasi» jurisdicción en sede administrativa, las cuales se ejercen con las mismas facultades asignadas al Poder Judicial, ésta no abarcaría al denominado control «difuso» establecido en el artículo 138º y 14º del Texto Único Ordenado de la Ley del Tribunal Constitucional⁶. A lo que habría que agregar la aplicación irrestricta y sin límites del principio de legalidad en materia administrativa, mediante el cual no es posible deducir competencias implícitas en materia administrativa, y las posiciones conservadoras, que consideramos actualmente se encuentran en franca retirada, relacionadas a lo que en un primer momento se entendía como el principio de separación de poderes⁷.

Sin embargo, creemos que los argumentos anteriormente indicados no están de la mano con lo que establece la actual Constitución Política de 1993, más aún si analizamos que los procedimientos administrativos conocidos por la Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI son justamente procesos que, de acuerdo a lo referido por un sector de la doctrina procesal autorizada en el tema, son «cuasi» jurisdiccionales.

⁵ El artículo 39º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC) establece que los Tribunales o Jueces deberán de aplicar en sus resoluciones las sentencias que declaren constitucional las normas analizadas por el máximo intérprete de la norma fundamental. Incluso este precepto normativo hace referencia que en caso que esté en trámite una Acción Popular, si la norma legal analizada viene siendo impugnada a través de un proceso de inconstitucionalidad ante el citado colegiado *ad hoc*, se debe de suspender la citada garantía hasta que se resuelva si la citada disposición ha vulnerado o no la norma fundamental. En todo caso, este supuesto normativo debe ser interpretado sistemáticamente con lo señalado en el artículo 35º de la LOTC, cuando se refiere que las resoluciones emitidas por el TC vinculan a todos los poderes públicos y tienen efecto de cosa juzgada. En ese mismo sentido, se encuentra lo regulado en los artículos 52º, Primera Disposición General de la LOTC, cuando establece los efectos vinculantes en materia de conflicto de competencias y atribuciones constitucionales de los órganos establecidos en la Carta Magna, como la vinculación directa en la interpretación que mediante control «difuso» realicen los jueces y tribunales en sede jurisdiccional.

⁶ QUIROGA LEÓN, Anibal. *Ibid.* Loc. cit., p. 349.

⁷ Para mayor referencia revisar los argumentos en contra sobre la citada materia, detallados por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El Control Difuso y la Administración: ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa.* En: *Revista Jurídica del Perú*, vol. 52 Nº 41. Trujillo: Normas Legales, Diciembre 2002.

Al respecto, citando al profesor Reynaldo Bustamante Alarcón⁸ podemos resumir nuestra posición de la siguiente manera:

«(...) en el mundo actual la Administración ha ganado para sí un espacio enorme como órgano de solución y prevención de diversos conflictos intersubjetivos que han sido sometidos a su autoridad por el ordenamiento jurídico, así como órgano de sanción de diversas conductas antijurídicas (es el caso por ejemplo, de los órganos administrativos de defensa del consumidor, de la competencia y propiedad intelectual, del Tribunal Fiscal, de los órganos supervisores de servicios públicos). En dichos casos, la Administración ejerce una actividad casi jurisdiccional porque resuelve o previene conflictos o impone sanciones, a través de una decisión vinculante u obligatoria que es impuesta a las partes o administrados en el marco de un procedimiento administrativo (...)»

Teniendo como fundamento ello, es que creemos con firmeza que mayor fuerza tienen los argumentos a favor de la administración pública y, en el caso materia de la presente monografía, la Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI pueden realizar un control «difuso» e «incidental» para el caso concreto, dado que, siguiendo las razones esgrimidas por el propio Bustamante Alarcón, negar ello implicaría dejar de lado el carácter fundamental y supremo de la Constitución y su fuerza normativa y, por lo tanto, lo que la moderna doctrina en materia de separación de poderes establece y que en su oportunidad hemos desarrollado, habiendo sido ésta recogida en lo establecido en el artículo 51º de la Carta Magna de 1993.

Sin embargo, esto abre un nuevo frente de preguntas que a nuestro modo de entender pueden hacer poco efectiva e inaplicable la tesis contraria a la posibilidad de inaplicar normas que vulneran directamente la Constitución Política del Estado. Al respecto, nos referimos a la presunción de constitucionalidad que tienen las normas jurídicas hasta que el Tribunal Constitucional no declare lo contrario o hasta que en sede judicial no se plantee un control «difuso» e «incidental».

En ese sentido, los límites a la presunción de constitucionalidad de las normas legales están a nuestro entender en el propio texto de la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la cual abre la posibilidad que pueda encontrarse una interpretación que permita dotarla de contenido constitucional a un supuesto normativo de la misma. Es así que, de no encontrarse una posibilidad que permita ello, creemos que de manera absolutamente excepcional, el operador en aplicación de control «difuso» e «incidental» de la ley fundamental podrá inaplicar la referida norma legal.

Sin embargo, esta posibilidad dependerá de la posición que al respecto el Tribunal Constitucional tenga en la materia en análisis, por lo que siguiendo a Bustamante Alarcón creemos que la solución a la problemática tratada anteriormente, referida a la posibilidad de la Administración Pública de inaplicar las normas que vulneran el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 51º de la Constitución de 1993, dependerá de la posición final que sostenga el máximo intérprete de la referida ley fundamental.

3. El impacto de las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de defensa del consumidor

3.1. Introducción

En el capítulo anterior pudimos evaluar la especial coexistencia de dos sistemas de control de legalidad consagrados en nuestra Constitución de 1993, los mismos que a nuestro entender se vinculan a la aplicación del principio de separación de poderes y, en especial de jerarquía normativa consagrado en el artículo 51º de la Carta Magna, lo que origina la obligación de los diversos estamentos de la Administración Pública de preferir a la ley fundamental en vez de la material y ésta sobre el reglamento.

Es así que a partir de este momento, analizaremos especialmente si el Tribunal Constitucional peruano ha realizado un análisis serio que nos permita determinar cuál es la obligación de los diversos entes de la administración pública y de los privados en la protección de los derechos en materia de consumidor. Para ello nos remitiremos a las causas resueltas por este colegiado en los expedientes N° 008-2003-AI/TC y N° 0858-2003-AA/TC-HUÁNUCO, incidiendo especialmente en la primera de ellas.

3.2. La Constitución económica en el Perú y su vinculación con los derechos de los consumidores y usuarios

El artículo 59º de la Constitución de 1993 establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, su ejercicio no debe ser lesivo a la moral, salud y seguridad pública, debiendo realizarse esta conducta en el marco de la promoción de oportunidades de superación de sectores que sufren cualquier desigualdad y, en tal sentido, en la promoción de pequeñas empresas en todas sus modalidades.⁹

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente N° 008-2003-AI/TC ha desarrollado con amplitud lo que entiende por los derechos de libertad de empresa, comercio e industria en el marco de la Constitución Económica del Perú. En su oportunidad nos hemos manifestado en el sentido de que debiera de considerarse como una categoría única vinculada al derecho a la

⁸ Recientemente la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI ha emitido un nuevo precedente de observancia obligatoria relacionado a la noción de consumidor aplicable en el marco del Decreto Legislativo N° 716. En este precedente se ha incluido a las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de pequeños empresarios, siempre que por desigualdad informativa en la relación de consumo no fuera previsible contar con conocimientos especializados equiparables para los proveedores. Es importante tener en cuenta que esta resolución ha incluido a las medianas y pequeñas empresas en los casos en que se trate de servicios no utilizados frecuentemente debido a las necesidades del negocio.

Al respecto, tomando en cuenta la jurisprudencia recientemente emitida por el Tribunal Constitucional, es probable que el máximo intérprete de la constitución evalúe la repercusión de utilizar en vez de los términos «asimetría» informativa, los de «desigualdad» informativa, y la equiparación realizada en los casos de la pequeña y micro empresa.

De ahí que podamos aventurarnos a predecir que a partir de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, el concepto de un consumidor como cliente y una interpretación extensiva de los derechos de un consumidor ubicado al final del círculo económico, el máximo intérprete de la ley fundamental pueda considerar apropiado el nuevo precedente emitido por el Tribunal de INDECOPI.

⁸ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Ibid.*, loc. cit.

libre empresa los de comercio e industria¹⁰. Sin embargo, entendemos que a partir de la opción jurisprudencial del Tribunal Constitucional, esta opinión ya no sería aplicable, dado que se ha delimitado en su numeral 5 lo que denomina las libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico.

En todo caso, encontramos como destacables en la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se haya hecho referencia que el fundamento de la inserción de temas de carácter económico dentro de la Carta Magna esté en el valor de justicia de las decisiones que incidan en la vida social, en la promoción y tuitividad de los derechos fundamentales de la persona y el aseguramiento del bien común¹¹.

Por lo que son de suma importancia las nuevas funciones del Estado Moderno consagradas en la Constitución Económica del Estado, según el Tribunal Constitucional, vinculado a los aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos.

En ese aspecto, destacamos del pronunciamiento del Tribunal Constitucional que se haya incidido en valores como la libertad y justicia, incorporados a los supuestos económicos de Bienestar Social, Mercado Libre y Estado Subsidiario Solidario. Asimismo, desde el punto de vista político, que se haya puesto en relieve la naturaleza del Estado como conciliador de intereses sociales, desterrando los supuestos antagonismos clasistas del sistema industrial.

Del mismo modo, desde el punto de vista político, evidencie que el objetivo es la integración del Estado en la Sociedad, más allá de las funciones tradicionales en sede jurisdiccional, de policía y defensa de territorio, debiendo de constituirse en un ente que asegure el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona. Y, finalmente, desde el punto de vista jurídico, su intervención vaya más allá de lo formal y evidencie la exigencia de contenidos axiológicos que se plasmen en la incorporación de valores de justicia social y dignidad humana.

En este orden de ideas merece especial consideración la delimitación de los derechos de los consumidores y usuarios, la misma que a continuación citamos:

«(...) El consumidor-o usuario-es el fin de toda la 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 o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos en el mercado (...)»¹²

Es indudable que el Tribunal Constitucional le ha asignado la condición de consumidor o usuario a cualquier individuo o ente siempre que se vincule a un agente económico proveedor en el contexto de relaciones de mercado, siendo este último una persona

jurídica o natural que habitualmente o periódicamente, ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos o servicios.

En ese sentido, acudiendo a las definiciones de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N° 716, lo establecido en la referida norma no entraría en contradicción dado que si bien no hace incidencia en el destinatario final de los productos o servicios ofertados en el mercado expresamente, si se refiere a los casos de quienes cierran el círculo económico satisfaciendo necesidades.

Sin embargo, muchos se preguntarán por qué aplicamos una interpretación restrictiva del fallo del Tribunal Constitucional. En ese sentido, si bien el precepto constitucional debe ser interpretado siempre en el sentido más favorable al consumidor, este ejercicio mental no debe de desnaturalizar los fenómenos jurídicos y económicos en análisis, por lo que acudiendo a la doctrina española, especialmente citada por Gema Botana García y Miguel Ruiz, cuando hacen referencia al concepto de destinatario final de bienes y servicios, que hace uso de éstos para fines personales o familiares, no se hace referencia a aquél que actúa en calidad de empresario o particular¹³. Hacer extensiva esta interpretación desnaturalizaría la intervención del INDECOPI y los entes reguladores en el mercado y constituye un peligroso precedente dado que descalabraría el sistema de protección al consumidor o usuario en el Perú, porque otorgaría la patente de corso para que problemas vinculados a la aplicación del derecho civil o comercial se ventilen en sede administrativa.

Este es un grave problema que creemos en la actualidad viene afrontando la Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia. Mucho de los operadores jurídicos están utilizando a estos procesos como vías paralelas para solucionar los conflictos que entre privados o como empresarios tienen. Creemos que esto se debe a la poca claridad que se tiene en la citada Administración Pública acerca de la verdadera naturaleza del procedimiento administrativo sancionador que en su sede se ventila¹⁴. Más aún este tema se ve acrecentado con la inclusión de las medidas correctivas establecidas en el artículo 42° del Decreto Legislativo N°

¹³ Ver MATERIALES DE LECTURA N° 2 del Curso de Protección al Consumidor de la Maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú dictado por la Profesora María Antonieta Gálvez Kruger durante el Semestre 2004-I, específicamente a BOTANA GARCÍA, GEMA y RUIZ, MIGUEL. «Curso de Protección Jurídica de los Consumidores» 1999, «Noción del Consumidor», página 27-42

¹⁴ Revisar el artículo 40° del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, concordado con el artículo 235°, numeral 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Mención especial en esta cita debemos hacer al artículo publicado por Pierino Stucchi Lopez Raygada, Profesor de Derecho de la Pontificia Universidad Católica y de la Universidad de Ciencias Aplicadas, en relación a la tesis vinculada a la naturaleza mixta del procedimiento administrativo seguido ante la Comisión de Protección al Consumidor, haciendo especial hincapié en el hecho que si se estuviera ante la aplicación irrestricta del principio inquisitivo en materia procesal, entonces no tendría sentido la posibilidad de conciliar en este tipo de procedimientos administrativos y la continuación de oficio de los mismos. Si bien no compartimos esta tesis, creemos oportuno citarla en este momento, dado que justamente es una señal que la opción legislativa ha confundido incluso a brillantes y jóvenes operadores del derecho, quienes de buena fe consideran que este sistema está ideado para asegurar controversias propias de la materia que están conociendo, cuando corresponde más bien al Poder Judicial establecer mecanismos procesales, en sede civil y penal al Ministerio Público en su calidad de garante de la legalidad.

¹⁰ LUCCHETTI RODRÍGUEZ, Alfieri Bruno. *Algunas Reflexiones acerca del contenido esencial del Derecho a la Libertad de Empresa en el marco de la Constitución Económica de 1993*. En: Revista del Taller de Derecho, Año 1, Número 1.

¹¹ Sentencia del Expediente N° 008-2003-AI/TC, página 5 de la Publicación Electrónica en INTERNET.

¹² Sentencia del Expediente N° 008-2003-AI/TC, página 15-16.

716, especialmente las consideradas en los literales d, e y f del citado precepto legal¹⁵.

Inclusive, los propios funcionarios de INDECOPI son concientes que este problema puede devenir en la ineficacia del sistema que ahora vienen trabajando. Consideramos con ellos, que el problema está en la propia estructura de los procedimientos que se ventilan en la Comisión de Protección al Consumidor y es por ello que debe buscarse la especialización de jueces y fiscales que conozcan de manera absolutamente sumaria de los procesos sobre problemas domésticos del día a día en esta materia y dejar a la justicia ordinaria las causas en que se ventilen problemas entre privados o empresarios.

En ese sentido, en un futuro, creemos que debiera fomentarse una corriente que modifique la normatividad existente y determine que la labor de la Comisión deba ser de capacitación y elevación del nivel del consumidor medio peruano, en un país que todos conocemos que el nivel de comprensión de lectura es de los más bajos en la región.

4. Vinculación de las sentencias en las causas N° 0008-2003-A/TC y 0858-2003-AA/TC

En este punto de esta aventura intelectual, es oportunidad destacar la vinculación de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, las mismas que desarrollan especialmente el contenido esencial del artículo 65° de la Ley Fundamental de 1993. De ahí que merezca especial consideración que en la causa 0858-2003-AA/TC, el máximo intérprete de la legalidad haga referencia que a través de la Ley de Protección al Consumidor, no sólo se ha regulado los derechos vinculados a la información, salud y seguridad, sino otros comprendidos como de naturaleza análoga.

Esto ha sido justamente muy reclamado doctrinariamente. Basta recordar el artículo publicado por el profesor Enrique Elías Laroza,

¹⁵ En sentido contrario a este punto se ha manifestado ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «El caso peruano y las medidas correctivas: Justicia Administrativa o Jurisdiccional para la Defensa del Consumidor». Más aún, el citado académico considera que es de suma importancia reforzar la aplicación de las medidas correctivas, sin más límite que la tutela efectiva de los derechos de los consumidores. Inclusive llega a decir que esto no significa distorsionar el mercado, desincentivar el acceso al Poder Judicial, colisionar con sus funciones o tomar una posición parcializada.

En ese sentido, discrepamos de lo anteriormente señalado, dado que no podemos ampararnos en la supuesta competencia primaria del INDECOPI o en modificaciones legislativas o en cláusulas cajón de sastre establecidas en el artículo 42° del Decreto Legislativo N° 716, modificado por la Ley N° 27311 y la Ley N° 27917.

El problema es sumamente complejo dado que implica la abdicación del Poder Judicial del conocimiento de causas en que propiamente no está en juego como razón la protección de los consumidores o usuarios.

Creemos que si bien el Profesor Espinoza se expresa correctamente cuando se refiere a que razones de cuantía no deben ser consideradas como limitaciones para la aplicación de medidas correctivas, sin embargo amparar causas en las que están en juego pretensiones en las que a nuestro modo de ver las cosas son de naturaleza contractual, en primer lugar originarían mayor congestión en los expedientes que actualmente ventila INDECOPI y, en segundo lugar, existiría una distracción innecesaria de tiempo y recursos y el no cumplimiento de funciones destinadas a la capacitación y elevación del consumidor medio en el Perú. En todo caso, entendemos su posición y creemos que ésta se debe a una redacción poco feliz del voto en mayoría de la Resolución N° 0511-2002/TDC-INDECOPI del 5 de julio de 2002.

«Lo barato sale caro: mata y no engorda. La inacción de INDECOPI ante los productos basura, los cañazos y los yonques»¹⁶. Recientemente, incluso académicos como el profesor Carlos Noda Yamada¹⁷ han vuelto a referirse acerca de este tema.

En ese sentido, consideramos oportuno y de suma trascendencia la interpretación del Tribunal Constitucional cuando se refiere a que el derecho de protección al consumidor no es únicamente un problema de garantizar la información o velar por la salud y seguridad de las personas en su condición de consumidores o usuarios. De ahí que merezca la pena destacar los derechos de acceso al mercado, la protección de los intereses económicos, la reparación por daños y perjuicios y la defensa corporativa del consumidor, entre otros de naturaleza análoga, que entendemos se deducen de la propia Carta Magna, específicamente del artículo 3° y los propios criterios interpretativos de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993.

De ahí que con muy buen criterio, el Tribunal Constitucional ha establecido la concretización del deber especial de protección sobre los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Deben de incluirse directivas, establecerse procedimientos administrativos, aplicarse leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales. Ello ha originado que el Tribunal Constitucional se pronuncie determinando dos grandes obligaciones a cumplir. La primera de ellas vinculada a la obligación del legislador ordinario de imponerse la tarea de crear un órgano estatal destinado a preservar los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios y, en segundo lugar, la de establecer procedimientos apropiados, sencillos, rápidos y efectivos.

En ese sentido, creemos que el Tribunal Constitucional no ha negado la posibilidad que sobre lo ya avanzado se pueda implementar sus sugerencias. Sin embargo, creemos que éstas deben de tomar en cuenta los criterios esbozados a lo largo de este artículo.

5. Conclusiones

A partir de lo señalado anteriormente y en calidad de resumen al presente artículo podemos concluir a grandes rasgos lo siguiente:

¹⁶ En ese sentido basta recordar lo que consideramos resume la tesis del extinto profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú: « (...) Con muy buen criterio nuestros constituyentes recordaron que la economía de mercado no es infalible, que la creación de un mercado no es fácil y se requiere de la intervención del Estado, contra las distorsiones que impidan su operación eficiente. Los excesos y defectos del mercado deben de ser corregidos por una acción social acorde con el rol de subsidiariedad del Estado, sin que ello signifique impedir la libre acción de las fuerzas del mercado (...)» ELÍAS LAROZA, Enrique. «Lo barato sale caro: mata y no engorda. La inacción de INDECOPI ante los productos basura, los cañazos y los yonques» En: *Ius et Veritas* N° 13, Lima, 1997, pp. 58 y ss.

¹⁷ Al respecto, Carlos Noda refiere entre otros puntos que la protección al consumidor no sólo es un problema de información sino de calidad mínima y que la pobreza no puede otorgar patente de corso para actuar impunemente en la producción o comercialización de productos. En ese sentido, considera que las regulaciones son saludables siempre que se incremente la seguridad y el bienestar social y el Estado se comprometa a sancionar a aquellos que incumplan las citadas regulaciones. En todo caso, revisar NODA YAMADA, Carlos: «¿Es la protección al consumidor únicamente un problema de información? Una aproximación distinta de los productos basura. En: *Revista Proceso & Justicia* N° 4, Lima, 2003, pp. 156-170.

1. La posibilidad que la Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia inaplique las normas que vulneren el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 51º de la Constitución de 1993, dependerá de la posición final que sostenga al respecto el Tribunal Constitucional, en su calidad de máximo intérprete de la referida ley fundamental. Sin embargo, en aplicación del principio de separación de poderes y en especial tomando en cuenta la presunción de legalidad de las normas, hasta que no sea declarada en contrario por parte del Tribunal Constitucional (control concentrado) o el Poder Judicial (control difuso), las citadas entidades administrativas deberán de buscar la interpretación que más se ajuste a la ley fundamental, salvo que esto resulte imposible, lo que habilitará de manera absolutamente excepcional a que el citado operador jurídico, en aplicación de control «difuso» e «incidental» de la ley fundamental, pueda inaplicar la referida norma legal.
2. El Tribunal Constitucional ha incidido en que el problema del consumidor medio en el Perú no sólo debe limitarse a los derechos vinculados a la información, salud y seguridad, sino otros comprendidos como de naturaleza análoga, destacándose los derechos de acceso al mercado, la protección de los intereses económicos, la reparación por daños y perjuicios y la defensa corporativa del consumidor. De ahí que creemos que debiera fomentarse una corriente que modifique la normatividad existente y determine que la labor de la Comisión deba ser de capacitación y elevación del nivel del consumidor medio peruano, para lo cual debe de implementarse de manera especial mecanismos que garanticen la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, elaborándose directivas y procedimientos administrativos de acuerdo con los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana como fin supremo de la sociedad y el Estado.