

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ANCASH
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN EN LOS SERVICIOS DE ENERGÍA
ELECTRICA Y EL ROL DEL ESTADO ANTE LA PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR, DENTRO DE LA PROVINCIA
DE HUARAZ.**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Responsable de la investigación:

Bach. ANITA JIMENA VILLARREAL CAMONES

Asesor:

Dr. JESÚS HENOSTROZA SUÁREZ

Huaraz – Perú

2017

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento, a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, por haber contribuido en mi formación académica y haberme permitido realizar mis sueños.

*Así mismo agradezco por su gentil y valiosa colaboración a los Dres. **Jesús Henostroza Suárez** y **José Antonio Becerra Ruiz**, quienes con sus aportes lograron que este trabajo exista.*

“La vida es como montar en bicicleta. Si quieres mantener el equilibrio no puedes parar”

Albert Einstein, En una carta a su hijo

Eduard, 05 de febrero de 1930.

DEDICATORIA

*Dedico el presente trabajo a **Dios**, por darme la oportunidad de vivir esta etapa de mi vida académica y profesional.*

*A **Ramos Villarreal** mi padre y **Juana Camones** mi madre, quienes con su ejemplo de humildad y perseverancia supieron formar mis aptitudes profesionales.*

*A **Héctor Choque**, quien con su apoyo y amor incondicional logró compartir mis objetivos profesionales.*

*A **Katterin Villarreal**, mi hermana a quien le agradezco por ser la persona que todos los días motiva mi vida y coloca con sus afectos alegría en mi corazón.*

*A **Macario Camones**, mi abuelo, que desde el cielo bendice el camino arduo de mi desarrollo profesional.*

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN.....	7
ABSTRACT.....	8
INTRODUCCIÓN	9

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema	4
1.2. Formulación del problema	16
1.2.1. Problema general	16
1.2.2. Problemas específicos	16
1.3. Importancia del problema	17
1.4. Justificación y viabilidad.....	18
1.4.1. Justificación teórica.....	18
1.4.2. Justificación practica.....	19
1.4.3. Justificación legal.....	20
1.4.4. Justificación metodológica.....	20
1.4.5. Justificación técnica	20
1.4.6. Viabilidad.....	20
1.5. Formulación del objetivo	21
1.5.1. Objetivo general.....	21
1.5.2. Objetivos específicos	21

1.6. Formulación de hipótesis	22
1.7. Variables	23
1.8. Metodología	23

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	29
2.2. Bases teóricas	30
2.2.1. Cuestiones Generales sobre los contratos por adhesión	31
2.2.2. Contratos Necesarios por adhesión.....	36
2.2.3. Los Servicios Públicos.....	51
2.2.4. Los Servicios Públicos de Energía Eléctrica	64
2.2.5. Los Derechos del consumidor	72
2.3. Definición de términos	123

CAPÍTULO III

RESULTADO Y DISCUSIÓN DE INFORMACIÓN

3.1. Discusión de resultados a nivel Normativo	131
3.2. Discusión de resultados a nivel Doctrinario.....	137
3.3. Discusión de resultados a nivel jurisprudencial	140
3.4. Discusión de resultados a nivel del Derecho comparado.....	141

CAPITULO IV

VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.2. Validación de las hipotesis especificas	158
--	-----

4.2. Validación de la hipótesis general.....	168
CONCLUSIONES.....	171
RECOMENDACIONES.....	174
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	178
ANEXOS.....	188

RESUMEN

El objetivo de la investigación fue analizar los alcances y efectos de los contratos por adhesión en servicios de energía eléctrica respecto a la actuación del Estado ante la protección de los derechos del consumidor; para lo cual se realizó una investigación dogmática, transversal, explicativa, no experimental, careciendo de delimitación temporal y espacial el problema por el tipo de investigación realizada.

La investigación ha demostrado la importancia de la actuación del Estado en la protección de los derechos del consumidor, frente a la suscripción de contratos por adhesión de servicios de Energía Eléctrica, constituyéndose como límite al ejercicio del poder de determinadas entidades; en consecuencia la presente investigación sirve para mejorar las condiciones de vida de la sociedad, desde el consumidor o parte débil de la contratación de servicios eléctricos, hasta aquellos que constantemente son apabullados con el tecnicismo operacional y el abuso de poder económico en el contexto actual.

Hemos Considerado que la investigación revaloriza a la persona humana sobre la base de los derechos denominados de los consumidores, para cumplir y acercarnos tal vez un poco más a la dignidad de la persona humana, en suma, a la humanización del contrato en un mundo tan mezquino e imperante de materia.

Palabras claves: Estado, Derechos del consumidor, Protección, Dignidad Humana, Abuso, Servicios de Energía Eléctrica.

ABSTRACT

The objective of the investigation was to analyze the reaches and effects of the contracts for adhesion in services of electric power with regard to the action of the State before the protection of the rights of the consumer; for which there was realized a dogmatic, transverse, explanatory, not experimental investigation, lacking temporary and spatial delimiting the problem for the type of realized investigation..

The investigation has demonstrated the importance of the action of the State in the protection of the rights of the consumer, opposite to the subscription of contracts for adhesion of services of Electric power, being constituted as limit to the exercise of the power of certain entities; in consequence the present investigation serves to improve the living conditions of the company, from the consumer or weak part of the contracting of electrical services, up to those that constant are crushed by the operational technicality and the abuse of economic power in the present context.

I think that the investigation reevaluates the human person on the base of the rights called of the consumers, to expire and to approach maybe a bit more the dignity of the human person, in sum, the humanization of the contract in such a mean and commanding world of matter.

Key words: State, Laws of the consumer, Protección, Dignity Humanizes, Abuse, Services of Electric power.

INTRODUCCIÓN

Dentro del tráfico económico, donde precisamente las personas se encargan de cubrir sus necesidades e intereses, mediante la creación de efectos jurídicos, se aprecia la amplia participación de los contratos, donde las partes expresan plena voluntad para contratar a fin de satisfacer intereses particulares. Es ahí que se hace referencia a los contratos por adhesión, establecida, como la prestación de servicios, y en la que una de las partes se encarga de crear y redactar el contrato; mientras que el otro queda sujeto a simplemente aceptarlo o rechazarlo.

La presente investigación fue analizada, desde una perspectiva panorámica, donde las interrelaciones que se producen entre dos figuras jurídicas que en tiempos actuales ha cobrado gran relevancia: Los contratos por adhesión en los servicios de energía eléctrica y las acciones del Estado en relación con la defensa y protección de los derechos de los consumidores.

Por una parte, el panorama que se presenta lo vemos plasmado en la cotidianidad de actos y relaciones de consumo, que realizan los usuarios del servicio de energía eléctrica, y que, se producen a diario en los diversos sectores de la economía; teniendo en cuenta que, es el mercado, el lugar de intercambio de bienes y servicios que, a su vez, se vale del contrato, principal instrumento, para la consecución del denominado intercambio, sí a ello le agregamos el rasgo característico de la predisposición de cláusulas anteladamente redactadas por el proveedor, correspondiendo a la contraparte –consumidor- la simple adhesión al contrato, en este caso a través de la suscripción del llamado contrato por adhesión o el suscrito a través de cláusulas generales de contratación. Expuesto de esta

manera este escenario puede dar lugar a la comisión de abusos y excesos, puesto que se pueden consignar cláusulas que contengan un desequilibrio contractual en favor de una de las partes y en consecuencia generen efectos de perjuicio en contra del consumidor, en suma de la sociedad.

En la actualidad vemos como existen empresas prestadoras de servicios de energía eléctrica que se encargan de suscribir contratos por adhesión con las personas sean jurídicas o naturales; sin embargo se aprecia que las mismas vienen vulnerando derechos de los consumidores, toda vez que no se da la manifestación amplia de la voluntad, a fin de satisfacer intereses por ambas partes, pues el llamado contratante pasivo (es decir quien no suscribe el contrato), queda sujeta a una mera aceptación, debido a que el rechazo está imposibilitado, pues nos encontramos ante un servicio indispensable, porque debe expresar una manifestación positiva, aún y cuando no esté de acuerdo con lo que en ella se ha suscrito.

Y es en mérito a estos considerandos que, el Ordenamiento Jurídico, debería contar con instituciones con facultades no sólo de naturaleza resolutoria en la vía administrativa, sino también, resarcitoria e inhibitoria; pues, el tipo de tutela que se viene brindando a los consumidores, constituye una parte débil del sistema de protección al consumidor, al encontrarse limitado en sus funciones y facultades, conocer la violación de los derechos de los consumidores en términos de infracción y como correlato la imposición de sanciones y multas, de ello lo que queda para el consumidor es la satisfacción moral de ver sancionado a su proveedor, poco o nada obtiene para el resarcimiento de su daño. Este panorama

debería conducirnos a elaborar un sistema de protección basado en una tutela integral, una tutela encomendada a órganos jurisdiccionales¹ especializados, lo cual ha sido denominado a nivel de la doctrina como Justicia Específica, que se encuentre al alcance de la población.

En consecuencia, se planteó la presente investigación, en razón de haber observado en el campo jurídico una carencia en el desarrollo de investigaciones jurídicas doctrinarias destinadas a examinar la relación que se establece entre los contratos necesarios por adhesión de servicios de energía eléctrica y los derechos del consumidor. Ello queda traducido en la necesidad de frenar los abusos y excesos hacia los derechos de los consumidores en el ámbito de la Provincia de Huaraz, por quienes unilateralmente pre redactan el contenido contractual, y originan un desequilibrio de derechos y obligaciones causando una ventaja económica para una de las partes.

En estos últimos tiempos la tutela jurídica del consumidor como nuevo protagonista de las relaciones jurídicas, junto con la del medio ambiente, representan uno de los temas en debate propio de nuestros tiempos; en principio, debido a la masificación de bienes y servicios; y a la existencia de intereses económicos, lo cual ha originado problemas, vacíos e ineficiencias de naturaleza jurídica.

¹ En esta línea de pensamiento debemos manifestar que de las revisiones practicadas a nivel de la legislación comparada debemos mencionar y resaltar que es la Legislación Argentina la que ha introducido un tratamiento a través de la vía judicial para los reclamos y denuncias que versen sobre temas de consumidores a estos efectos son los Juzgados de Defensa del Consumidor de los distintos Municipios de la Argentina, los que se ocupan de dilucidar los temas en conflicto. Fuente: http://www.diariojudicial.com/contenidos/2005/07/13/noticia_0007.html.

De hecho cualquiera de nosotros, es a diario consumidor² de productos y servicios para la satisfacción de las más variadas necesidades (como es el caso de la energía eléctrica) y en ese ínterin de operaciones cotidianas, no hay quien no haya atravesado una experiencia frustrante, en donde el denominador común es el sentimiento de impotencia frente al fuerte empresario, quien ostenta un dominio no sólo económico sino también de mejor información y ésta es utilizada como un instrumento para la comisión de abusos y transgresiones de derechos, a través de la inclusión de cláusulas abusivas.³

La problemática se acrecienta cuando vemos que la mayoría de personas que aceptan celebrar contratos sujetos bajo esta modalidad contractual, desconocen en principio sus derechos, entre ellos el derecho a la información, y de éste, el de la información relevante que, en la mayoría de los casos llevaría al consumidor a una etapa de análisis de las opciones que se le presentan en el mercado y que contribuirían a una mejor toma de decisiones.

En esa línea de ideas, surge la necesidad de ocuparnos de uno de los temas que ha merecido un rechazo social en el ámbito contractual, a decir de los contratos necesarios por adhesión en el servicio de energía eléctrica.

La arbitrariedad desde un sentido amplio es definida como acto, conducta, proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno, con abuso de poder, fuerza, facultades o influjos. Por su parte nuestro Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 0090-2004-

² En efecto, frente al *status* “estatus” del ciudadano y del trabajador, ha surgido el de consumidor, sobre el cual en otra sede había observado que “ha dejado de ser el aislado comprador en un mercado local de modestas dimensiones y se ha transformado en un elemento de masa”.

³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “*Apuntes en torno al contrato de Sponsorship, en Temas de Derecho N° 3*” Lima 1996, p.85.

AA/TC) ha establecido que, el concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

En ese contexto se ha elaborado el presente trabajo, estructurado en cuatro capítulos: el Capítulo I, está referido al Problema y la metodología de la investigación, en la cual siguiendo el diseño de la investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología. En el Capítulo II, está referido al marco Teórico de la Investigación, en el cual en base a la técnica del Fichaje y análisis de contenido se elaboró el sustento teórico-doctrinario de nuestra investigación, para lo cual se tomó las principales teorías jurídicas para explicar el problema de los contratos por adhesión. El Capítulo III, está referido al trabajo de campo de la investigación, en la cual se procedió al recojo de información vinculante a nuestro tema y en base a las variables de investigación, los mismos que fueron luego analizados en base a la técnica del análisis cualitativo. El capítulo IV, referido a la validación de la Hipótesis, el cual en base a los resultados obtenidos se procedió a realizar la discusión de los resultados en base al marco teórico y luego se procedió de determinar los fundamentos que justifican la validez de las hipótesis.

LA TITULANDO.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA Y DIAGNOSTICO SITUACIONAL

En la presente investigación analizaremos, desde una perspectiva panorámica, las interrelaciones que se producen entre dos figuras jurídicas que en tiempos actuales ha cobrado gran relevancia: Los contratos por adhesión en los servicios de energía eléctrica y las acciones del Estado en relación con la defensa y protección de los derechos de los consumidores.

Por una parte, el panorama que se presenta lo vemos plasmado en la cotidianeidad de actos y relaciones de consumo, que realizan los usuarios del servicio de energía eléctrica, y que, se producen a diario en los diversos sectores de la economía; teniendo en cuenta que, es el mercado, el lugar de intercambio de bienes y servicios que, a su vez, se vale del contrato, principal instrumento, para la consecución del denominado intercambio, sí a ello le agregamos el rasgo característico de la predisposición de cláusulas anteladamente redactadas por el proveedor, correspondiendo a la contraparte –consumidor- la simple adhesión al contrato, en este caso a través de la suscripción del llamado contrato por adhesión o el suscrito a través de cláusulas generales de contratación.

Expuesto de esta manera este escenario puede dar lugar a la comisión de abusos y excesos, puesto que se pueden consignar cláusulas que contengan un

desequilibrio contractual en favor de una de las partes y en consecuencia generen efectos de perjuicio en contra del consumidor, en suma, de la sociedad.

En la actualidad vemos como existen empresas prestadoras de servicios de energía eléctrica (con cualidades monopólicas), que se encargan de suscribir contratos por adhesión con las personas sean jurídicas o naturales; sin embargo se aprecia que la misma vienen vulnerando derechos de los consumidores, toda vez que no se da la manifestación amplia de la voluntad, a fin de satisfacer intereses por ambas partes, pues el llamado contratante pasivo (es decir quien no suscribe el contrato), queda sujeta a una mera aceptación, debido a que el rechazo está imposibilitado, pues nos encontramos ante un servicio indispensable, porque debe expresar una manifestación positiva, aún y cuando no esté de acuerdo con lo que en ella se ha suscrito.

Y es en mérito a estos considerandos que, el Ordenamiento Jurídico, debería contar con instituciones con facultades no sólo de naturaleza resolutoria en la vía administrativa, sino también, resarcitoria e inhibitoria; pues, el tipo de tutela que se viene brindando a los consumidores, constituye una parte débil del sistema de protección al consumidor, al encontrarse limitado en sus funciones y facultades, conocer la violación de los derechos de los consumidores en términos de infracción y como correlato la imposición de sanciones y multas, de ello lo que queda para el consumidor es la satisfacción moral de ver sancionado a su proveedor, poco o nada obtiene para el resarcimiento de su daño. Este panorama debería conducirnos a elaborar un sistema de protección basado en una tutela

integral, una tutela encomendada a órganos jurisdiccionales⁴ especializados, lo cual ha sido denominado a nivel de la doctrina como *Justicia Específica*, que se encuentre al alcance de la población.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema general

¿Qué alcances y efectos tienen los contratos por adhesión en los servicios de energía eléctrica, respecto a la protección de los Derechos del consumidor por parte del Estado en la provincia de Huaraz?

1.2.2. Problemas específicos

- a. ¿Los Contratos por adhesión en los servicios de energía eléctrica garantizan los derechos esenciales de información y salud, de los consumidores de la Provincia de Huaraz?
- b. ¿Cuáles son las circunstancias por las que estos tipos de contratos, resultan lesivas y/o abusivas; perjudicando los derechos del consumidor, dentro de la jurisdicción anotada?
- c. ¿Existe suficiente normatividad que permite proteger eficaz y garantísticamente los derechos de la parte débil de los Contratos por Adhesión?

⁴ En esta línea de pensamiento debemos manifestar que de las revisiones practicadas a nivel de la legislación comparada debemos mencionar y resaltar que es la Legislación Argentina la que ha introducido un tratamiento a través de la vía judicial para los reclamos y denuncias que versen sobre temas de consumidores a estos efectos son los Juzgados de Defensa del Consumidor de los distintos Municipios de la Argentina, los que se ocupan de dilucidar los temas en conflicto. Fuente: http://www.diariojudicial.com/contenidos/2005/07/13/noticia_0007.html.

- d. ¿Existen Organismos estatales eficientes, que desde el plano administrativo velan por la protección de los consumidores de energía eléctrica, dentro de la Provincia de Huaraz?

1.3. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

La presente investigación se justifica principalmente en razón de haber observado en el campo jurídico una carencia en el desarrollo de investigaciones jurídico doctrinarias destinadas a examinar la relación que se establece entre los contratos necesarios por adhesión de servicios de energía eléctrica y los derechos del consumidor. Ello queda traducido en la necesidad de frenar los abusos y excesos a los derechos de los consumidores en el ámbito de la Provincia de Huaraz, por quienes unilateralmente pre redactan el contenido contractual, y originan un desequilibrio de derechos y obligaciones causando una ventaja económica para una de las partes.

En estos últimos tiempos la tutela jurídica del consumidor como nuevo protagonista de las relaciones jurídicas, junto con la del medio ambiente, representan uno de los temas en debate propio de nuestros tiempos; en principio, debido a la masificación de bienes y servicios; y a la existencia de intereses económicos, lo cual ha originado problemas, vacíos e ineficiencias de naturaleza jurídica. De hecho cualquiera de nosotros, es a diario consumidor de productos y servicios para la satisfacción de las más variadas necesidades (como es el caso de la energía eléctrica) y en ese ínterin de operaciones cotidianas, no hay quien no haya atravesado una experiencia frustrante, en donde el denominador común es el sentimiento de impotencia frente al fuerte empresario, quien ostenta un dominio

no sólo económico sino también de mejor información y ésta es utilizada como un instrumento para la comisión de abusos y transgresiones de derechos, a través de la inclusión de cláusulas abusivas.

La problemática se acrecienta cuando vemos que la mayoría de personas que aceptan celebrar contratos sujetos bajo esta modalidad contractual, desconocen en principio sus derechos, entre ellos el derecho a la información, y de éste, el de la información relevante que, en la mayoría de los casos llevaría al consumidor a una etapa de análisis de las opciones que se le presentan en el mercado y que contribuirían a una mejor toma de decisiones y a reclamar y denunciar si fuera el caso arbitrariedades contractuales.

En esa línea de ideas, surge la necesidad de ocuparnos de uno de los temas que ha merecido un rechazo social en el ámbito contractual, a decir de los contratos necesarios por adhesión en el servicio de energía eléctrica.

1.4. JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD

1.4.1. Justificación teórica

El presente problema tiene un desarrollo teórico doctrinario sustentando en los contratos necesarios por adhesión⁵ de servicios eléctricos y la protección de los derechos del consumidor⁶, las mismas que justificaran la investigación y permitirá desarrollar el marco teórico.

⁵ ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. *De los contratos*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 123.

⁶ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1993, p. 56.

A este nivel la presente investigación se justifica porque no existe abundante literatura al respecto. Además, se presenta el estado de desarrollo de las posiciones doctrinarias en el ámbito nacional y extranjero, así como la respectiva legislación. El valor teórico, por tanto, de esta tesis radica en que contribuye a incrementar la bibliografía disponible sobre los contratos por adhesión y los derechos de los consumidores.

1.4.2. Justificación práctica

Los resultados de la presente investigación sirven para mejorar las condiciones de vida de la sociedad, desde el consumidor o parte débil de la contratación de servicios eléctricos, aquellos que constantemente son apabullados con el tecnicismo operacional y el abuso de poder económico en el contexto actual. Esto es de gran importancia para la comunidad Huaracina en consonancia con la Nacional, porque facilita la orientación hacia la convivencia armónica en una ciudad con un sistema de economía social de mercado que, enmarca la competencia empresarial, un mundo de capitales, de nuevos mercados; pero sin dejar de lado al otro protagonista de las relaciones contractuales como es el consumidor.

Considero que la investigación revalora a la persona humana sobre la base de los derechos denominados de los consumidores, para cumplir y acercarnos tal vez un poco más a la dignidad de la persona humana, en suma, a la humanización del contrato en un mundo tan mezquino e imperante de materia.

1.4.3. Justificación legal

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento General de la UNASAM
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM

1.4.4. Justificación metodológica

Se aplicará la metodología de la investigación jurídica en cuanto al tipo y diseño de investigación, siguiendo sus orientaciones metodológicas tanto en la planificación, ejecución y control de la investigación jurídica.

1.4.5. Justificación técnica

Se cuenta con el soporte técnico, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2015.

1.4.6. Viabilidad

- **Bibliográfica:** Se cuenta con acceso a fuentes de información tanto bibliográficas y hemerográficas, así como virtuales.
- **Económica:** Se cuenta con los recursos económicos para poder afrontar los gastos que genere la investigación, los mismos que están detallados en el presupuesto; y que serán autofinanciados.

- **Temporal:** La investigación se ejecutará durante los años 2016-2017.

1.5. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo general

Analizar y establecer los alcances y efectos de los contratos por adhesión en servicios de energía eléctrica respecto a la actuación del Estado ante la protección de los derechos del consumidor, dentro de la Provincia de Huaraz.

1.5.2. Objetivos específicos

- a. Identificar y describir si los contratos por adhesión de energía eléctrica dentro de la provincia de Huaraz, vulneran derechos esenciales del consumidor, en el marco del Estado Constitucional de Derecho.
- b. Explicar cuáles son las circunstancias por las que los contratos por adhesión de energía eléctrica, resultan ser abusivas y perjudican los derechos del consumidor.
- c. Establecer si existe suficiente normatividad que permita proteger de manera eficaz y garantistamente los derechos de la parte más débil del contrato por adhesión.
- d. Explicar a qué responde la respuesta ilimitada sobre la presencia de eficientes órganos reguladores desde el plano administrativo respecto a la protección de los derechos del consumidor de servicios de energía eléctrica en la Provincia de Huaraz.

1.6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

1.6.1. Hipótesis general

Existe un alcance negativo y contradictorio entre los contratos necesarios por adhesión en los servicios de energía eléctrica, puesto que, se aprecia una desprotección de los derechos del consumidor por parte del Estado, dentro de la Provincia de Huaraz.

1.6.2. Hipótesis específicas

H.1. El contrato por adhesión en los Servicios de energía eléctrica, vulnera derechos esenciales de los consumidores, toda vez que existen empresas con rasgos monopólicos, que sacan superioridad, considerando a la otra parte, el sujeto pasivo, el ente más débil en dicha relación contractual.

H.2. Los contratos necesarios por adhesión de servicio de energía eléctrica son consideradas abusivas y por ende perjudicial a los derechos del consumidor a causa de la ausencia de medios de control eficaces por parte del Estado y la autoridad administrativa; además por la falta de garantías para el ejercicio del derecho a la información.

H.3. Dentro de nuestra legislación, la normatividad legal vigente no permite otorgar una protección efectiva, que es solicitada por los consumidores de servicios de energía eléctrica en la Provincia de Huaraz; apreciándose en la realidad la falta de medios legales que velen íntegramente por la parte más débil de la relación contractual.

H.4. No existen organismos eficientes, que protejan los derechos de los consumidores de servicios de energía eléctrica, es decir nuestro sistema muestra una respuesta ilimitada en cuanto a mecanismos de control, máxime si las resoluciones emitidas por las instancias competentes no son favorables a los consumidores titulares de la tutela reclamada.

1.7. VARIABLES

1.7.1. V. Independiente:

Los contratos por adhesión en los Servicios de Energía Eléctrica.

1.7.2. V. Dependiente:

Relación con el Estado ante la protección de los derechos del consumidor.

1.8. METODOLOGÍA

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

- a. Tipo de investigación:** Corresponde a una investigación jurídica dogmática teórica⁷, cuya finalidad es profundizar y ampliar los conocimientos que presenta el problema de los contratos por adhesión en los servicios de energía eléctrica y la actuación del Estado ante la protección de los derechos del consumidor, a fin de determinar sus fundamentos, distintas posiciones al respecto y la formas que se presentan las variables de estudio.

⁷ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima 1991, pp. 54-56.

- b. Tipo de diseño:** Correspondió a la denominada **No Experimental**⁸, debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no posee grupo de control, ni tampoco experimental; su finalidad fue analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.
- c. Diseño General:** El diseño **transversal**⁹, toda vez que se realizará el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, periodos 2016-2017.
- d. Diseño específico:** Se empleó el diseño **descriptivo-explicativo**¹⁰, toda vez que se estudiará los factores que generan situaciones problemáticas sobre la actuación del Estado en la protección de los derechos del consumidor, al momento de celebrarlos contratos por adhesión en los servicios de energía eléctrica.

1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

1.8.2.1. Población

- **Universo Físico:** Estará constituida por el ámbito nacional, específicamente la Provincia de Huaraz.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribe a la dogmática tanto civil como comercial y la jurisprudencia en

⁸ ROBLES TREJO, Luis y otros. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima, Editorial Fecatt, 2012, p. 34.

⁹ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la Investigación*. México, Editorial McGrawHill, 2010, p. 151.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 155.

ambas ramas.

- **Universo temporal:** El periodo de estudio correspondió al 2016-2017.

1.8.2.2. Muestra

- **Tipo:** No Probabilística
- **Técnica muestral:** Intencional
- **Marco muestral:** Doctrina y jurisprudencia civil-comercial.
- **Unidad de análisis:** Documentos (Doctrina y Jurisprudencias).

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información

- a) **Ficha de análisis de contenido.** Para el análisis de los documentos y determinar sus fundamentos y posiciones en la jurisprudencia.
- b) **Documentales.** Ello referido a textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información la doctrina civil-comercial, y sobre la protección de los derechos del consumidor.
- c) **Electrónicos.** La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación.
- d) **Fichas de Información Jurídica.** Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente en el

momento oportuno, empleándose la Fichas textuales, Resumen y comentario.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

El plan de recojo de la información comprenderá en primer lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearán las siguientes: Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizará a través de la fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia se empleará la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para el estudio de la normatividad, se realizará a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática sobre nuestro problema de estudio.

Respecto al análisis de la información, se empleará la técnica del análisis cualitativo, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo.

Un dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística.

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del **análisis cualitativo**¹¹, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo. Donde un dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística¹².

Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y variables.
- Análisis y evaluación de la información.

¹¹ BRIONES, Guillermo. *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México Editorial Trillas, 1986, p. 43.

¹² ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Lima, Editorial Ffecaat, 2014, p. 74.

1.8.6. Validación de la hipótesis

Tratándose de un estudio cualitativo, el método para la validación de la hipótesis y logro de objetivos será mediante fue la **argumentación jurídica**¹³. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

Debemos tener presente que en este tipo de investigaciones no podemos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio (...) no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis (...)”¹⁴.

¹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Lima, Editorial Palestra, 2005.

¹⁴ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima, Editorial Grijley, 2011, p. 129.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

Revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP-UNASAM y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente por lo que podemos manifestar que la investigación será un aporte al entendimiento de la problemática jurídica sobre los contratos por adhesión de servicios de energía eléctrica, y su relación con el Estado, ante la desprotección de los derechos del consumidor, en la Provincia de Huaraz.

Asimismo, realizado la búsqueda se ha podido encontrar a nivel internacional los siguientes trabajos, que contribuyen en algún punto a la presente investigación y son pertenecientes a: Paulina Alejandra Gutiérrez Villegas (2002). *“El Contrato de Suministro de Energía Eléctrica a Clientes Libres”*. Universidad de Chile-Facultad de Derecho. Donde el autor plantea que: Los contratos de suministro de energía eléctrica a clientes libres, se definen legalmente en atención a la potencia conectada, esto es, a la potencia máxima que es capaz de consumir o demandar el respectivo cliente y que nunca puede ser mayor a la potencia instalada o suma de potencias nominales de los equipos que se tienen instalados para el efecto.

A nivel nacional hemos podido encontrar el trabajo de: Yris Cordova Cutipa (2012). *“Las cláusulas generales de contratación en el Perú y el estado*

de desprotección del consumidor”. Tesis Magisterial otorgada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la cual la autora propone que: Es necesario contar con la participación activa del Estado, en pro-y beneficio del consumidor, así mismo se ha de promover la capacitación voluntaria a la ciudadanía a través de foros, seminarios, debates académicos, practicados en universidades, colegios, asentamientos humanos a cargo de técnicos y operadores jurídicos, que compartan la necesidad de una justicia social.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. Cuestiones Generales sobre los Contratos por Adhesión

2.2.1.1. Antecedentes

No seremos muy minuciosos en lo que respecta a la descripción histórica de la evolución en general de los contratos, puesto que nuestro eje de estudio abarca, una noción mucho más rigurosa sobre los contratos por adhesión de servicios de energía eléctrica, y como es que actúa el estado en la protección de los derechos del consumidor.¹⁵

Siendo ello así, en lo referido al contrato por adhesión, encontramos antecedentes inmediatos en el Código Civil Italiano (de tendencia contractualista) y en el Código Civil Holandés (de tipo normativo). Nuestro modelo de contratación tradicional, producto de la influencia del Código de Napoleón, estuvo basado en los principios consagrados por la revolución francesa, que luego fueron revisados, por las nuevas estructuras de la revolución industrial inglesa y

¹⁵ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Transformación del Derecho de Propiedad*. Lima, en Derecho, N° 33, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1978, p. 76-77.

que en la actualidad se encuentran enmarcadas dentro de esa nueva estructura denominada “sociedad de consumo”.

2.2.1.2. Nociones generales

Esta modalidad o esquema de contratación evita las tratativas, las negociaciones, las objeciones, y solo exige del destinatario de la oferta una aceptación total de los términos ofrecidos.¹⁶ El consentimiento prestado por adhesión resulta de fenómenos económicos y sociales que exigen esa modalidad contractual. Sólo apreciando la intensidad de estos fenómenos es posible entender que esta forma de contratar no es una categoría autónoma del Derecho de contratos.¹⁷

El artículo 1390° de nuestro Código civil, menciona este esquema de contratación. En dicho tipo de contratos no existe lo que se conoce con el nombre de “tratos preliminares”, no hay ofertas y contraofertas, sólo cabe la aceptación de la oferta, o el rechazo de la misma. Pero siempre existirá ese factor esencial: el consentimiento. El contrato concertado por adhesión tiene identidad propia y contenido *sui generis* “de su propia especie”¹⁸

¹⁶ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General Del Contrato*. Buenos Aires, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 442.

¹⁷ Aun cuando Saleilles como digno representante de la doctrina francesa sugiere el término “contratos de adhesión”, que ganó inmediata aceptación, los inspiradores de nuestro Código civil, modifican la denominación, llamándolos “Contratos por adhesión”, señalando Manuel de la Puente y Lavalle en: “Teoría de los Contratos por adhesión”: *que la naturaleza del contrato no es la adhesión sino que esta es una forma como se manifiesta el consentimiento*, agregando que: *se pone de manifiesto que la característica de estos contratos es que la aceptación del destinatario de la oferta se declare en forma de adhesión a las condiciones prefijadas unilateralmente*. No estamos frente a una nueva categoría contractual, estamos frente a una modalidad distinta en la formación de contratos, pues *la adhesión no es el objeto del contrato sino la manera de celebrarlo*; a modo de ejemplo nosotros podemos celebrar contratos de compraventa, de suministro, o de arrendamiento a través de un contrato por adhesión; pero en un contrato de adhesión a simple vista careceríamos del objeto de celebración del mismo.

¹⁸ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis, “Contratos Parte General”*. Lima, Tomo I. Studium, 1986, pp. 9-10.

Respecto a las ventajas y desventajas de los contratos por adhesión, Arias-Schreiber ofrece una enumeración interesante que incluye como ventajas: la celeridad, la falta de regateo, la claridad del texto, las facilidades para el negocio a través de agentes en lugares lejanos y la reducción de costos. Como desventajas señala: la pérdida de la negociación, el debilitamiento de la autonomía, la inferioridad de la contraparte, la posibilidad que sea opresivo y el riesgo de cláusulas vejatorias.¹⁹

2.2.1.3. Naturaleza Jurídica

Existe en la doctrina una amplia controversia sobre la verdadera naturaleza jurídica de este contrato, a tal punto que algunos tratadistas sostienen que en realidad se trata, no de un verdadero contrato, sino de un simple acto unilateral. Aquellos que lo admiten como contrato, discuten también, si se trata de un contrato con todos los elementos suficientes para considerarlo como una “categoría genérica”; o si, por el contrario, participando formalmente de todos los elementos contractuales, se trataría solo de un esquema susceptible de ser utilizado por todos los demás contratos, por lo cual, obviamente se excluirá de la categoría de contrato genérico con estructura independiente y específica.

Considerar la adhesión como contrato²⁰, obliga a buscar sus inicios en Francia en la que los contratos por adhesión no eran vistos propiamente como contratos, pero luego de la Segunda Guerra Mundial, puede decirse que la

¹⁹ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. “*Contratos celebrados por adhesión y cláusulas generales de contratación*”. Lima, en “Actualidad Jurídica”. Tomo 84-B Noviembre, Editorial Gaceta Jurídica S.A, 2000, p. 231.

²⁰ Merecen citarse: Borda, Demogue, Josserand, Planiol y Ripert, (Salvat y Lafaille en Argentina) como defensores de la escuela contractualista, afirman que en esta modalidad se realiza la oferta y la aceptación como resultado de la libre determinación de los contratos.

doctrina francesa acogió los contratos por adhesión como verdaderos instrumentos contractuales.

La adhesión como acto unilateral,²¹ afirma que el contrato descansa en el principio que en él importa esencialmente una conciliación de intereses, de modo que cuando no se da este supuesto, o sea cuando no hay dos voluntades, una frente a la otra, que se ponen en contacto no hay contrato. Por tanto, contrato y adhesión son términos que no se concilian, la adhesión es más un sometimiento y no un consentimiento, nos encontramos frente a un acto unilateral constituido por la voluntad del que fija las condiciones con carácter inmodificable.

Las Tesis Intermedias han tenido también su espacio, autores como Lukas sostienen que los contratos por adhesión tienen una faceta contractual y otra reglamentaria o unilateral, ocurriendo que la primera es principal y la segunda es accesoria, pues no hace sino adherirse a aquella para integrarla, aunque es en esta parte reglamentaria donde se vuelca toda la influencia del monopolio, intereses generales de la industria, etc.

2.2.1.4. Definición

Desde una cuestión amplia, la adhesión es un sustantivo derivado del verbo “adherir”, que significa convenir en un recurso o dictamen utilizado por la parte contraria. Semánticamente adherir importa coincidir con lo expresado por

²¹ Hauriou y Duguit principales representantes de la escuela publicista y reconocidos autores del Derecho Administrativo, defienden y enriquecen su posición con aportes de esa rama del Derecho. Hauriou aborda el problema desde el punto de vista del Derecho Administrativo, considera al contrato de adhesión como “pura apariencia”, se presenta como un contrato cuando en realidad no lo es, por cuanto “su contenido reglamentario riñe con su envoltura”. A la luz de este enfoque, existe una sola voluntad que en uso de su poder dictar las pautas, convirtiéndose así en una “voluntad reglamentaria” que no trata de ponerse de acuerdo con otra, sino simplemente permanece en espera de que otras voluntades se plieguen obedientes a la suya.

otro. Una aproximación a su definición permitiría describir al contrato por adhesión como la aceptación, asentimiento o expresión de una voluntad. Aceptación dirigida a lograr la celebración de un contrato, admitiendo las cláusulas y condiciones de su contenido preparado previa y unilateralmente por el oferente-proponente.²²

El Código civil en su artículo 1390° prescribe: *“El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”*

Su particularidad, consistirá únicamente en la “forma de concertación”, es decir, en el acuerdo o convenio entre las partes, pues no se trata de un acuerdo al que llegan dos o más personas sobre un determinado asunto después de discutirlo, la adhesión es tan sólo una forma de expresar el consentimiento como en cualquiera de los contratos conocidos.

2.2.1.5. Características

Los autores no coinciden en un mismo número de características, por ello procuraremos presentar de manera resumida un mínimo de ellas reconocidas por la mayoría: la redacción anticipada y unilateral (sustentada en el hecho que una de las partes redacta el contrato sin consultar y discutir el contenido del mismo con la otra). La unidad e imposibilidad de negociación (reconoce en el contrato la

²² La autonomía de la voluntad, en este tipo de contrato, es reducida al mínimo (la etapa de la negociación ha sido suprimida por razones de celeridad contractual), la elección está entre la conclusión y la no conclusión; entre la “adhesión o la abstención”, lo que obstaculiza el libre juego de la concurrencia. En alguna medida la adhesión solo busca cumplir el requisito formal requerido, para hacer vinculante el contrato pre redactado.

característica de un todo unitario, inmodificable y estructuralmente concatenado). El grado de complejidad y tecnicismo (se explica en el poder de negociación del oferente que invierte recursos en redactar un contrato, recurriendo a abogados que se encargarán de elaborarlo con tal grado de tecnicismo que resulte difícil que algún hecho imprevisto escape a lo establecido en el).

La multiplicidad de personas a las que se dirige (El destinatario no es un individuo determinado, sino una generalidad de personas frente a la cual se mantiene la oferta). La asimetría entre las partes (Esa capacidad económica que fortalece al proponente-oferente, para imponer su voluntad). El estado de necesidad (sólo en virtud de este, el aceptante brinda su consentimiento en un contrato con condiciones pactadas unilateralmente), la aceptación como condición de la adhesión (referida a la manifestación de la voluntad del aceptante, expresando su deseo de contratar en las condiciones y cláusulas que aparecen en el contrato que se le presenta. Recién con su adhesión se estaría logrando el consentimiento, exigible en todo contrato).

2.2.2. Contratos Necesarios por Adhesión

2.2.2.1. Generalidades

Se llama así (con una terminología tomada de la doctrina y jurisprudencia francesas: contrato de adhesión) el contrato en el que las cláusulas son previamente determinadas y propuestas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro no tiene el poder de introducirle modificaciones y si no quiere aceptarlas debe renunciar a estipular el contrato: lo que introduce una limitación a

la libertad contractual y se resuelve en una imposición del contenido contractual ("o tomar, o dejar").²³

La falta de negociaciones y de discusión, así como también de participación en la determinación del contenido del contrato, que es propia de la adhesión, implica una situación de disparidad económica y de inferioridad psíquica para el contratante débil, por la que el contrato de adhesión llega a contraponerse al contrato que puede llamarse paritario (paritético) (y que constituye la regla) en el que la posibilidad otorgada a cada uno de los contratantes de concurrir o de influir sobre la determinación o sobre la elección del contenido del contrato es un síntoma de paridad económica y psíquica; y traduce en términos jurídicos esta paridad.

El contrato de adhesión, en sentido técnico, es distinto de aquel al que se denomina contrato "abierto", pero no es -en rigor- un contrato en el cual el hecho de la adhesión no denota una figura particular, sino el modo como vienen a agregarse partes nuevas a las partes originarias. La adhesión obra en los dos casos de una manera distinta: en el caso del contrato de adhesión en sentido técnico ella indica que el contenido del contrato no ha sido fijado libremente por el concurso de una y otra parte; en el segundo caso (el llamado contrato abierto), indica que al contrato pueden agregarse, después de su formación, otras partes: y aquí la terminología "contrato de adhesión" sería impropia o, por lo menos, designaría un fenómeno diverso del que ahora estudiamos.

²³ STIGLITZ, Rubén, y Gabriel STIGLITZ. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*. Buenos Aires, Editorial Depalma 1995, p. 84.

El contrato de adhesión supone una situación económica de monopolio legal o de hecho en la que el monopolista (productor del bien o del servicio, materia del contrato) impone su esquema contractual al consumidor.

En un régimen de competencia el contrato de adhesión o sería inconcebible o no podría arraigar, por cuanto el consumidor encontraría siempre un productor que, para atraer a un cliente nuevo, estaría dispuesto a concederle condiciones más favorables que otro y aceptar el concurso del consumidor en la determinación de las cláusulas contractuales. El presupuesto "monopolio" explica cómo el contrato de adhesión florece paralelamente al florecer de aquellas formas peculiares de monopolio que son las coaliciones entre empresas, las que, como se ha dicho, han sustituido a la lucha por la clientela, la lucha contra la clientela. Por eso se suele contraponer, en esta materia, el contratante económicamente fuerte (productor) al contratante económicamente débil (consumidor).²⁴

De allí la exigencia política de la intervención del Estado en defensa de la parte más débil de la relación contractual; defensa que, respecto al fenómeno del contrato de adhesión, se desarrolla en dos direcciones distintas pero en cierto modo convergentes: 1) tutela de la libertad del consumidor de aceptar o no el esquema contractual que él -encontrándose en el estado de necesidad de contratar- no tiene el poder de modificar; y a ello provee la acción de lesión o la acción de anulación por violencia psíquica, cuando eventualmente concurren sus extremos; 2) garantía de que el contratante débil se ponga en condiciones de

²⁴ CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?* Reflexiones sobre el caso de la televisión. Madrid, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T.II. 1991, p. 232.

estipular el contrato de adhesión con plena conciencia del contenido de las cláusulas que encierra.

Pero el contrato de adhesión no es sólo un fenómeno de patología económica. El contrato de adhesión es -de la misma manera que el contrato colectivo- un producto de la organización de los que, teniendo intereses homogéneos o afines, disponen por anticipado el esquema de los contratos a que están llamados a participar y es el resultado de la tendencia a "disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales", por lo que se hacen constantes algunas cláusulas, o como fruto de experiencias anteriores o por exigencias de organización²⁵.

Se ha puesto de relieve que en el fenómeno citado se manifiestan la necesidad de asegurar la uniformidad del contenido de todas las relaciones de naturaleza idéntica para una más precisa determinación del área a ellos inherente y de eliminar la dificultad que se opone a las negociaciones con los clientes, a las que no podrían atender sino agentes productores, carentes de legitimación para contratar; y la exigencia de simplificar la organización y la gestión de las empresas y de acelerar la conclusión de los contratos.

El primer elemento que tipifica el contrato por adhesión es que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin participación de la otra. Esta fijación puede ser, en teoría, previa a la oferta, aunque debe tomarse en consideración que la predisposición de las estipulaciones no es una característica

²⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La lesión". En: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, p. 24.

del contrato por adhesión (como sí lo es de las cláusulas generales de contratación), de tal manera que normalmente el oferente fija sus estipulaciones al momento de declarar su oferta.²⁶

De todas maneras, aún si fueran fijadas previamente, para que las estipulaciones resulten operativas deben incorporarse a la oferta, desde que, como se verá enseguida, están destinadas a que, mediante su aceptación, se forme el contrato. Esto sólo es posible técnicamente si las estipulaciones constituyen la oferta, que es la declaración contractual en la cual recae la aceptación. No sería dable que las estipulaciones fueran expresadas mediante una declaración distinta de la oferta, pues ello daría lugar a que el destinatario tuviera que aceptar dos declaraciones distintas, la que contiene las estipulaciones (para adherirse) y la que contiene la oferta (para contratar), lo cual está en contra del procedimiento de formación del contrato (tanto paritario como por adhesión) que requiere únicamente la aceptación de la oferta. Resulta ineludible, pues, que en el contrato por adhesión las estipulaciones formen parte de la oferta.

Por otro lado, en este contrato la aceptación íntegra de las estipulaciones determina la celebración del mismo, en el sentido que no cabe distinguir entre estipulaciones y oferta, desde que no hay parte del contenido contractual que escape a la fijación unilateral. No sería contrato por adhesión si sólo una fracción del contenido contractual fuera prefijada unilateralmente por una de las partes y el resto fuera el resultado de una modelación común de ambas, desde que la esencia de este contrato es que todas sus condiciones sean fijadas unilateralmente.

²⁶ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General Del Contrato*. Buenos Aires, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 442.

Obsérvese que el artículo 1390° habla de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones, de tal manera que son éstas las que determinan el contenido del contrato. En estas circunstancias, las estipulaciones fijadas por una de las partes no sólo deben formar parte de la oferta, sino que constituyen toda la oferta.²⁷

Podría repararse que es posible que la oferta no la formule el redactante de las estipulaciones sino alguien que desea contratar con él y que, en este caso, la oferta no contendría las estipulaciones sino las condiciones propias del oferente. Empero, debe observarse que como el redactante sólo está dispuesto a contratar en sus propios términos, modificará la oferta recibida para adecuarla a estos términos, y como tal modificación tendrá el carácter de contraoferta, sus estipulaciones constituirán realmente la oferta del contrato por adhesión.

El hecho que el contrato sea modelado por ambas partes o por sólo una de ellas podrá ser un problema de ejercicio de la libertad de configuración interna, pero no afecta la esencia del contrato, que es el acuerdo de declaraciones de voluntad. En la medida que se llegue a este acuerdo por una u otra vía se habrá alcanzado la finalidad del contrato, que es la creación de la relación jurídica patrimonial entre las partes.

En principio, la oferta del contrato por adhesión es de carácter naturalmente *recepticio* “acción personal”, o sea que debe ser dirigida a uno o varios destinatarios determinados para ser conocida por ellos. En tal eventualidad, la oferta es obligatoria, o sea que no puede ser revocada por el oferente. Sólo en

²⁷ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis, “Contratos Parte General”*. Lima, Tomo I. Studium, 1986, pp. 9-10.

el caso de que la oferta de este contrato sea dirigida a personas indeterminadas, bien sea al público en general o bien *ad incertarn personarn*, no tendrá carácter *recepticio* “acción personal”, dado el tratamiento de invitación a ofrecer que le da el Código Civil.²⁸

Si en el contrato por adhesión la oferta se hace al público la situación puede complicarse por la naturaleza de esta oferta. Bullard²⁹ destaca, con acierto, que si el artículo 1388° del Código Civil establece que la oferta al público vale como invitación a ofrecer, resultaría que el oferente es el que se adhiere a las estipulaciones fijadas por el invitante. Entiendo que, en este caso, la mecánica de la operación es que la oferta al público, desde que tiene que ser completa, debe estar constituida por las estipulaciones fijadas por el prerredactante, pero como esta oferta no vale como tal sino como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes acceden a esta invitación, la alternativa no está, en realidad, contenida en la declaración considerada como oferta sino en la considerada como invitación, de tal manera que los invitados, dada la naturaleza del contrato por adhesión, sólo pueden optar entre ofrecer ciñéndose total y exclusivamente a las estipulaciones fijadas en la invitación o no ofrecer.³⁰

En realidad, cuando el invitado opta por ofrecer, su oferta, si bien es declarada por él, es redactada por el oferente al público. Este oferente, que es

²⁸ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis, “Contratos Parte General”*. Lima, Tomo I. Studium, 1986, p. 84.

²⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “*La parábola del mal samaritano*”. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos. En: “*Themis – Revista*”, p. 225.

³⁰ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. “*Contratos celebrados por adhesión y cláusulas generales de contratación*”. Lima, en “*Actualidad Jurídica*”. Tomo 84-B Noviembre, Editorial Gaceta Jurídica S.A, 2000, pp. 9-10.

considerado como destinatario de las ofertas de los invitados, está en libertad de escoger.

Quizá por esto es que se piensa que en los contratos clásicos el oferente tiene la iniciativa de la conclusión del contrato y la iniciativa en la determinación del contenido contractual, mientras que en los contratos por adhesión las dos iniciativas pueden estar separadas, correspondiendo la iniciativa en la conclusión del contrato al oferente (invitado) y la iniciativa en la determinación del contenido contractual al estipulante (invitante), quien sería el destinatario de la oferta.³¹

El segundo elemento característico de la definición legal del contrato por adhesión es que la parte que redacta o fija las estipulaciones plantea a la otra una alternativa inmodificable entre la aceptación íntegra de tales estipulaciones, o sea de su oferta, y el rechazo, también íntegro de ella. Obsérvese que no se trata de una imposición, en el sentido que el redactante preferente presiona o somete al destinatario para que acepte su oferta, sino únicamente lo coloca en una disyuntiva ante la cual el destinatario tiene, en principio, amplia libertad de elección entre la aceptación y el rechazo

2.2.2.2. El contrato prácticamente necesario

La realidad de la vida pone de manifiesto que, si bien teóricamente toda persona, en ejercicio de la autonomía privada, se encuentra en libertad de contratar o no contratar y de determinar el contenido del contrato, existen

³¹ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis, "Contratos Parte General"*. Lima, Tomo I. Studium, 1986 p. 84.

determinados bienes y servicios que resultan indispensables para satisfacer necesidades imprescindibles de la persona, lo cual la lleva a vincularse jurídicamente con otras personas para obtener, a través de las relaciones con éstas, la provisión de tales bienes y servicios. En la gran mayoría de los casos, estos vínculos jurídicos se establecen a través de contratos.

Se comprende que se presenta así en la persona un estado de necesidad que la compele a concluir los contratos aptos para ello, pero en la celebración de los cuales carece del poder de negociación que le permitiría encontrarse en un plan de igualdad para aceptar o rechazar los planteamientos que se le hagan. Su estado de necesidad la lleva a someterse a las condiciones según las cuales obtendrá la provisión de los bienes y servicios. Son, los llamados "contratos sin combate".

Se produce de esta manera una primera quiebra de la libertad de modelar el contrato, pues surge, quizá imperceptiblemente al principio, una parte fuerte, que impone condiciones, y una parte débil, que las acepta. El contratar en las condiciones impuestas empieza a convertirse en necesario, por ser la única manera de alcanzar la efectiva provisión de los anhelados bienes y servicios.

Por otro lado, estos bienes y servicios suelen ser provistos por empresas que ocupan, de hecho, o por derecho, una situación de monopolio (u oligopolio) que les permite controlar el mercado. No es justificable, pero sí comprensible, que tales empresas caigan en la tentación de utilizar el poder que les da encontrarse en esa situación para imponer condiciones que no están dispuestas a

negociar, porque saben que, a la corta o a la larga, serán acatadas. Para ello, el medio más eficaz que tienen a su disposición es el contrato.³²

Este es el origen del contrato llamado prácticamente necesario, pues sin ser su necesidad impuesta por el ordenamiento jurídico, la parte débil, entendida como aquella compelida por las circunstancias a obtener los bienes y servicios cuya provisión se encuentra monopolizada por un grupo de empresas, se encontró colocada en la necesidad de contratar, aceptando las condiciones impuestas por tales empresas. Es por ello que estos contratos han sido llamados también "de agarrotamiento o de opresión". El contrato prácticamente necesario se ha convertido, así, en una realidad que no es posible desconocer.

2.2.2.3. Características

La doctrina se ha cuidado de señalar las características del contrato del rubro. Empero, dada la confusión existente sobre la esencia de este contrato, se han incluido, por lo general, rasgos que son más bien peculiares de la contratación en masa o de las cláusulas generales de contratación. Perdónese me si soy insistente, pero creo que el contrato necesario por adhesión tiene identidad propia, que lo distingue de otras maneras de contratación (que pueden ser muy similares o darse en circunstancias a veces difíciles de separar), por lo cual voy a referirme sólo a aquellos atributos que, a mi juicio, realmente le corresponden.

1) El contrato es configurado exclusivamente por una de las partes:

Esta característica tiene una importancia muy grande pues determina que, a

³² ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. "Contratos celebrados por adhesión y cláusulas generales de contratación". Lima, en "Actualidad Jurídica". Tomo 84-B Noviembre, Editorial Gaceta Jurídica S.A, 2000 pp. 9-10.

diferencia de los contratos paritarios, no exista una de las dos manifestaciones de la autonomía privada, que es la libertad contractual, llamada más propiamente de configuración interna. Una de las partes, el estipulante, fija unilateralmente todos los términos del contrato, de tal manera que, cuando éste se celebra, la relación jurídica patrimonial creada por él responde exclusivamente a la voluntad del oferente.³³

2) La oferta (o, en su caso, la invitación a ofrecer) no puede ser discutida: Lo que da lugar a que el destinatario se vea colocado, como establece el artículo 1390 del Código Civil Peruano, en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte. Es necesario que la imposición de esta alternativa fluya claramente de la oferta o de las circunstancias en que ella es emitida. Obsérvese que éste es un requisito impuesto por el oferente, que no depende del estado de necesidad en que pueda encontrarse el destinatario, ya que sea quien fuere éste debe atenerse a optar por uno de los dos extremos. Como se dice coloquialmente "o lo tomas o lo dejas". Se trata, pues, de una oferta especial, distinta de la del contrato paritario, en la que se incorpora, como uno de los elementos de ella, la alternativa exclusiva entre aceptar o rechazar. Se excluye obviamente la contraoferta.

3) El oferente se encuentra en una situación de poderío: Por determinadas circunstancias, que pueden variar, el oferente o estipulante goza del poder de disponer la provisión de bienes o servicios que son necesarios para el destinatario. El poder del oferente no radica necesariamente, pues, en tener el

³³ STIGLITZ, Rubén, y Gabriel STIGLITZ. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*. Buenos Aires, Editorial Depalma 1995, p. 84.

control de una provisión cualquiera, ya que si se tratara de bienes o servicios de muy poca necesidad o que son fungibles no tendría ese poder, sino en que la provisión de ellos sea indispensable para el destinatario. Sólo así el destinatario se verá compelido a optar por la aceptación, que es el verdadero poder que interesa al oferente. De nada valdría a éste que el destinatario se encontrara, realmente, en la libertad de aceptar o rechazar la oferta, pues el rechazo de ella frustraría el interés del oferente.³⁴

Esta característica, al igual que la que sigue, es lo que diferencia el simple contrato por adhesión del contrato necesario por adhesión, ya que en el primero el oferente impone, al destinatario la alternativa entre aceptar o rechazar las estipulaciones, pero carece del medio compulsivo para llevar al destinatario a la aceptación. Generalmente el poder del oferente proviene de encontrarse en una situación de monopolio de hecho o de derecho o en cualquier otra situación que le proporcione el control de la provisión de los bienes o servicios. Sin embargo, puede darse el caso que, sin tener el control de la provisión, los bienes o servicios que ofrezca sean de una calidad muy superior a los de la competencia, lo que llevará al consumidor a verse realmente compelido a adquirirlos.³⁵

Finalmente debe observarse que el poderío del oferente no tiene que ser necesariamente económico, pues puede ocurrir que en la relación contractual el económicamente fuerte sea el que se encuentre en estado de necesidad, como sería el caso del arrendamiento de casas en una playa de pescadores de moda

³⁴ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado*. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2000, p. 67.

³⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La lesión". En: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, p. 24.

4) Como correlato de la característica anterior: El destinatario de la oferta o de la invitación a ofrecer debe considerarse necesitado del bien o servicio ofrecido: No basta que el destinatario se encuentre en un estado de necesidad, sino que sea consciente de ello, pues de nada valdrá al oferente poner al destinatario en una alternativa forzosa si es que éste no se da cuenta que se halla colocado entre la espada y la pared, pues no se vería compelido a aceptar. Por otro lado, como se ha indicado anteriormente, la necesidad del destinatario puede ser real o psíquica, esto es que verdaderamente se encuentra en estado de necesidad o crea encontrarse en ese estado. Esto último suele ocurrir cuando se fomenta el consumismo mediante una propaganda sumamente efectiva, que da lugar o lo que se ha llamado agudamente "un poder de seducción".

5) La oferta contiene estipulaciones que agravan la situación del destinatario: Esta no es una característica indispensable en el contrato necesario por adhesión, pero se da con tanta frecuencia que es necesario considerarla. En efecto, teniendo el oferente la libertad de fijar las estipulaciones del contrato, cuida con toda razón de velar adecuadamente por sus intereses. Empero, aprovechando de encontrarse en una situación de poderío frente a su contraparte no es raro que establezca estipulaciones que, sin llegar a ser ilícitas, indebidamente le favorecen o que, también indebidamente, perjudican a la contraparte.

La experiencia nos enseña que en la mayoría de los contratos necesarios por adhesión hay cláusulas que rompen el equilibrio contractual en detrimento del adherente. Tales cláusulas reciben en el lenguaje jurídico el nombre de vejatorias

y son materia de un tratamiento especial por el artículo 1398° del Código Civil Peruano.³⁶

2.2.2.4. Naturaleza Jurídica

La confusión que se hace entre los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación da lugar a que, también en el tema de la naturaleza jurídica, se mezclen argumentos que, en realidad, corresponden a situaciones distintas. Trataré nuevamente, por lo tanto, de aislar las razones aplicables exclusivamente a los contratos necesarios por adhesión.³⁷

Poco se ha avanzado en los últimos años respecto a la naturaleza jurídica del contrato por adhesión, de tal manera que la mayoría de lo que he dicho en otro trabajo mantiene su vigencia. Para no incurrir en innecesarias repeticiones, me voy a limitar a destacar algunos enfoques novedosos, que sí se han dado, y a comentar argumentos presentados desde ángulos diversos.

Para este efecto se van a revisar las tesis de la adhesión como acto unilateral, de la adhesión como contrato y las intermedias.³⁸

a) Acto Unilateral: Los abanderados de esta posición siguen siendo Saleilles, Duguit y Hauriou³⁹, a los que se ha sumado posteriormente Buen

³⁶ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado*. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2000 p. 67.

³⁷ STIGLITZ, Rubén, y Gabriel STIGLITZ. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*. Buenos Aires, Editorial Depalma 1995, p. 84.

³⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "La parábola del mal samaritano". Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos". En: "*Themis – Revista de Derecho*", publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima 2001; p. 225.

³⁹ HAURIOU Y DUGUIT principales representantes de la escuela publicista y reconocidos autores del Derecho Administrativo, defienden y enriquecen su posición con aportes de esa rama del Derecho. Hauriou aborda el problema desde el punto de vista del Derecho Administrativo, considera al contrato de adhesión como "pura apariencia", se presenta como un contrato cuando en realidad no lo es, por cuanto "su contenido reglamentario riñe con su envoltura".

Lozano, quienes consideran que el llamado contrato por adhesión es solamente un acto unilateral, producto de la voluntad del estipulante, que si bien requiere de la adhesión del destinatario para producir efectos, esta adhesión no cambia su naturaleza unilateral, pues se trata simplemente de un mecanismo para que entre en vigor, a semejanza, de la promulgación de una ley con respecto a su validez.

Se han dado como razones para justificar la naturaleza unilateral de la adhesión la falta de discusión y la desigualdad de las partes, argumentándose que el contrato es, en su esencia, un acuerdo de dos voluntades que libremente desean modelar el contrato para establecer entre ellas una relación jurídica que responda a sus respectivos intereses.

Cuando está ausente uno de estos elementos -la discusión de los términos del contrato y la igualdad de los contratantes- el acto jurídico es obra de una de las partes, la que por su posición de poderío no admite la discusión e impone su voluntad unilateral, y carece de la bilateralidad tanto en la configuración como en la conclusión que es propia del contrato.

Quizá constituye un aporte novedoso en el sentido que cuando la voluntad se manifiesta mediante una adhesión incondicional, motivada por un indiscutible estado de necesidad, no se llega a un acuerdo de voluntades, de donde colige que la figura resultante de la adhesión no puede ser un contrato.

Otro enfoque muy interesante es el que sostiene que la esencia del contrato radica en la fase de las tratativas, durante la cual se forma

realmente la voluntad común, de tal manera que la oferta y la aceptación sólo son momentos conclusivos de la actividad precontractual de las partes. Si dicha fase se elimina no puede formarse la voluntad común ni, por consiguiente, existir contrato.

No me refiero al carácter normativo que esta posición concede a la redacción unilateral, pues dicho carácter, entendido como su trascendencia en suplir las lagunas de la ley en sectores enteros del tráfico, está referido más propiamente a las cláusulas generales de contratación que a los contratos por adhesión.

b) La Adhesión Como Contrato: Cada vez se afianza más en la doctrina la opinión de que el contrato por adhesión, incluyéndose el contrato necesario por adhesión, constituye una modalidad de contrato. Tampoco se han hecho en apoyo de esta tesis nuevos planteamientos. El argumento principal sigue descansando en que no es connatural al contrato el que sea precedido por tratativas, pues lo único importante es que exista consentimiento (o sea acuerdo de declaraciones de voluntad) y éste puede formarse tanto a través de una discusión previa como de una aceptación inmediata. Se admite que en el contrato necesario por adhesión puede haber una menor libertad que en el contrato paritario para llegar al consentimiento, pero se niega que esto determine la inexistencia del contrato, sino únicamente que se debe velar más cuidadosamente,

mediante normas de protección y procedimientos de interpretación, para evitar el posible abuso del poder por una de las partes contratantes.⁴⁰

2.2.3. Los Servicios Públicos

2.2.3.1. Concepto

Entendemos por Servicios Públicos, las actividades, entidades u órganos públicos o privados con personalidad jurídica creados por Constitución o por ley, para dar satisfacción en forma regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, bien en forma directa, mediante concesionario o a través de cualquier otro medio legal con sujeción a un régimen de Derecho Público o Privado, según corresponda.⁴¹

Cuando se menciona que «son actividades, entidades u órganos públicos o privados» se refiere esta expresión a los servicios públicos, en sentido material; vale decir, toda tarea asumida por una entidad pública, bien se trate de la República, el Distrito Capital, los Estados, los Municipios y los Distritos-personas jurídicas de Derecho Público de carácter territorial- o prestados a través de entes descentralizados funcionalmente: Institutos autónomos, empresas del Estado, fundaciones, asociaciones, sociedad; y sociedades civiles del Estado (entes no territoriales). No obstante, cabe decir que el servicio público también puede ser prestado por particulares conforme al orden jurídico pertinente.

⁴⁰ ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil y Derecho De Obligaciones*. Volumen primero. Décima Edición. Barcelona: José María Bosch Editor. S.L 1997, pp. 78-80.

⁴¹ KRESALJA, Baldo. *El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos*. Editorial Themis 1999, pp. 47-48.

2.2.3.2. La noción tradicional del servicio público

El concepto de servicio público aparece históricamente como todo aquello que guarda relación con los asuntos colectivos del Estado y que se contrapone a los asuntos privados. Tal fue la importancia histórica de esta doctrina consolidada por la Escuela de Burdeos, que León Duguit llegó a sostener que los tres elementos esenciales del Estado eran la Nación, los servicios públicos y el territorio⁴².

En la noción tradicional del servicio público, el acto de declaración *publicatio* de una actividad o de un sector como “público”, como “servicio público”, significa que tal actividad queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de actuación de los particulares, aunque pueda darse a estos en concesión, la que de producirse tendrá un carácter traslativo, en el sentido que supone la transferencia de unas facultades o poderes de actuación que antes no tenían. Las actividades comprendidas bajo la *publicatio* “publicación o público” como servicios públicos podrán y pueden estar regidas por el derecho privado. Sin embargo, dado el compromiso político implicado en la prestación, así como la necesidad de satisfacer los requerimientos colectivos, históricamente se prefirió someterlo a un régimen jurídico de derecho público.

Siguiendo a Kresalja⁴³, los elementos constitutivos del servicio público son los siguientes: i) se trata de una actividad de prestación que el Estado asume, por organización propia o por delegación, y de la cual es primariamente responsable;

⁴² DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Francisco Beltrán Editor 1926, p. 71.

⁴³ KRESALJA, Baldo. *El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos*. Editorial Themis, 1999, pp. 47-48.

ii) la titularidad del Estado sobre la actividad se manifiesta: a) por una declaración formal *publicatio* “publicación o público” que supone la reserva de un sector y su posterior—y a veces necesaria— concesión a terceros, y b) por una intensa reglamentación que configure y obligue al desarrollo de la actividad; iii) se trata de una actividad en la que se aplica el régimen de derecho público, esto es, el servicio público goza siempre de una protección especial, aunque en su régimen de gestión la actividad pueda venir sometida al derecho privado; iv) no se trata de actividades necesarias al ser del Estado, como son las de soberanía, sino de mera utilidad, aunque indispensables o muy importantes para la vida de la sociedad; v) se trata de una prestación regular y continua, características sobre las que se edifica buena parte de su especial régimen jurídico (huelgas, quiebras, fusiones, etc.); y vi) se trata de una actividad dirigida a la utilidad general del público porque a través de ella no se tiene como objetivo conseguir ingresos para el Tesoro Público.

Brewer-Carías, destaca que la noción de servicio público implica necesariamente la restricción de la libre iniciativa privada: «En mi criterio, esta consecuencia de la noción de servicio público es la más importante desde el punto de vista jurídico, que cuando una actividad prestacional se erige en servicio público, es decir se impone obligatoriamente al Estado, [...] se restringe automáticamente la libertad económica de los particulares en el sentido de que no pueden libremente ejercer dicha actividad»⁴⁴.

⁴⁴ Brewer-Carías, Allan. “*El régimen constitucional de los servicios públicos*”. p. 6 Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/content/449725d/f1cb.../1.1851.pdf>. Consulta: 20.8.2013.

Algunos autores citan la concepción utilizada, que define al servicio público como «actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que esta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio público de manera regular y continua».

A la noción tradicional del servicio público, Parejo la conceptúa como la noción formal, subjetiva y estricta de servicio público que alude a las características que debe reunir: continuidad, regularidad, igualdad de acceso y trato, universalidad, adecuación al progreso técnico, etc.⁴⁵.

En la jurisprudencia Constitucional Peruana se asume la concepción formal, subjetiva y estricta del servicio público en el fundamento 40, de la sentencia recaída en el expediente 034-2004-PI/TC, que declaró infundada una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1° al 5° de la ley N° 26271, ley que estableció el derecho a pases libres y pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros a favor de policías, bomberos, universitarios y escolares, es decir, se asumió la definición tradicional del servicio público. Así, declaró que: « [...] es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país.

⁴⁵ Parejo, Luciano. *Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros*. Disponible en: <http://biblio.jurídicas.unam.mx/libros/6/2544/20.pdf>. Consulta: 19. 8. 2013.

2.2.3.3. Características de los Servicios Públicos

Según la doctrina y el ordenamiento jurídico que los rige⁴⁶, los rasgos más resaltantes de los servicios públicos pueden compendiarse así:

- A.** Todo servicio público debe suministrarse con un criterio técnico gerencial y con cuidadosa consideración a las funciones del proceso administrativo, tanto en su concepción orgánica como en el sentido material y operativo.
- B.** Debe funcionar de manera permanente, es decir, de manera regular y continua para que pueda satisfacer necesidades de las comunidades por sobre los intereses de quienes los prestan.
- C.** La prestación del servicio público, no debe perseguir principalmente fines de lucro; se antepone el interés de la comunidad a los fines del beneficio económico de personas, organismos o entidades públicas o privadas que los proporcionan.
- D.** Generalmente les sirve un organismo público, pero su prestación puede ser hecho por particulares bajo la autorización, control, vigilancia, y fiscalización del Estado, con estricto apego al ordenamiento jurídico pertinente.

2.2.3.4. Clasificación de los Servicios Públicos

En doctrina existen diferentes tipos de criterios para clasificar los servicios públicos:

⁴⁶ TORNOS MAS, Joaquín. *Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2004, pp. 7-18.

- Esenciales y no esenciales: Los primeros son aquellos que de no prestarse pondrían en peligro la existencia misma del Estado: policía, educación, sanidad. Los no esenciales; a pesar de satisfacer necesidades de interés general, su existencia o no prestación no pondrían en peligro la existencia del Estado; se identifican por exclusión de los esenciales.⁴⁷
- Permanentes y esporádicos: Los primeros son los prestados de manera regular y continua para la satisfacción de necesidades de interés general. Los esporádicos; su funcionamiento o prestación es de carácter eventual o circunstancial para satisfacer una necesidad colectiva transitoria.
- Por el origen del órgano del Poder Público o ente de la administración que los presta, puede ser: Nacionales, Estatales, Distritales, Municipales y concurrentes si son prestados por cada una de las personas jurídicas territoriales: nacionales por la República u otros órganos del Poder Nacional. Hay servicios públicos de competencia concurrente; son aquellos en cuya prestación concurren distintos órganos de los niveles del Poder Público, bien sean nacionales, distritales, estatales o municipales y los hay que son prestados en forma exclusiva por órganos de la administración o por los particulares.
- Desde el punto de vista de la naturaleza de los servicios: Se clasifican en servicios administrativos y servicios públicos industriales y comerciales; éstos últimos específicamente referidos a las actividades de comercio, bien sea de

⁴⁷ KRESALJA, Baldo. *El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos*. Editorial Themis 1999, pp. 47-48.

servicios para atender necesidades de interés general o los destinados con fines lucrativos y no a satisfacer necesidades colectivas.

- Servicios públicos obligatorios y optativos: Los primeros los señalan como tales la Constitución y las leyes; y son indispensables para la vida del Estado. Los optativos, el orden jurídico los deja a la potestad discrecional de la autoridad administrativa competente.
- Por la forma de prestación de servicio: Directos y por concesionarios u otros medios legales. En los primeros, su prestación es asumida directamente por el Estado (nacionales, estatales, municipales, distritales, entes descentralizados). Por concesionarios: no los asume directamente el Estado; prestan a través de concesionarios.

2.2.3.5. Elementos o principios fundamentales de los Servicios públicos

- a. Iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de asuntos de su competencia.
- b. Interponer, adherirse o de cualquier modo intervenir en las acciones inconstitucionalidad, interpretación, amparo, hábeas corpus, hábeas data, medidas cautelares y demás acciones o recursos judiciales y, cuando lo estime justificado y procedente, las acciones subsidiarias de resarcimiento, para la indemnización y reparación por daños y perjuicios, así como para hacer efectiva las indemnizaciones por daño material a las víctimas.

- c. Actuar frente a cualquier jurisdicción, bien sea de oficio, a instancia de parte o por solicitud del órgano jurisdiccional correspondiente.
- d. Mediar, conciliar y servir de mediador en la resolución de conflictos materia de su competencia, cuando las circunstancias permitan obtener un mayor y más rápido beneficio a los fines tutelados.⁴⁸
- e. Velar por los derechos y garantías de las personas que por cualquier causa hubieren sido privadas de libertad, reclusas, internadas, detenidas o que de alguna manera tengan limitada su libertad.
- f. Visitar e inspeccionar libremente las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, así como cualquiera otra institución o empresa en la que se realicen actividades relacionadas con el ámbito de su competencia, a fin de garantizar la protección de los derechos humanos.
- g. Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección.
- h. Solicitar a las personas, sujetos, autoridades e instituciones, la información o documentación relacionada al ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna y, formular las recomendaciones y observaciones necesarias para el cumplimiento de sus objetivos.
- i. Denunciar ante las autoridades correspondientes al funcionario (a) o particular que incumpliere con su deber de colaboración preferente y urgente,

⁴⁸ TORNOS MAS, Joaquín. *Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2004, pp. 7-18.

en el suministro de información o documentación requerida en ejercicio de las competencias.

- j.** Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que le sean ocasionados con motivo del mal funcionamiento de los servicios públicos.
- k.** Solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y las sanciones a que hubiere lugar por la violación de los derechos del consumidor y el usuario.
- l.** Promover la suscripción, ratificación y adhesión de tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, así como promover su difusión y aplicación.

2.2.3.6. La transformación del servicio público: El servicio de interés económico general y el servicio universal

A nuestro juicio, el servicio público no ha muerto como proclamaban entusiastas los corifeos del neoliberalismo a fines del siglo XX. Hoy hasta privatistas como Ariño no proclaman los funerales del servicio público sino que

sostienen que el proceso de globalización exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica⁴⁹.

En verdad como afirma Muñoz Machado la muerte del servicio público es imaginaria⁵⁰. El concepto de servicio público viene mutando y adquiriendo nuevos contenidos y definiciones técnico-jurídicas especialmente durante los últimos años, lo que ha dado lugar a un debate intenso que se ha visto impulsado por desarrollos tecnológicos, desregulación normativa, promoción de la competencia económica y procesos de privatización. A ello, se ha sumado en el Perú el proceso de transformación del Estado basado en el principio de subsidiariedad e incorporado al texto constitucional en el artículo 60⁵¹, así como a la legislación positiva.

Así, para Tornos son servicio público aquellas actividades prestacionales necesarias para la cohesión social. Les corresponde determinarlas a la sociedad, y no al mercado, a través de normas jurídicas del más alto nivel como la Constitución y las leyes. Este autor sostiene que el concepto tradicional del servicio público como actividad prestacional de contenido económico reservada en su titularidad a la Administración Pública debe renovarse con la idea central de que el servicio público es la asunción por parte del Estado de la responsabilidad de garantizar determinadas prestaciones técnicas⁵².

⁴⁹ ARIÑO, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: Ariño y Asociados y ARA Editores 2004, p. 614.

⁵⁰ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y mercado*. Tomo I: los fundamentos, Madrid: Civitas 199, p. 178.

⁵¹ El citado artículo 60 establece que: “Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público de manifiesta conveniencia nacional”.

⁵² TORNOS MAS, Joaquín. *Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local 2004, pp. 7-18.

En una dirección similar, Chinchilla⁵³ señala que el servicio público es por eso una obligación que se impone a los gobernantes de asegurar sin interrupción el cumplimiento de actividades que satisfacen las necesidades de la comunidad, de modo que si esas necesidades se corresponden con derechos fundamentales, el servicio público opera como una técnica de realización de los mismos. Se trata de servir a los intereses generales y asegurar una digna calidad de vida.

En el año 2007 se aprobó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su artículo 36° estableció que: «La Unión Europea reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión».

En el derecho comunitario de la Unión Europea el concepto de servicio público se ha reconvertido en la nueva meta concepto del “servicio de interés económico general” o “servicio de interés general”.

Algunos autores como, Zegarra conceptúan a los servicios de interés general como aquellas actividades públicas o privadas que pueden abarcar servicios bajo el mercado o no, que tienen a su cargo misiones de interés general. En consecuencia, deben responder a principios de continuidad, universalidad e igualdad de acceso y transparencia, y que en razón de ello están sometidos a obligaciones de servicio público que plasman valores colectivos tales como la

⁵³ CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión*. Madrid, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T.II. 1991, p. 967.

cohesión social, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la garantía de un mínimo común de bienestar⁵⁴.

Otro concepto innovador surgido como complemento básico de la liberalización del mercado de servicios, tales como las telecomunicaciones, y que es a su vez un contenido del servicio económico de interés general, es el servicio universal, que es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, para todos los ciudadanos, al margen de su situación económica, social o geográfica.⁵⁵ Por ejemplo, establecer que todos tenemos derecho a una conexión telefónica y al servicio correspondiente y a precios asequibles y sin retrasos irrazonables.

Así, se afirma que es una especie de síntesis entre el objetivo de un mercado más comercial y la preocupación de una cierta continuidad del servicio, una suerte de intento de conciliación de los principios originales del servicio público con los de economía de mercado.⁵⁶

Debe resaltarse que en la mencionada sentencia recaída en el expediente 034-2004-PI/TC, el Tribunal Constitucional afirma que es obligación constitucional del Estado garantizar la prestación del servicio público sin que necesariamente se imponga una titularidad estatal del servicio. Así, la jurisprudencia constitucional peruana también asume la concepción amplia o funcional de los servicios públicos; en el fundamento jurídico 41 declara que:

⁵⁴ ZEGARRA, Diego. *“El servicio público”*. Lima: Palestra 2005, p. 232.

⁵⁵ RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Servicio público y Derecho Comunitario y Sociedad*. Europa. 2006, p. 40.

⁵⁶ RODRÍGUEZ ARANA. Ob. cit., p. 41.

«[...] hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente, la titularidad estatal⁵⁷, sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas, y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el Estado».

Asimismo, en el fundamento 42 el Supremo Intérprete de la Constitución, se afirma que la concesión del servicio público a privados habilita un rol de intervención del Estado en procura del interés público: « [...] pues la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población».

2.2.3.7. Los servicios públicos sociales

En esa línea de ideas, los servicios sociales son servicio público cuando se trata de actividades prestacionales que la Administración se compromete a organizar y a prestar de forma directa o indirecta, incluyéndolas dentro del sistema público.

Además, las actividades reglamentadas serán las prestaciones sociales que realice el sector privado fuera del sistema de responsabilidad pública y bajo la supervisión administrativa.

⁵⁷ En nuestra opinión el Tribunal Constitucional confunde en esta sentencia el concepto de titularidad o *publicatio* “publicación” con la gestión de la empresa prestadora del servicio, pues la titularidad es siempre estatal cuando se trata de un servicio público —no de un servicio de interés general—, mientras que la gestión puede ser tanto del Estado como de empresas privadas, usualmente en esta época en competencia con otras empresas de la misma categoría.

2.2.4. Los Servicios de Energía Eléctrica

2.2.4.1. Panorama del sector⁵⁸

El principal tipo de energía que se utiliza es la eléctrica. Es más, el desarrollo económico y social de un país está ligado a su uso, ya que es el motor de la industria y de los servicios y hace posible mejorar la calidad de vida de las personas.

En el Perú el sector eléctrico es uno de los más dinámicos. Su actividad está sujeta a regulación, la cual tiene como objetivo que se brinde un servicio adecuado a toda la sociedad con por lo menos estándares mínimos de calidad. Participan de él tanto el Estado como la actividad privada.

A. Perfil histórico

Durante la década de 1970 la generación eléctrica en el Perú era incipiente y de carácter privado, mediante concesiones de mediano plazo y mediana envergadura, lo que implicaba un abastecimiento limitado a las principales ciudades y de poco alcance para las regiones alejadas del centro del país.⁵⁹

En 1972 se creó la Empresa de Electricidad del Perú S. A. (Electroperú), de propiedad del Estado, y se aumentó sustancialmente la capacidad de generación del sector. Los problemas aún no superados se circunscribían al aspecto tarifario y a la administración del sector, lo que se reflejaba en indicadores de consumo

⁵⁸ TORNOS MAS, Joaquín. *Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2004, pp. 7-18.

⁵⁹ CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?* Reflexiones sobre el caso de la televisión. Madrid, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T.II. 1991, p. 967.

que nos ubicaban a la saga del resto de nuestros vecinos sudamericanos. A fines de esa década, todas las empresas del sector eran propiedad del Estado como consecuencia del proceso de estatizaciones llevado adelante.

Con el propósito de cambiar esta situación, en 1992 se promulgó el Decreto Ley N° 25844 (Ley de Concesiones Eléctricas). Las reformas que incorporó esta ley fueron, en primer lugar, la eliminación del monopolio del Estado sobre las actividades de generación y venta de energía, en la cual se distinguen tres etapas: 1) generación de energía, 2) transmisión y 3) distribución a los usuarios finales. Además, se promovió la inversión privada en proyectos del sector y se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg), como ente regulador de las tarifas y de la elaboración de estas.⁶⁰

La demanda nacional de electricidad ha crecido durante el último quinquenio a un promedio anual de 8%, principalmente por el auge de la minería y la industria.

B. Marco regulatorio

En 1992 también se aprobó la Ley N° 25962 (Ley Orgánica del Sector Energía y Minas), en la que se estableció el ámbito de dicho sector, las funciones y la estructura del ministerio que lo regula y sus dependencias, entre otros.

Durante la década de 1990 la nueva Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley N° 25844) y el proceso de privatización transformaron al mercado eléctrico de un monopolio estatal a un sector dinámico con alta participación del

⁶⁰ ARIÑO, Gaspar. “*Principios de Derecho Público Económico*”. Lima: Ariño y Asociados y ARA Editores, 2004, p. 614.

sector privado. Desde entonces, varias iniciativas legales han ayudado a que el sector sea más eficiente.

C. Composición del sector

El sector eléctrico peruano está formado por el Ministerio de Energía y Minas (MEM) como organismo rector; el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmín), que reemplazó al Osinerg como organismo regulador; el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES-Sinac); y las empresas eléctricas.⁶¹

La infraestructura del sector eléctrico está cubierta por el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN). Como organismo rector, el MEM define las políticas energéticas del país y otorga las concesiones para la explotación de las diferentes etapas del negocio eléctrico. Osinergmín está encargado de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas de las actividades que se desarrollan en los subsectores electricidad e hidrocarburos.

El COES-Sinac es un organismo técnico que coordina la operación económica del SEIN al agrupar a las empresas eléctricas de generación, distribución y a los clientes, sean estos libres o regulados.

Durante el año 2004, se hicieron evidentes varios problemas de aplicación de la Ley de Concesiones Eléctricas. En respuesta a ello se promulgó, en 2006, la Ley 28832 para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica. Esta ley tiene como principales objetivos: atraer mayor inversión para las actividades

⁶¹ TORNOS MAS, Joaquín. *Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2004, pp. 7-18.

de generación y transmisión; solucionar la falta de contratos de largo plazo entre empresas generadoras y distribuidoras; y garantizar que los precios sean resultado de la interacción entre oferta y demanda. Entre los cambios que introduce se incluyen el establecimiento de licitaciones para la comercialización de energía entre compañías generadoras y distribuidoras, modificaciones en el esquema de transmisión y seguros para reducir el impacto sobre los costos de generación de eventuales interrupciones del suministro de gas natural.

En relación con el esquema de transmisión, para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, la nueva norma dispuso la reestructuración del COES, otorgándole funciones adicionales como la elaboración del Plan de Transmisión, el cual debe estar alineado con los criterios y los métodos que aprueba el Osinergmín, que deben ser refrendados por el MEM, y la asignación de responsabilidades y el cálculo de compensaciones en el caso de transgresiones a la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos (NTCSE)⁶².

El Plan de Transmisión, que se actualizará cada dos años, tiene carácter vinculante para las decisiones de inversión que se adopten durante su vigencia; así, la aprobación de un determinado proyecto implicará su inclusión para formar parte de la remuneración de transmisión.

Otro cambio es el establecimiento del Sistema Garantizado de Transmisión, cuyas instalaciones resultan de un proceso de licitación pública, y el Sistema

⁶² Las empresas del sector eléctrico deben respetar y cumplir los estándares técnicos que incluyen: 1) el Código Nacional de Electricidad, Suministro y Utilización, que busca establecer los criterios técnicos de seguridad para los operadores de instalaciones eléctricas y usuarios finales; 2) la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, que instituye los niveles mínimos de calidad de los servicios eléctricos; y 3) el Reglamento de Seguridad e Higiene Ocupacional del Subsector Electricidad, que establece las condiciones de seguridad e higiene ocupacional para todas las actividades eléctricas.

Complementario de Transmisión, cuyas instalaciones pueden realizarse mediante libre negociación con los agentes generadores y clientes libres.

De otra parte, entre los años 2006 y 2008 se publicaron normas que proporcionaron beneficios tributarios a los proyectos de generación de energía eléctrica⁶³.

D. El mercado de energía eléctrica

El servicio eléctrico de hace 15 años, comparado con el actual, difiere sustancialmente en su capacidad de generación, transmisión y distribución. El costo para los consumidores ha disminuido, se ha reducido la congestión en las líneas de transmisión eléctrica y la atención es más personalizada.

Hoy, más hogares cuentan con este servicio, hay más alumbrado público y las empresas del sector patrocinan la iluminación de conventos y edificios históricos.

Es a partir de la década de 1990, con los procesos de privatización, que el sector pasa a tener una estructura mixta de empresas públicas y privadas.

2.2.4.2. Organización Moderna del sector eléctrico

La imposibilidad de almacenar económicamente la electricidad, la existencia de múltiples tecnologías de generación con costos de inversión y operación diferentes, la operación en una red interconectada donde existen

⁶³ Estas normas fueron el Decreto Legislativo 1058, que dispuso el beneficio de la depreciación acelerada hasta de 20% anual para la inversión en proyectos hidroeléctricos y otros recursos renovables; y la Ley 28876, referida a la recuperación anticipada del impuesto general a las ventas (IGV) de electricidad en empresas que utilizan recursos hídricos y energías renovables.

problemas de externalidades de red (congestión e inversiones ineficientes), las economías de escala no agotadas y la existencia de costos hundidos y activos específicos llevaron a que en el pasado el sector eléctrico fuera usualmente operado por un monopolio verticalmente integrado administrado por el estado.

Las excepciones más importantes a lo anterior se daban cuando una compañía grande de generación/transmisión vendía electricidad a empresas distribuidoras normalmente pequeñas y que en algunos países o regiones estaban predominantemente a cargo de los municipios. Además del carácter monopólico de la transmisión y distribución, las empresas generadoras eran de grandes dimensiones y operaban con economías de escala.

Por otra parte, se tenía el concepto de que era difícil coordinar la generación y transmisión como empresas separadas —es decir, la operación del sistema debía hacerse de forma integrada debido a las complejas interrelaciones entre estas dos actividades—, así como planificar de forma conjunta las inversiones en generación y transmisión en el largo plazo para hacer frente a la demanda. Si bien estos problemas aún persisten, la organización moderna considera diversos esquemas para afrontarlos, a la vez que intenta volver a la industria más eficiente y económica a través de la separación de actividades y la promoción de la competencia donde sea posible.

De acuerdo con Joskow⁶⁴ la evolución de las formas de organización del sector eléctrico en el mundo puede entenderse como la búsqueda de arreglos

⁶⁴ Joskow, aplica los conceptos de la economía institucional basada en los costos de transacción a las reformas del sector eléctrico. una exposición detallada de este enfoque se puede consultar en Williamson 1989.

institucionales potencialmente eficientes que permitan niveles de inversión aceptables y un manejo adecuado de los problemas de externalidades intrínsecos a la operación de redes eléctricas de corriente alterna. En este sentido, las reformas habrían buscado mecanismos que posibiliten una mayor competencia a través de la desintegración vertical sin comprometer la confiabilidad del suministro de electricidad. La operación con un monopolio regulado, verticalmente integrado, habría representado una forma de organización eficiente de la actividad eléctrica en su momento.

Sin embargo, el costo-beneficio de esta alternativa habría pasado a ser negativo luego de detectarse los problemas de la regulación de monopolios bajo el enfoque de costo del servicio, el potencial de los avances tecnológicos para facilitar la coordinación del sistema eléctrico y reducción de costos de transacción y la posibilidad de introducir competencia en determinados segmentos de la cadena de suministro de electricidad.⁶⁵

Así, es sobre la base de estos desarrollos que se iniciaron las reformas estructurales y regulatorias orientadas a promover la competencia en la actividad de generación y comercialización de electricidad.

Las actividades o subsistemas del sector eléctrico se diferencian entre sí por el nivel de competencia que se puede lograr en cada una de ellas. Por ello, los esquemas de regulación son diferentes para cada actividad como se explica a continuación:

⁶⁵ ARIÑO, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: Ariño y Asociados y ARA Editores, 2004, p. 614.

- Existen ciertas actividades o segmentos del negocio eléctrico que por sus características son monopolios naturales. Dos de las más importantes son la transmisión y la distribución cuando estas funciones las realiza el gobierno, se suele considerar, desde un enfoque normativo, que su objetivo es el interés público.

Sin embargo, cuando las realizan empresas privadas se requiere de un sistema de regulación de precios, y asociado con este, en muchos casos de un sistema de regulación de la calidad del servicio. Los países aplican a estas actividades los dos grandes tipos de regulación de precios: la regulación por tasa de retorno —modelo americano— y la regulación por desempeño o basada en incentivos. La primera permite a las empresas obtener una tasa de retorno razonable sobre sus activos.

- En otras actividades, tales como la generación y la comercialización, se pueden implementar mecanismos de competencia en vez de regulación directa de precios. Estos mecanismos buscan lograr mayor eficiencia no solo en el corto plazo sino también en el largo plazo a través del cambio tecnológico. Bajo los esquemas de competencia, las empresas con nueva tecnología tienden a brindar mejores servicios a menores costos y, gracias a la competencia, también a menores precios.

Cabe mencionar que los modernos esquemas de regulación tratan de crear mecanismos que otorguen a las empresas monopolísticas incentivos a la eficiencia similares a los que enfrentarían en condiciones de competencia.

2.2.4.3. Modelos de organización del sector eléctrico

A nivel internacional se han identificado cuatro modelos típicos de organización del sector eléctrico de acuerdo con el grado de competencia que se introduce en el sistema. A estos modelos se les conoce como *market designs*, “diseños de mercado”, pues suponen un conjunto de reglas, instituciones e instrumentos que varían dependiendo de la complejidad de la organización adoptada y del fomento de la competencia.

Según algunos autores, estos modelos son el de monopolio verticalmente integrado, el de comprador único, el de sistema con competencia mayorista y el de sistema con competencia minorista.⁶⁶

a) Monopolio verticalmente integrado

Este es un monopolio en el cual todas las actividades las realiza una sola empresa, la eficiencia en este esquema dependerá del proceso de planeamiento e inversión de la empresa eléctrica, sujeto normalmente a la aprobación de las autoridades del sector.

La regulación de tarifas, basada en la regulación por costo de servicio, se convierte en este caso en un mecanismo para transferir el riesgo resultante de los errores de la empresa eléctrica a los consumidores, los mismos que pueden fluctuar entre malas decisiones de inversión, errores en el planeamiento y eventos no previstos. De esta manera, la empresa eléctrica y sus inversionistas no asumen prácticamente riesgo alguno; salvo el riesgo de que sus inversiones no sean

⁶⁶ Una discusión temprana de los escenarios para la desregulación del sector eléctrico se puede ver en Joskow y schmalensee, 1983.

reconocidas, lo cual no es común en un esquema basado en regulación por costo de servicio tradicional. Usualmente, la empresa monopólica tiene permitido realizar compras de energía o vender sus excedentes a otras *utilities* “utilidades” regionales.

b) Comprador único

En este modelo existe una entidad o comprador único que actúa como intermediario en la compra y venta centralizada de energía a nivel mayorista, posibilitándose la participación de productores independientes —generadores— o clientes cualificados —consumidores—. Este comprador único puede ser una distribuidora regional o un comprador que luego entrega electricidad a varias distribuidoras dentro de la región a un precio común. Este modelo se ha usado extensamente en Estados Unidos, y en la actualidad, en México y Francia, países donde el grado de desregulación de la industria eléctrica todavía es limitado, pues existen restricciones a la entrada en las actividades de generación y a las ofertas libres de precios. Una variante de este sistema es el modelo *wheeling*, el cual se estableció en Estados Unidos cuando se permitió el ingreso de los generadores independientes para que se conectaran a la red de la empresa monopólica verticalmente integrada, pero que eran despachados solo después de las centrales de la empresa monopólica y no tenían una relación con los clientes finales.⁶⁷

Debido a que las generadoras no necesariamente despachan en forma continua, sino de acuerdo a las necesidades de consumo, y que, por otro lado,

⁶⁷ Este fue el esquema denominado ley de políticas regulatorias de empresas de servicios públicos, establecida en 1978 en estados unidos, que disponía que las empresas de servicio público compraran energía de ciertas «entidades calificadas», siempre que el costo esperado de generación propia fuera mayor que el costo de estas entidades. Un análisis detallado de este proceso de reestructuración puede verse en Hirsh 1999.

dependen de los precios de un mercado spot muy volátil, se genera una serie de riesgos sobre la recuperación de sus inversiones y estabilidad en su flujo de ingresos. Por ello, con el fin de asegurar la recuperación de las inversiones con ingresos estables, normalmente se celebran contratos que constan de dos partes: un pago anual que cubra el costo fijo, y un pago variable para pagar el combustible y otros costos incurridos cuando la planta está funcionando.

El principal problema con este esquema es determinar con qué parte se pagan las utilidades pues, si se pagan con el pago anual, no hay incentivo para generar electricidad, y si se pagan con el cargo variable, no hay seguridad de retorno a la inversión.⁶⁸

Por ello, la solución es pagar las inversiones y costos asociados que hacen que la generadora esté disponible sobre la base del costo fijo anual, pero cobrar penalidades si la planta no arranca cuando se le requiere para suministrar energía.

c) Sistema con competencia mayorista

En este modelo no hay un tratamiento privilegiado para los generadores que forman parte del monopolio verticalmente integrado, sino que todos los generadores compiten en condiciones similares, promoviéndose de esa forma la desintegración vertical.

En este caso, los generadores compiten por vender energía a las empresas distribuidoras y a los grandes consumidores en el mercado mayorista, si bien en los modelos donde el grado de desregulación es mayor la competencia es por

⁶⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y mercado*. Tomo I: los fundamentos, Madrid: Civitas, 1998, p. 17.

cantidades y precios, en algunos países, por razones de tamaño de mercado u otras barreras, el regulador establece el precio dejando la determinación de la cantidad de energía al mecanismo de licitaciones o contratación bilateral entre generadores y distribuidores.

En este mercado también existe la posibilidad de que las generadoras con capacidad insuficiente para cumplir con sus contratos o que hayan sido desplazadas del despacho adquieran electricidad de otras generadoras con capacidad disponible en el mercado spot y de esta manera cubran su déficit y cumplan con sus compromisos contractuales. Bajo este sistema, las generadoras que compran electricidad en el mercado spot pueden perder o ganar por la proporción de energía comprada según el diferencial que resulte entre el precio de sus contratos y el precio del mercado spot.

Debe tenerse en cuenta que, si bien la provisión de electricidad requiere el uso de las instalaciones de transmisión, el propietario de estas no participa en las negociaciones dentro del mercado mayorista, y es remunerado con un pago predeterminado.

En el Perú, con la reforma del año 1992, se adoptó el modelo de competencia mayorista pero con precios regulados, en la modalidad de pool obligatorio, pues se optó por la desintegración vertical, la libre entrada a la actividad de generación y un despacho centralizado.

En el 2006, se introdujo un cambio importante estableciéndose que los precios mayoristas surgirían de las licitaciones de los contratos de las distribuidoras entre todos los generadores. Para un período de transición, se

estableció que el precio de compra para la energía de las distribuidoras destinada al servicio público se calcule sobre la base de una ponderación de los contratos firmados a precios calculados por el regulador y los contratos firmados a precios obtenidos en las licitaciones.⁶⁹

d) Sistema con competencia minorista

Este sistema es similar al anterior, solo que además todos los consumidores pueden escoger a sus abastecedores, en este caso, los consumidores adquieren la electricidad de empresas comercializadoras minoristas, escogiéndolas de acuerdo con su conveniencia: menú de precios, calidad, otros servicios; en algunos casos pueden participar las distribuidoras, mientras que en otros, estas están limitadas a sus funciones en la operación de las redes.⁷⁰

Este sistema se viene aplicando, en mayor o menor medida, en el Reino Unido, nueva Zelanda, Australia, Colombia, Argentina y en algunos de los Estados unidos de América, entre otros.

Si bien este modelo puede ofrecer los beneficios de un mercado más competitivo a los usuarios, algunos analistas consideran que es más adecuado para los consumidores mayores, debido a los costos de transacción existentes, la necesidad de sistemas de información, y otros requisitos.

⁶⁹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y mercado*. Tomo I: los fundamentos, Madrid: Civitas, 1998, p. 17.

⁷⁰ CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?* Reflexiones sobre el caso de la televisión. Madrid, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T.II. 1991, p. 967.

Además, la viabilidad de introducir este modelo dependerá del desarrollo institucional de cada país en diferentes aspectos, incluyendo las instancias de resolución de conflictos, protección al consumidor y el sistema financiero.

2.2.5. Los Derechos del Consumidor

2.2.5.1. Evolución Legislativa de los Derechos del Consumidor

1. En el Derecho Romano se protegía al comprador a través de la teoría de los vicios ocultos de las cosas.

2. En la Edad Media, las corporaciones imponían reglas éticas a los comerciantes para garantizar la calidad de los productos y servicios, y se construyó un Sistema de Disposiciones que deberían ser respetadas aunque no constituían propiamente un sistema jurídico.

3. Este sistema precario de protección de los consumidores quedó derogado en Francia por la sanción del código Civil. Con la adopción del principio de la autonomía de la voluntad, predominó el sistema individualista y en nombre de la libertad de comercio se suprimió todo aquello que se creía podría afectarla dejando sin efecto las disposiciones referidas anteriormente.⁷¹

En el Código Civil francés, que llegó a tener una gran influencia en su época, los consumidores tenían como único recurso alegar los vicios de consentimiento y reclamar la garantía por vicios ocultos, los cuales además de ser difíciles de probar no eran de mucha ayuda para proteger los intereses de los

⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson, en Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, *Comentado pelos autores de Anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover et ál.* “comentado por los autores del anteproyecto Ada Pellegrini”, Forense universitaria, Rio de Janeiro 1998, p. 56.

consumidores. En este escenario la doctrina del liberalismo francés origino que el consumidor no cuente con leyes aparentes para defender su derecho⁷², se propalaron los abusos y se hicieron frecuentes los engaños, falsificaciones y adulteraciones de productos.

4. En la década del 50 la economía de mercado produjo un desarrollo económico sin precedentes y se multiplicaron las ofertas de bienes y servicios, crecen las empresas comerciales, los créditos, la publicidad y la mercadotecnia, se crea una creciente demanda de calidad y precios justos, y dada la situación de desigualdad en que se encontraban los consumidores frente a los productores, por justicia se creó el movimiento consumista.

5. En 1962 la comisión presidida por el jurista ingles Molony produjo el “Molony Report” en el que sugerían modificaciones importantes a las leyes de Gran Bretaña, tendientes a una protección más completa de los consumidores y usuarios, en las cuales se destaca la creación de un organismo estatal de protección. Casi todas las propuestas de Molony se convirtieron en leyes.

6. En 1962 la comisión presidida por el jurista ingles Molony produjo el “Molony Report” en el que sugerían modificaciones importantes a las leyes de Gran Bretaña, tendientes a una protección más completa de los consumidores y usuarios, en las cuales se destaca la creación de un organismo estatal de protección. Casi todas las propuestas de Molony se convirtieron en leyes.⁷³

⁷² El profesor Durand Carrión hace referencia al ejemplo de Turgot, quien argumentaba “que el comprador se defiende a sí mismo y nadie debe esperar a cada paso la intervención del Estado”.

⁷³ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos Civiles – Comerciales – de Consumo, Teoría General*. Buenos Aires: Editorial Abeledo, 1998, p. 123.

7. Posteriormente el tema toma fuerza y van surgiendo las primeras leyes que dan un tratamiento jurídico orgánico al tema: la Directiva de la ONU del 12 de diciembre de 1973 y del 09 de abril de 1985; la Carta de Protección del Consumidor de la Comunidad Económica Europea del 17 de mayo de 1973 y del 14 de abril 1975; la encíclica “Centesimus Annus” del Papa Juan Pablo II del 1 de mayo de 1991; las leyes británicas sugeridas por el Molony Report.

8. En Perú hacia 1991 se sancionó el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección del Consumidor, además de promoverse ya un tratamiento jurídico del tema a nivel constitucional en varios países del mundo, como Brasil, Argentina, o España que tienen un tratamiento del tema a nivel constitucional muy singular.

9. A nivel del Parlamento Latinoamericano en reunión de fecha 6 de Junio de 1997 en Guayaquil Ecuador, a través de la Comisión de Defensa del Consumidor y del Usuario, se aprobó un Proyecto de Ley Marco sobre Defensa del Consumidor, que se elaboró con las propuestas de diferentes parlamentarios latinos que coincidieron en señalar que las normas de protección del consumidor son de orden público e interés social y como tal irrenunciables y prevalecerán sobre cualquier otra norma legal, uso, costumbre, práctica o estipulación en contrario, lo cual significa un avance legislativo en la primacía de la legislación pro consumidor respecto del contexto legal en materia contractual.

El influjo del movimiento civil en defensa del consumidor y el fenómeno de la producción en masa que venían desde los años 50, trajo también como consecuencia una anonimización y despersonalización del vendedor y la masificación de los consumidores que no tienen más que aceptar los productos y

servicios que les son ofrecidos y -como refiere el profesor Durand Carrión⁷⁴- suscribir contratos por adhesión con cláusulas predispuestas. Esto implica que sistemas jurídicos como el nuestro, inspirados en el clásico Código de Napoleón se consideren en crisis, porque el contrato como símbolo y expresión de la autonomía de la voluntad ha perdido vigencia y se atiende hoy al papel que cumple en la sociedad moderna, perdiendo progresivamente el significado de acuerdo de voluntades para asumir el papel de un simple acto de sometimiento a una determinada disciplina predispuesta por fuentes extrañas a la voluntad de las partes, provenientes de los poderes públicos o de entes u organismos privados.⁷⁵

En esta línea de pensamiento el profesor Durand Carrión⁷⁶, refiere que, existen aún contratos clásicos como la compra venta de casa habitación, situaciones donde se mantendrán vigentes los principios contractuales clásico que el código civil establece, y la razón se halla en que no todos los contratos han de ser celebrados a través de la modalidad estandarizada, en consecuencia concluye que será la contratación masificada a la que se aplique las disposiciones pro consumidor por tratarse de una contratación de consumo, mientras que, en los demás contratos interindividuales, especializados y simétricos entre las partes se aplicara las normas del código civil.

10. Asimismo, en la legislación nacional hacia el 2010 se dio la Ley N° 29571, mediante la cual se expidió el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

⁷⁴ DURAND CARRION, Julio. *El Código de Protección y defensa del Consumidor, Retos y desafíos para la Promoción de una Cultura de Consumo Responsable en el Perú*. Bogota, En derecho del consumo, problemáticas actuales: Universidad Santo Tomas – Bogota, 2013, p. 50.

⁷⁵ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos Civiles – Comerciales – de Consumo, Teoría General*. Buenos Aires: Editorial Abeledo, 1998 p. 123.

⁷⁶ *Ibid*

2.2.5.2. Teorías sobre la Naturaleza Jurídica de los Derechos del Consumidor

a) Derecho del Consumidor como Derecho Constitucional

En principio para llegar a tratar el tema desde una perspectiva constitucional, los Estados han visto la necesidad de otorgar una protección frente a los abusos cometidos en el mercado de consumo. En el ámbito nacional, los primeros albores regulatorios se encuentran en la Constitución Política del Perú de 1979, la cual en su Art. 110° estableció que: “El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racionalización de los recursos, fomentaba los diversos factores de la producción y defendía el interés de los consumidores”.

Posteriormente, la Constitución de 1993 en su Art. 65° expresa que: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios”, lo cual significa una ratificación de la tendencia moderna que otorgan rango constitucional a los derechos de la persona, alineándose a legislaciones de avanzada sobre el tema.

La Constitución Política del Perú, en su Artículo 65° establece que: "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre 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"

Además se requiere la acción del Estado a través de sus órganos administrativos, para fiscalizar la aplicación de las normas en materia de protección del consumidor y del mismo modo las normas especiales que versen

sobre cláusulas generales de contratación y sobre todo un elemento de gran importancia radica en alcanzar un eficiente control de tipo administrativo en la aprobación de las cláusulas generales de contratación; lo que estará de la mano con adecuadas políticas públicas.⁷⁷

Si bien es cierto, que a nivel constitucional, el desarrollo como tal de los derechos del consumidor se ubica bajo la denominación de intereses del consumidor, más no, se ha plasmado como un derecho del consumidor. Por lo que, es menester efectuar una atinencia, y en ese sentido Durand Carrión nos señala que: “hablar de interés y derecho son dos cosas totalmente distintas y marcan la pauta necesaria para el desarrollo legislativo del tema y obviamente su eficacia normativa para la posterior defensa de los consumidores en la economía de mercado”⁷⁸.

Asimismo⁷⁹, agrega que “una adecuada protección de los consumidores es a través de políticas públicas dirigidas hacia sectores donde el consumo tiene un carácter masivo donde hay un interés difuso, cuya defensa favorece a todos en general, independientemente de las reclamaciones muy puntuales que puedan existir”.

En esta línea de ideas para esta vertiente jurídica, la protección al consumidor constituye un conjunto de medidas legales adoptadas por el Estado

⁷⁷ ALPA, Guido. *Derecho del Consumidor*. Lima, Título original en italiano “Il Diritto dei Consumatori”, Traducción a cura de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, 2004, pp. 197-198.

⁷⁸ DURAND CARRION, Julio. *El Código de Protección y defensa del Consumidor, Retos y desafíos para la Promoción de una Cultura de Consumo Responsable en el Perú*. Bogota, En derecho del consumo, problemáticas actuales: Universidad Santo Tomas – Bogota, 2013, p. 50.

⁷⁹ Ibid.

para defender los derechos de éste, frente a la oferta de determinados productos y servicios.

b) Derecho del Consumidor como Derecho de la Persona

Según esta óptica el derecho del consumidor debe ser entendido como un derecho subjetivo⁸⁰ y personal, que una vez transgredido debe procederse a su reparación puesto que esa transgresión equivale a una violación de uno de los derechos de la persona y debe tener jurídicamente un tratamiento similar a la violación de la libertad, la intimidad o cualquier otro atributo de la personalidad.

Como ya lo veníamos exponiendo líneas adelante, no se debe limitar la protección a la etapa contractual solamente, sino, a los estadios anteriores a la celebración, debido a que se constata en la práctica que los consumidores se ven sometidos a una extraordinaria presión por medio de una maquillada publicidad, que tiende a reducir su capacidad crítica y de análisis.

Como ya lo veníamos exponiendo líneas adelante, no se debe limitar la protección a la etapa contractual solamente, sino, a los estadios anteriores a la celebración, debido a que se constata en la práctica que los consumidores se ven sometidos a una extraordinaria presión por medio de una maquillada publicidad, que tiende a reducir su capacidad crítica y de análisis.

⁸⁰Un poder reconocido por el Ordenamiento Jurídico a la persona para que, dentro de su ámbito de libertad actúe de la manera que estima más conveniente a fin de satisfacer sus necesidades e intereses junto a una correspondiente protección o tutela en su defensa, aunque siempre delimitado por el interés general de la sociedad. Es la facultad reconocida a la persona por la ley que le permite efectuar determinados actos, un poder otorgado a las personas por las normas jurídicas para la satisfacción de intereses que merecen la tutela del Derecho.

Por otra parte, sí entendemos que los derechos subjetivos son inherentes a la condición de ser humano, entonces podemos también afirmar que -la condición de consumidor- es intrínseca a la condición misma de persona humana en toda su esencia y sin condición alguna, pues, todos somos consumidores, todos ostentamos este status, desde antes de nacer, y como tal, tiene el derecho de gozar de todas las prerrogativas y facultades que en materia de consumo el sistema jurídico ha creado para él (...).”

Desde este punto de vista, el hombre como sujeto de necesidades se constituye en protagonista del mercado precisamente por su condición de consumidor y en tal sentido tiene todo el derecho de exigir información adecuada, seguridad, trato justo, precios competitivos, calidad, garantía, es decir, una serie de prerrogativas que no deben ser negadas ni discutidas por el sistema jurídico, para permitirle optar por una decisión de compra eficiente en el mercado, libre de influencias negativas que limiten, restrinjan o mediaten su accionar como agente dinámico del mercado.

c) Derecho del Consumidor como Derecho Multidisciplinario

En este sentido algunos autores⁸¹ han referido que se congregan varias disciplinas jurídicas en la protección del consumidor, ésta tiene carácter interdisciplinario

El Instituto Nacional del Consumo de España, expresa que no hay duda de que el Derecho del Consumidor es multidisciplinario y así debe continuar siendo.

⁸¹ BELLOTI, Rosa Luz, Op.Cit.

Esta contiene dos acepciones: ⁸²

Una interna, en donde el Derecho del Consumidor es multidisciplinario porque comparte ciertos principios, conceptos con otras ramas jurídicas. En un principio se consideró entre otros al Derecho Civil, el Derecho Mercantil, el Derecho Penal, el Derecho Tributario.

En la actualidad las ramas han ido diversificando, de este modo utilizan una clasificación funcional, como el Derecho del Trabajo, el Derecho Ambiental, el Derecho de Menores, el Derecho de la competencia, el derecho sanitario.

En lo externo, se afirma que es multidisciplinario porque se vale de los conocimientos de la ciencia económica, de la psicología social, de la sociología de consumo, del marketing, de la metrología, de la medicina; estas ciencias son las que también contribuyen al mejor entendimiento del tema, pues de esta forma se podrá comprender que el tratamiento jurídico del consumidor, está rodeado de ciencias que no siendo propias del consumidor, sin embargo, complementan su tratamiento.

De lo expuesto podemos encontrar que la multidisciplinariedad no impide hablar de la autonomía del Derecho del Consumidor, sino que por el contrario es una de sus mayores cualidades -expresa Durand Carrión⁸³; porque de esta forma la independencia se ve fortalecida por estas demás ciencias.

⁸² ALPA, Guido. *Derecho del Consumidor*. Lima, Título original en italiano *Il Diritto dei Consumatori* "Derechos del consumidor", Traducción a cura de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, 2004, pp. 197-198.

⁸³ DURAND CARRION, Julio. *El Código de Protección y defensa del Consumidor, Retos y desafíos para la Promoción de una Cultura de Consumo Responsable en el Perú*. Bogota, En derecho del consumo, problemáticas actuales: Universidad Santo Tomas – Bogota, 2013, p. 50.

d) Teoría de los Intereses Difusos

Según Rubén y Gabriel Stiglitz⁸⁴, señalan que el interés del consumidor como tal, no coincide con el interés de la persona. Los derechos de la persona son sustancialmente concebidos, estructurados y defendidos por el Derecho, sobre un plano exclusivamente individual: interés individual, perjuicio individual, medio individual y no de una masa representativa de personas.

Asimismo, afirma que “la categoría de interés difuso “nos enfrenta a una terminología oscura porque niega en principio los dogmas clásicos del derecho individual y acepta y potencia la necesidad de tutela para las personas vinculadas por una necesidad común”.

Una de las definiciones más completas y socorridas en la literatura especializada a nivel de Iberoamérica de la noción de interés difuso es la que aparece en el Artículo 81° del Código de Defensa del Consumidor brasileño: “Son difusos los intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho”.

A decir de esta teoría el interés de todos los consumidores está sujeto a una posibilidad inminente de conflicto social con los intereses globales de los empresarios, tendientes a maximizar los beneficios de su actividad. Sería el intento de atomizar una estructura de intereses y conflictos cuyo plano real revela una matriz netamente unitaria.

⁸⁴ STIGLITZ, Rubén, y Gabriel STIGLITZ. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*. Buenos Aires, Editorial Depalma 1995, p. 84.

Las categorías de intereses supraindividuales reflejan una transformación de las concepciones jurídicas tradicionales (privatistas y publicistas), sobre la dimensión sustancial de las prerrogativas humanas. Y revelan el desacomodamiento de los instrumentos clásicos e individuales, que estrechan al ámbito de la tutela a los derechos subjetivos e intereses legítimos, para brindar una eficaz y amplia cobertura a nuevas y angustiantes necesidades del hombre, tales como la del amparo a los intereses del consumidor.

Por ello, muchos autores concluyen, señalando que “El interés protegido del consumidor es en esencia el de la persona humana en tanto sujeto de necesidades y fin supremo de la sociedad y del Estado, por ello la perspectiva de su protección debe proyectarse hacia la colectividad en general”.

e) Diferencia entre intereses colectivos y difusos.

Puesto que, el interés difuso como el colectivo participan del hecho de tener como sujetos y destinatarios a una colectividad, ambos conceptos suelen confundirse y recibir un tratamiento indistinto por parte de muchos autores. Entre ambos encontramos la semejanza de que son derechos sin un beneficiario particular, puesto que es la sociedad o un grupo más o menos extenso de personas, el destinatario de los mismos. Sin embargo, si bien es cierto que los intereses difusos son colectivos en cuanto a que son intereses de la sociedad, no menos cierto es que entre ellos existen diferencias que es necesario establecer.

Así, en los intereses difusos “no es posible la titularidad, sino que el interés se imputa a sujetos indeterminados sin que exista un vínculo directo entre ellos”, pero que se ven afectados en sus derechos por un mismo acontecimiento o hecho.

En este caso la titularidad no es trascendental porque lo que de verdad importa es la relación existente entre la persona que invoca ese interés y el bien objeto del mismo. Los intereses colectivos, por su parte, existen en una colectividad cuando no hay personas afectadas de manera particular o cuando habiéndolas, subsista siempre el interés general.

Por otro lado, el interés difuso recae sobre individuos que no son fácilmente identificables ni determinables y entre los cuales no hay ninguna vinculación jurídica porque está “diseminado en la colectividad” y su identificación es por lo tanto, difusa o indefinida. Por el contrario, el interés colectivo pertenece a un grupo de personas de fácil determinación, identificación e individualización, porque están enlazadas por un vínculo jurídico.

2.2.5.4. Clasificación y tipología de los Derechos del Consumidor.

En principio cabe recordar, conforme ya fue mencionado en el capítulo correspondiente a la naturaleza jurídica de los derechos del consumidor, que los derechos mencionados forman parte de una nueva clase de derechos diferentes a los personales y que su defensa debe darse necesariamente en forma grupal.

Para realizar esta clasificación, la haremos basada en una elaborada por Gabriel Stiglitz⁸⁵, quien los ha clasificado en tres categorías: fundamentales, sustanciales y de implementación.⁸⁶

⁸⁵ STIGLITZ, Gabriel. “Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios”. Jurista Rosario, 1997, pp. 11-13.

⁸⁶ CHÁVEZ MOLINA, Juan. *La Economía Social del Mercado, Especial del N° 100*. Lima, Gaceta Jurídica, 2002., p. 43.

1. Derechos fundamentales del consumidor

Dentro de esta categoría, se ubican aquellos derechos que están vinculados con el rol que ocupa el consumidor como “sujeto activo del mercado”. Son derechos cuyo goce y garantía dependen exclusivamente del papel que le corresponde desarrollar al Estado como garante y custodio.

Para Stiglitz son derechos primarios o primordiales, que toman como bien jurídico tutelado al consumidor en su condición de “persona humana”; con ello se persigue la regulación del mercado y la obtención de resultados “humanistas y solidarios, por sobre los estrictamente patrimoniales”; en esta línea de pensamiento, considerando que las relaciones de consumo se traducen y plasman en el instrumento llamado contrato, entonces, podemos decir que, el contrato se convierte en un medio de cooperación social y se produce lo que bien denomina - Cárdenas Quirós- calificar como la “humanización del contrato”; ello implica concebir el contrato como un medio integrador, armonizador, cooperador de las relaciones sociales, no como vehículo de explotación, de imposición de abuso, de una parte sobre otra”⁸⁷.

Entre los derechos fundamentales se sitúan:

1.1. El derecho de acceso al mercado

Para Cardenas Quiros, hablar de acceso al mercado, es una obviedad que, todo ser humano, como parte de sus derechos fundamentales, tiene garantizado, el derecho a acceder a aquellos bienes que le permitan satisfacer sus necesidades

⁸⁷ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado*. Lima, Gaceta Jurídica Editores 2000, P. 67.

básicas. Ello, además de ser una verdad universal, surge de varios documentos internacionales de derechos humanos⁸⁸.

El principal obligado a facilitar el acceso a estos bienes primarios será, el propio Estado. Corresponderá entonces, a las autoridades asegurar el acceso, por todos los medios a su alcance, a condiciones mínimas de sustento y supervivencia de la población. El Estado debe, para ello, implementar políticas activas de intervención, verificación, control y regulación de los mercados de modo de favorecer un acceso igualitario y a toda la ciudadanía a los bienes esenciales de consumo⁸⁹.

De lo visto hasta aquí según Stiglitz⁹⁰ “puede concebirse el derecho de acceso al consumo como la prerrogativa, de raigambre constitucional, que asegura a todas las personas la posibilidad de alcanzar aquellos bienes y servicios considerados esenciales para su subsistencia y desarrollo en condiciones dignas contemplando, al menos, los aspectos básicos relacionados con la alimentación, vivienda, salud, educación y esparcimiento. Este grupo de exigencias básicas se proyecta hacia el Estado (nacional, provincial y municipal), quien tiene frente a él

⁸⁸ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como medio para la preservación del derecho a la salud destaca la adopción de “medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” (artículo 11); la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que todas las personas tienen derecho a “la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (artículo 22) y a “un nivel de adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)” (artículo 25.1); y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que toda persona tiene derecho “a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (artículo 11.1).

⁸⁹ Así, las autoridades deberán vigilar la prestación de los servicios públicos en condiciones adecuadas de extensión, calidad y precios; la transparencia y el equilibrio de las reglas del mercado, evitando la existencia de prácticas especulativas, monopólicas o de cartelización que desvirtúen las condiciones de comercialización.

⁹⁰ STIGLITZ, Gabriel. “Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios”. Jurista Rosario, 1997, pp. 11-13.

un deber de actuación; y hacia los proveedores, sobre quienes pesan los deberes de abstención y colaboración.

1.2. El derecho a la libertad de elección

El derecho a la libertad de elección importa el ejercicio libre e irrestricto de la voluntad en el marco de las relaciones de consumo, exteriorizado mediante la posibilidad de efectuar verdaderas opciones, sin condicionamientos arbitrarios o ilegítimos

Las restricciones a la libertad de elegir de los consumidores pueden darse en el marco de relaciones interindividuales entre consumidores y proveedores, contractuales o no; o ser la consecuencia del funcionamiento corrompido del mercado; siendo este último aspecto es el de mayor relevancia por su potencialidad dañosa a gran escala:

En las relaciones interindividuales, el derecho a la libertad de elección puede afectarse de diferentes formas:

a) En las relaciones contractuales.

El vehículo utilizado para materializar el cercenamiento de derechos de los consumidores en el campo de las relaciones contractuales son las cláusulas abusivas. En ellas se consagran ventajas inequitativas a favor del proveedor que, como contracara, perjudican o restringen los derechos de la parte débil, el consumidor.

Por ejemplo, la imposición de cláusulas que impiden al consumidor el ejercicio del derecho a rescindir el contrato en cualquier momento mediante cláusulas "de fidelidad" que lo obligan a permanecer en la relación durante un tiempo determinado a cambio del dudoso beneficio de "bonificaciones", "descuentos" o "regalos".

b) En las relaciones extracontractuales.

En este ámbito, la utilización de técnicas de comercialización "no convencionales", por lo general a distancia, fuera de los establecimientos comerciales, en el domicilio del consumidor, por medios telefónicos o electrónicos, generan situaciones que impiden al consumidor adoptar decisiones razonadas y evaluar la conveniencia y las reales ventajas del bien o servicio que se le ofrece. 2) En el marco de un mercado corrompido.

En este contexto, se ve afectado todo el mercado, los proveedores despliegan técnicas que, con un efecto multiplicador, impiden o restringen la capacidad de elección de los consumidores. Aquí se ubican los acuerdos de precios, manipulaciones de stocks de productos, prácticas monopólicas, encarecimiento ficticio de bienes. Todos estos desvirtúan la transparencia del mercado y recortan las opciones de los consumidores. Es uno de los derechos base para el consumidor, quien a través de este derecho tiene la facultad de elegir y decidir dentro de una gama de opciones posibles, para que libremente pueda elegir aquellas que más convengan a sus intereses y preferencias.⁹¹

⁹¹ CHÁVEZ MOLINA, Juan. *La Economía Social del Mercado, Especial del N° 100*. Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 43.

1.3. El derecho a recibir un trato equitativo y digno

La dignidad es un atributo inherente a la condición de "ser humano" de todas las personas. Los consumidores, como sujetos destinatarios de la tutela del Estado. Esta garantía veda conductas o acontecimientos generadores de padecimientos que deriven en situaciones discriminatorias, vejatorias que, afecten la esfera íntima o moral de los consumidores.

1.4. El derecho a la educación

Entre los derechos de los consumidores destaca el derecho a la educación y formación en materia de consumo. Los consumidores y usuarios tenemos derecho a recibir la educación y formación adecuada en materia de consumo que nos permita conocer nuestros derechos y obligaciones y la manera de ejercerlos con responsabilidad. Derecho a la educación para un consumo responsable Gabriel Stiglitz⁹² refiere que: el presupuesto fáctico de la existencia del derecho del consumidor es la existencia de una relación desequilibrada entre consumidores y proveedores. Una de las principales causas de desequilibrio es la insuficiente capacidad de los consumidores para comprender todos los factores que entran en juego a la hora de adquirir un bien o servicio de consumo (precios, calidades, publicidad, redacción de los contratos, medios para efectuar reclamos, cláusulas limitativas de responsabilidad, etc.)⁹³

⁹² STIGLITZ, Gabriel. *“Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios”*. Jurista Rosario, 1997, pp. 11-13.

⁹³ CHÁVEZ MOLINA, Juan. *La Economía Social del Mercado, Especial del N° 100*. Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 43.

El derecho a la educación de los consumidores se traduce en la necesidad de la existencia de programas oficiales de educación⁹⁴ que contemplen esta materia, de acuerdo a lo consignado en las Directrices de las Naciones Unidas, en donde se señaló que: los Gobiernos cumplan con formular políticas de difusión acordes para hacer llegar los contenidos a toda la sociedad; de primera intención a través de los programas educativos oficiales, así como también a través de canales informales-refiere Stiglitz- de comunicación masiva, mediante campañas que lleguen a toda la población, fundamentalmente sorteando los obstáculos sociales y económicos que sufren los sectores menos favorecidos.⁹⁵

La capacidad para elegir, involucra el conocimiento necesario para distinguir la conveniencia de optar por un producto o un servicio en lugar de otro, teniendo como base informaciones objetivas, lo que permitirá efectuar una valoración acerca de la calidad del producto o servicio, que permita una sincronía perfecta entre precio y beneficios, muchas veces va de la mano precio alto a mayor beneficio, sin embargo, el mundo se vuelve cada vez más audaz ante la competencia de productos y servicios, por lo que la acuciosidad debida es prudente en estos casos.

Sin embargo, el consumidor debe encontrarse capacitado, además, para conocer cuáles son los derechos que lo asisten y los medios para hacerlos valer. Por lo tanto el ejercicio de este derecho marca la pauta para el ejercicio de los

⁹⁴ Una experiencia destacable la tenemos en el país vecino de Chile, cuyo Estado ha creado el SERNAC “Servicio Nacional Del Consumidor”, institución que tiene como misión el de informar, educar y proteger a las personas consumidoras, a través de sus Derechos y Deberes. En su página se puede observar una ventana suigeneris que indica. Fuente: <http://www.sernac.cl/sernac2011>.

⁹⁵ STIGLITZ, Gabriel. “Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios”. Jurista Rosario, 1997, pp. 11-13.

demás derechos, en ese sentido para Stiglitz⁹⁶ este derecho es "el primero de los derechos", ya que sin él "la vigencia real de los demás sería impensable".

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor exhorta a los Estados a mantener "políticas enérgicas", colocando dentro de sus objetivos y "necesidades legítimas, la educación del consumidor, (...) social y económica que tienen las elecciones del consumidor". Respecto de los programas de educación, las directrices señalan que "los gobiernos deben formular o estimular la formulación de programas generales de educación e información del consumidor (...). El objetivo de tales programas consiste en capacitar a los consumidores para que aprendan a discernir, puedan hacer elecciones bien fundadas en bienes y servicios, y tengan conciencia de sus derechos y obligaciones⁹⁷. Los grupos de consumidores, las empresas y otras organizaciones pertinentes de la sociedad civil deben participar en esa labor de educación".

El Código de Protección y Defensa del Consumidor en el capítulo I, artículo 1º, señala que los consumidores tienen los siguientes derechos: inciso b) derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios; inciso f) "Derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informados por el proveedor con los que cuenta".

⁹⁶ *Ibid*

⁹⁷ Al formular dichos programas, debe prestarse especial atención a las necesidades de los consumidores que se encuentran en situación desventajosa, tanto en las zonas rurales como urbanas, incluidos los consumidores de bajos ingresos y aquellos que sean casi o totalmente analfabetos.

Sin embargo, si bien, se ha expedido el Código de Protección y Defensa del Consumidor, de la revisión de los incisos, se desprende que este cuerpo normativo, no regula de manera expresa el derecho a la educación del consumidor, y siendo este uno de los derechos matrices, en cuanto a derechos del consumidor se refiere, a fin de materializar los demás derechos de los consumidores, sería fundamental su inclusión.

2. Derechos sustanciales de los consumidores

Estos derechos significan prerrogativas de los consumidores cuya necesidad de tutela se evidencia, a diferencia de los anteriores, en su rol de "sujeto pasivo" de las relaciones de consumo; se aprecian con mayor nitidez en vinculaciones en concreto, contractuales o extracontractuales, que ligan a uno o varios consumidores con uno o varios proveedores. Entre ellos, se ubican los siguientes:

2.1. El derecho a la salud y a la seguridad

Al respecto Durand Carrión⁹⁸ nos dice que “Es el derecho a la protección eficaz contra productos, procesos de producción y servicios que, en condiciones normales o previsibles, represente riesgo o peligro para la salud o seguridad física, debiendo hacer de conocimiento del consumidor por los canales apropiados”

El derecho a la salud es reconocido en documentos internacionales como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. XI 69; en la

⁹⁸ DURAND CARRION, Julio. *El Código de Protección y defensa del Consumidor, Retos y Desafíos para la Promoción de una Cultura de Consumo Responsable en el Perú*. Bogota, En derecho del consumo, problemáticas actuales: Universidad Santo Tomas – Bogota, 2013, p. 50.

Declaración Universal de Derechos Humanos (art.25.1); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12).

Por su lado, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud define el concepto salud diciendo que "es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".

Como todos los derechos de los consumidores, su protección en un doble andarivel, generando obligaciones al Estado y a los proveedores. Adquiere particular importancia en este derecho, la prevención o anticipación ya que, ocasionado el daño a la salud, muchas veces será difícil revertir sus consecuencias. Para ello, la actuación preventiva de los distintos "sujetos activos" en las relaciones de consumo (autoridades, asociaciones, empresarios) es vital.

De esta forma va surgiendo un "nuevo enfoque" en materia de tutela preventiva, donde el énfasis recae sobre la anticipación de perjuicios o afectaciones, más que sobre la reparación que, si bien es necesaria en el caso de un acontecimiento dañoso.

2.2. El derecho a la información

Dante Rusconi nos dice al respecto que, "sin dudas, el derecho a la información de los consumidores constituye uno de los pilares sobre los que se erige toda la materia. La información es el elemento determinante de las relaciones de consumo, aún más que el poder económico. Él es el que inclina la balanza hacia el lado de los proveedores. Como en todos los órdenes de la vida,

quien tiene acceso a un mayor conocimiento e información termina por imponerse”⁹⁹.

Por ello, los consumidores y usuarios de bienes y servicios, la sociedad masificada en definitiva, debe tomar conciencia de la importante herramienta con la que cuenta: el derecho a la información, ya que constituye un derecho humano básico, y se halla plasmado en el artículo 19, apartado 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuando expresamente sostiene que "Todo individuo tiene derecho a recibir informaciones (...)”.

Este derecho tiene múltiples facetas, así pues, cuando se dice que: "La Información es el tema, el gran asunto de los tiempos modernos que el Derecho recoge y regula" (Derecho del Consumidor y del Usuario); en este sentido, y en el marco del cumplimiento de normas constitucionales, legales y contractuales, la información exigida en las etapas precontractuales, de ejecución contractual y pos contractual configura, para los Concesionarios y Empresas, una verdadera obligación, ya que su incumplimiento para con los usuarios y consumidores generará deber de reparar las omisiones incurridas, los daños y cualquier otra consecuencia que se presente con ocasión de este deber fundamental y determinativo.¹⁰⁰

Su cumplimiento comprende el derecho de los consumidores a recibir información veraz, adecuada, oportuna, esta información se proyecta tanto en la etapa precontractual de las relaciones de consumo: oferta, publicidad comercial y

⁹⁹ RUSCONI, DANTE. Op. Cit., p. 99.

¹⁰⁰ CHÁVEZ MOLINA, Juan. *La Economía Social del Mercado, Especial del N° 100*. Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 43.

prácticas comerciales; en el ámbito extracontractual: rotulado debido; y, por supuesto, en los contratos de consumo. Transitando por las líneas existentes en el Sistema Normativo nacional, el tratamiento que se viene dando en la actualidad a este derecho, tiene como base la Constitución Política del Estado de 1993.

A. Constitución Política del Estado: La Constitución Política del Estado trata esencialmente los derechos del consumidor en dos artículos, que consideramos importantes, pues una representa la plataforma económica, sobre la cual nace dentro del marco legal, el tratamiento de derechos de consumidores y usuarios, de este modo, se tiene:

A.1. Artículo 58°.- Prescribe que: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. De este modo el Maestro Cardenas Quiros¹⁰¹ expresa que: “En el contexto de este artículo, que promueve la libertad de comercio y de contratación, es decir, la libre iniciativa privada, la defensa del consumidor adquiere importancia en este sistema, porque todas las normas destinadas a promover la concurrencia empresarial, de una u otra forma, tienen siempre como destinatario y beneficiario final al consumidor”.

Sabido es que, con la dación de la Constitución de 1993, se introduce dentro de los principios del régimen económico, un nuevo concepto de economía,

¹⁰¹ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado*. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2000, p. 67.

diseminada hacia la sociedad, la que trae consigo un interés por la protección adecuada de los consumidores.

A.2. Artículo 65°: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”. Este artículo se consolida como una matriz en el ámbito de protección del consumidor y en especial dedicado y expuesto taxativamente en conexión al Derecho a la Información de los Consumidores.

La normatividad ha mostrado particularmente en los últimos años una sensibilidad creciente respecto a la tutela jurídica del consumidor, en 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.¹⁰²

Según algunos autores, el Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de pronunciarse sobre los alcances del artículo 65° de la Constitución y extraer a partir de dicha interpretación, como un principio rector para la actuación del Estado, la protección del consumidor (Expediente N°0008-2003-AI/TC),

¹⁰² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*La lesión*”. En: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, p. 23.

considerando lo siguiente: “La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero 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-usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor”¹⁰³.

Asimismo, sobre la forma de llevar a cabo dicha protección, el Tribunal expresó lo siguiente: “Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, éstos no son los únicos que traducen real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente

¹⁰³ Expediente N° 0008-2003-AI, Fundamento 30. <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe /ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/otono2010/MarcoAntonioVillota.pdf>.

incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un numerus apertus a otras expresiones sucedáneas. Así, el artículo 3° de la Constitución prevé la individualización de “nuevos derechos”, en función de la aplicación de la teoría de los “derechos innominados”, allí expuesta y sustentada”¹⁰⁴

B. Código de Protección y Defensa del Consumidor Ley N° 29571

El actual Código ha tenido a bien involucrar y contemplar todo un listado de artículos que, comprende en cierta medida el tema sobre Derecho a la Información. A continuación hacemos mención de los artículos más importantes a tener en cuenta: En primer lugar el Artículo V, inciso 4 del Título Preliminar regula el Principio de Corrección de la Asimetría.- “Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado”. En segundo lugar en el

Artículo 1° sobre Derechos de los consumidores, se establece que los consumidores tienen los siguientes derechos:

a. Derecho a una protección eficaz respecto de los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física. ¹⁰⁵

¹⁰⁴ Expediente N° 0008-2003-AI, Fundamento 32.

¹⁰⁵ ALPA, Guido. *Derecho del Consumidor*. Lima, Título original en italiano “Il Diritto dei Consumatori”, Traducción a cura de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, 2004, pp. 197-198.

b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.

El Artículo 2° regula aspectos importantes, referentes a la información:

a) El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.¹⁰⁶

b) La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.

c) Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe

¹⁰⁶ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Transformación del Derecho de Propiedad*. Lima, en Derecho, N° 33, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1978, pp. 76-77.

examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor.

d) Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de confusión que generarían al consumidor el suministro de información excesiva o sumamente compleja, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado.

En el Artículo 3º, se expone las causas por las que se sanciona al proveedor que brinde información falsa o que induzca a error al consumidor: “Está prohibida toda información o presentación u omisión de información que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos”.¹⁰⁷

C. Tratamiento en Instrumentos Internacionales

En el ámbito internacional se tienen las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor (en su versión ampliada de 1999). La misma que establece dentro de los Principios Generales en el apartado tercero sobre: “Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender” ha establecido las siguientes:

¹⁰⁷ CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?* Reflexiones sobre el caso de la televisión. Madrid, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T.II. 1991, p. 967.

- El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual;
- La educación del consumidor, incluida la educación sobre la repercusión ambiental social y económica que tienen las elecciones del consumidor.

Dentro de los Programas de educación e información, en su artículo 35° ha establecido: “Los gobiernos deben formular o estimular la formulación de programas generales de educación e información del consumidor, incluida la información sobre los efectos en el medio ambiente de las decisiones y el comportamiento de los consumidores y de las consecuencias, incluidos costos y beneficios, que pueda tener la modificación de las modalidades de consumo, teniendo en cuenta las tradiciones culturales del pueblo de que se trate. El objetivo de tales programas debe consistir en capacitar a los consumidores para que sepan discernir, puedan hacer elecciones bien fundadas de bienes y servicios, y tengan conciencia de sus derechos y obligaciones.

En el artículo 36° estableció que: “La educación del consumidor debe, si procede, llegar a formar parte integrante del programa básico del sistema educativo, de preferencia como componente de asignaturas ya existentes”.

¹⁰⁸ Asimismo, en el artículo 37°, señaló que: “Los programas de educación e información del consumidor deben abarcar aspectos de la protección del

¹⁰⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La lesión”. En: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, p. 23.

consumidor tan importantes como: “Legislación pertinente, forma de obtener compensación y organismos y organizaciones de protección al consumidor; además explicitó otros derechos.

Algunos connotados doctrinarios argentinos, expresan que “Un consumidor informado, consciente de las características del producto y las condiciones de la operación comercial, tendrá la posibilidad de efectuar elecciones de consumo sustentadas en sus necesidades reales, adquiriendo productos y servicios verdaderamente útiles y adecuados a sus expectativas y posibilidades económicas, y evitando que ellos le generen algún menoscabo a sus derechos”¹⁰⁹. Es por ello que, sin una información verdadera será imposible que consumidores y usuarios conozcan en forma cierta y oportuna el bien por adquirir y las condiciones bajo las cuales se obligan. Pero mucho más importante aún, se verán imposibilitados de efectuar decisiones de consumo razonadas y asentadas en sus verdaderas necesidades y posibilidades económicas.

2.3. El derecho a la protección de los intereses económicos

Esta prerrogativa es una especie de "recipiente" que engloba todas aquellas situaciones en las cuales los consumidores se ven afectados en el ámbito patrimonial de sus intereses y, como consecuencia, les permite exigir indemnidad ante tales situaciones. Son múltiples las formas en que los consumidores y usuarios a diario ven socavado su patrimonio.

¹⁰⁹ RUSCONI, Dante. Op. Cit., p.99.

A nivel de la doctrina argentina Stiglitz¹¹⁰ ha señalado que este derecho es posible de observarse a través de tres aristas o derivaciones:

a) La calidad de los productos y servicios de consumo, de modo que los consumidores obtengan el máximo rendimiento posible de sus recursos económicos.

b) La existencia de justicia contractual, que posibilite que los consumidores accedan a los bienes de consumo de acuerdo con las condiciones ofertadas o publicitadas, sin resignar sus justas expectativas o derechos, o haciendo sacrificios irrazonables.

Queda vedado en la etapa previa a la celebración del contrato todo artificio fraudulento o engañoso que esconda las verdaderas condiciones de la operación; por otra parte, una vez encontradas las partes en el marco del contrato, serán censuradas todas aquellas estipulaciones que por lo general son usadas en contratos prerredactados por la parte fuerte de la relación, que impongan a los consumidores restricciones o cercenamientos abusivos.

Las directrices en este punto propician el establecimiento de procedimientos contra "abusos contractuales como el uso de contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos fundamentales en los contratos y la imposición de condiciones excesivamente estrictas para la concesión de créditos por parte de los vendedores" (B, 21 de la Directriz) y "la libre circulación de información exacta sobre todos los aspectos de los productos de consumo".

¹¹⁰ STIGLITZ, Gabriel. "Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios". Jurista Rosario, 1997.

c) El derecho a obtener adecuada y efectiva reparación o resarcimiento situaciones que le generen daño: El presupuesto en este caso está dado por la premisa de brindar un servicio en las mejores condiciones y sobre todo evitando ocasionar perjuicios, sin embargo, existen las posibilidades de ocurrencia de daños por el servicio, por cobros indebidos, por servicios indebidamente cobrados. De esta manera el objetivo será por parte de los proveedores, principalmente, evitar la generación de perjuicios mediante una serie de soluciones preventivas¹¹¹.

Sin embargo, señala Atilio Alterini -citado por Rusconi- “los daños a los consumidores son acontecimientos imposibles de desterrar del mercado, sobre todo teniendo en cuenta los métodos de producción y comercialización "en serie" o masivos y los infortunios que de ellos se derivan para los consumidores y usuarios”.¹¹²

De modo que, en ese escenario, corresponde a las instituciones jurídicas del derecho del consumidor consagrar herramientas adecuadas para brindar soluciones efectivas a los sujetos afectados. Ello implica la existencia de normas que aprehendan la complejidad de los infortunios en este campo, su dimensión social y la necesidad de ajustar las estructuras e instituciones clásicas a las necesidades del público consumidor.

¹¹¹ Por ejemplo podríamos citar el caso de las entidades bancarias, que han adoptado un mecanismo de control, a través de llamadas telefónicas a los titulares de las tarjetas de crédito, cuando se observa retiros por montos mayores a los ordinarios o comunes para un usuario, procediendo en estas situaciones los bancos a efectuar una llamada telefónica a los titulares, a fin de comunicar el retiro y corroborar si ha sido efectuado por el titular.

¹¹² ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos Civiles – Comerciales – de Consumo, Teoría General*. Buenos Aires: Editorial Abeledo, 1998.

De lo expuesto por Dante Rusconi, podríamos aseverar esta posición en el sentido de la necesidad de elaborar un conjunto de normas que calcen con las nuevas realidades y necesidades en esta materia, el contexto en el que se desenvuelve ya no es, del derecho civil, sino que comprende además de éste, al derecho económico, en esa medida la doctrina se ve compelida a esbozar nuevas bases teóricas para comprender mejor este derecho y sobre todo para brindar soluciones óptimas, tal vez, ahora se tenga que hablar de una vez por todas de la transformación del contrato o como otros han tenido a bien denominar la crisis del contrato; lo importante será proponer y hallar las soluciones que se ajusten a nuestros tiempos.¹¹³

En el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el **Capítulo I, art. 1 inciso c)** se ha establecido que el consumidor tiene: “Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios”.¹¹⁴

Para Durand Carrión¹¹⁵ las prerrogativas otorgadas al consumidor con este derecho implica que debemos estar siempre alertas para poder defendernos de los actos que atentan contra nuestros intereses económicos; de esta forma, ante el incremento de la línea de crédito, por citar un ejemplo podemos también increpar a la entidad bancaria el porqué del incremento, o ante su disminución, aspectos

¹¹³ RUSCONI, Dante. *Manual del Derecho del Consumidor*. Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 2015, p. 67.

¹¹⁴ CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión*. Madrid, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T.II. 1991, p. 967.

¹¹⁵ DURAND CARRION, Julio. *El Código de Protección y defensa del Consumidor, Retos y Desafíos para la Promoción de una Cultura de Consumo Responsable en el Perú*. Bogota, En derecho del consumo, problemáticas actuales: Universidad Santo Tomas – Bogota, 2013, p. 50.

relevantes que, creemos debería pertenecer a la esfera facultativa del consumidor a través de su consentimiento, y no dejarlo al libre criterio de los bancos.

Así, aparecen nuevas respuestas basadas en la idea de "justicia-equidad" y orientadas a la "paz social", como contracara de las teorías estrictamente economicistas que propician la justificación económica del daño sobre la base del mayor "beneficio" o "eficiencia" de la actividad involucrada.

Las modernas respuestas radican en la consolidación de remedios derivados de la justicia distributiva aplicada a las relaciones de consumo, en reemplazo de la tradicional concepción conmutativa.

3. Derechos operativos o instrumentales de los consumidores

Según gran parte de la doctrina: "El grupo de derechos englobados en esta categoría son los que permiten hacer efectivos a los demás derechos, mediante mecanismos adecuados de implementación. Son los llamados derechos puente, en razón de constituir los canales de acceso para ejercer y hacer efectiva las prerrogativas sustanciales o fundamentales. A decir de Stiglitz¹¹⁶ "no constituyen un fin en sí mismo", ya que no satisfacen directamente un interés del consumidor, sino que son el medio para ejercerlo o hacerlo valer".

3.1. El derecho de organización y participación

La agrupación en espacios organizados y representativos es la necesidad más básica de los consumidores en cuanto "clase" de personas. Tal como fue reconocido en un discurso internacional, "consumidores somos todos" y, no

¹¹⁶ STIGLITZ, Gabriel. "Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios". Jurista Rosario, 1997, pp. 11-55.

obstante, si los consumidores no poseen entidades y organismos que los agrupen y hagan escuchar sus voces y, fundamentalmente, representen activamente sus intereses, ese conjunto será sólo una agrupación de individualidades sin ningún peso ni incidencia.

El derecho de organización y el de participación se encuentran estrechamente vinculados, puesto que uno no tiene sentido sin el otro. De nada sirve que los consumidores se encuentren organizados en grupos representativos e institucionalizados si los intereses del grupo no son contemplados en los distintos ámbitos que les atañen.¹¹⁷

Las directrices de Naciones Unidas contemplan, dentro de las necesidades legítimas que persiguen, asegurar "la libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten" (II Principios Generales, punto 3, inc.) y prevén la participación de estas organizaciones en diversos aspectos de las relaciones de consumo.

El Código de Defensa del Consumidor de Brasil consagra el Instituto de las convenciones colectivas de consumo, creación que facilita de manera notable la participación formal de las asociaciones de consumidores en diversos aspectos, de este modo en el artículo 107° prescribe que: "Las entidades civiles de consumidores y las asociaciones de proveedores o sindicatos de categoría

¹¹⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La lesión". En: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, p. 23.

económica pueden regular, por convención escrita, relaciones de consumo que tengan por objeto establecer condiciones relativas al precio, a la calidad, a la cantidad, a la garantía y características de productos y servicios, así como a los reclamos y acuerdos sobre conflictos de consumo".

3.2. El derecho a obtener asesoramiento y asistencia:

Para Rodríguez Arana¹¹⁸ "Es el correlato de la situación de "subordinación estructural" que ocupa el consumidor en la sociedad de consumo. La cristalización de este derecho es responsabilidad insustituible del Estado, el que debe diseñar estructuras administrativas y judiciales especialmente. Este derecho se vincula estrechamente con el derecho a la educación, pero fundamentalmente en su aspecto dinámico o adjetivo".

La concreción de este derecho se logra mediante la puesta a disposición del público consumidor de servicios estatales gratuitos de asesoramiento, mediante el funcionamiento de organismos que brinden atención personalizada y especializada, así como también a través de los diferentes canales de divulgación masiva (números de atención telefónica gratuita, páginas de Internet, espacios de divulgación en medios periodísticos escritos, radios, revistas y canales de televisión; distribución de publicaciones específicas; etc.). Corresponde al Estado establecer las políticas públicas mediante las cuales se disponga de los medios

¹¹⁸ RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Servicio público y Derecho Comunitario y Sociedad*. Europa. 2006, p. 40.

idóneos para brindar adecuado asesoramiento y canalizar los reclamos de los consumidores.¹¹⁹

3.3. El derecho de acceso a la justicia y solución de conflictos

A decir de Dante Rusconi¹²⁰ "Es necesario tener en cuenta que el consumidor afectado en sus derechos necesita "sentir" la justicia, percibir que "su caso" ha sido tenido en cuenta por el proveedor responsable y, esencialmente, precisa inmediatez en la respuesta del sistema". Precisa, además que, la "accesibilidad" a soluciones que lleven el valor justicia a los consumidores, cualquiera sea la "sede" que intervenga, debería atender a las siguientes variables, entre ellas las geográficas, económicas, estructurales, culturales, psicológicas:

-Geográficas: tiene que haber proximidad entre los afectados y los centros de asesoramiento y resolución de sus conflictos.

-Económicas: los procedimientos deben ser simples, rápidos y gratuitos, de modo de no generar "gastos", en términos de costo y tiempo, para quienes acuden a los organismos a efectuar sus reclamos,

-Estructurales: las estructuras y los recursos destinados a brindar asesoramiento y sustanciar reclamos de los consumidores deben ser simples, atendidos por personal especializado y desprovistos de requerimientos formales. En simultáneo, deben estar preparados para tramitar, a instancia de particulares o de modo oficioso, los asuntos de índole colectiva.

¹¹⁹ CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?* Reflexiones sobre el caso de la televisión. Madrid, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T.II. 1991, p. 967.

¹²⁰ RUSCONI, Dante. *Manual del Derecho del Consumidor*. Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 2015, p. 47.

-**Culturales:** los afectados deben conocer sus derechos y entender la significación que poseen de acuerdo con las circunstancias del caso y frente al proveedor responsable, de modo de poder valorar en su real medida las soluciones a las que arriben.¹²¹

- **Psicológicas:** es fundamental que los consumidores, al momento de plasmar su descontento en un reclamo formal, se sientan acompañados y contenidos por el sistema. Comúnmente, el afectado se siente disminuido o temeroso frente al proveedor, y desarrolla mecanismos de justificación de la conducta empresarial adversa, llegando incluso a resignarse y desistir de reclamar. Es aquí donde debe recibir la contención y el asesoramiento especializado, ya sea de su letrado o del funcionario que tiene el deber de acompañarlo en sede administrativa.

En suma, estos vendrían a constituir un montón de factores que, en buena medida contribuirían a mejorar y equiparar los derechos del consumidor, sí contaran con políticas adecuadas, acordes a la realidad y procedimientos que, permitan plasmar estos factores.

No obstante, los mecanismos procesales para tramitar los requerimientos formales de los consumidores tienen que estar diseñados para dar respuestas adecuadas a los factores antes detallados.¹²²

¹²¹ BASTOS PINTO, Manuel y FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Lima, Editorial Grijley, 2002, p. 102.

¹²² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La lesión". En: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, p. 23.

Una temática de gran importancia es el acceso a la justicia respecto de las afectaciones colectivas y las soluciones ante estos casos. Relata un breve pasaje social sobre el descontento de la colectividad frente a determinados casos, en líneas generales refiere que del universo de potenciales afectados por una determinada conducta disvaliosa de un proveedor, la mayor parte de ellos son inadvertidos para el sistema estatal, judicial, y administrativo de tutela.

Nos refiere que esta situación posee un doble efecto negativo: en primer lugar, acrecienta el descontento y la resignación de los destinatarios de la protección legal, instalando una sensación de ineficiencia de la Administración en su rol de control del mercado y, además, lo que resulta antiético e injusto es la convalidación de la “rentabilidad ilegítima” de los proveedores que incorporan como margen extra de ganancia, y termina concluyendo que este es el resultado económico favorable por la afectación no reclamada e impune.

Por otra parte el Código de Defensa y Protección del Consumidor ha acogido estas bases teóricas en el capítulo I, art. 1 inciso g) el mismo que señala que el consumidor tendrá derecho: “A la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, céleres, o ágiles con formalidades mínimas, gratuitos o no costosos, según sea el caso, para la atención de sus reclamos o denuncias ante las autoridades competentes”. Además, regula el derecho a ser escuchados de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de

entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita.¹²³

Otra de las singularidades en materia de derechos es el referente al derecho al pago anticipado o prepago de los saldos de toda operación de crédito, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y liquidación de comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes, sin que les sean aplicables penalidades de algún tipo o cobros de naturaleza o efecto similar.

El CPDC¹²⁴ hace una aclaración importante contenido en el artículo 1°, párrafo in fine, establece que: “La enumeración de los derechos establecidos no excluye los demás que éste Código garantiza ni los reconocidos en leyes especiales”. De esta forma, este articulado constituye un aval y al mismo tiempo un soporte normativo en relación con los instrumentos internacionales que se cuenta y son de vital importancia se materialicen en la legislación nacional.

2.2.5.5. Principios Generales de los Derechos del Consumidor.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, establece en el artículo V de Título Preliminar, cuales son los principios que rigen las relaciones de consumo:

1. Principio de Soberanía del consumidor.- “Las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a

¹²³ BASTOS PINTO, Manuel y FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Lima, Editorial Grijley, 2002, p. 102.

¹²⁴ Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú.

fin de que con sus decisiones orienten el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos”.

Es decir, el consumidor es el agente más importante en el mercado, por ello se le debe de brindar aquella información, pero relevante, necesaria y útil para que pueda tomar una decisión libre y satisfactoria a sus necesidades, y de este modo su conducta equilibre de mejor manera el mercado¹²⁵.

2. Principio Pro consumidor.- “En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de éste principio, en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando existan dudas en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor”.

Es decir, el Estado amparado en la Constitución Política del Estado y el Código del Consumidor, va a ejercer una protección especial, cuando estemos frente a contratos de consumo, y en particular hace referencia a los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación.

Por cuanto, el consumidor en la mayoría de casos se halla vulnerable, generándose una situación de desventaja en beneficio del proveedor, quien, provisto de todas las herramientas que le confiere su calidad de predisponente en

¹²⁵ Para mejor entender, uno de los ejemplos que podemos citar es respecto de la permanencia de un producto o servicio en el mercado, lo cual va a depender del consumo que practique el usuario o consumidor; de lo dicho, puede ocurrir que el consumidor no realice el uso del referido servicio o bien, frente a lo cual, la consecuencia lógica que genera el mercado, es o la desaparición del proveedor o que éste mejore la calidad del producto o servicio para beneficio de la masa de consumidores.

una relación contractual o de consumo, las utiliza de la mejor manera, situación que se presenta por lo general en estos dos tipos contractuales.¹²⁶

3. Principio de transparencia. - “En la actuación en el mercado los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen. La información brindada debe ser veraz y apropiada conforme al presente código”.

Es decir, que por este principio los proveedores se encuentran en la obligación de proporcionar una plena accesibilidad a la información de los bienes y servicios para evitar que el consumidor sea engañado. Sin embargo, el tema encuentra un punto de exceso, cuando la información que se brinda es falsa, por ello lo idóneo es que el proveedor brinde la información real y relevante, pues si se tiene en cuenta que en nuestros días la publicidad, cobra un impacto social de grandes dimensiones e influye en nuestro comportamiento como consumidores, muchas veces es lo que determina la elección entre un servicio u otro; y es que tal vez, los consumidores se han acostumbrado a depender de la mejor publicidad y no a ver lo que realmente representa u ofrece el producto o servicio.

A través, de este principio lo que se quiere es evitar que el consumidor o usuario sea engañado por el proveedor, como consecuencia de la falta de información relevante y sobre todo veraz, que es su derecho, conocer antes de tomar una decisión de compra.

¹²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa fe, Segunda Ed., Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 86.

4. Principio de corrección de la asimetría. - “Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado”.¹²⁷

Este principio protege al consumidor de toda desigualdad que pueda existir en el mercado en la relación proveedor-consumidor, para que de esta manera no se genere un abuso de posición de dominio y cause una desventaja económica para el consumidor.

Según el artículo 5° del decreto Legislativo N° 701 el abuso de posición de dominio se da cuando una o más empresas que se encuentran en una posición dominante se aprovechan y actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

La RAE¹²⁸ señala que “el abuso de posición dominante se da en el derecho de la competencia, actuación comercial prohibida, realizada en perjuicio de otra empresas o de los consumidores, que se prevale de una situación de ventaja.

La existencia de una posición de dominio no es ilícita o perjudicial para la dinámica del mercado y sus intervinientes. Es ilícito cuando el agente abusa de

¹²⁷ CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión*. Madrid, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T.II*. 199, p. 967.

¹²⁸ Real Academia Española.

dicha posición, lo que debe ser entendido como el ejercicio indebido de la posición de dominio con el fin de obtener ventajas y causar perjuicios a otros”¹²⁹.

5. Principio de buena fe.- “En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular”.

Es infaltable en toda normatividad, en especial cuando se trata de contratos, este principio nos da a entender que, un contrato debe de actuar según el orden público y las buenas costumbres.¹³⁰

Como refiere De la Puente y Lavalle¹³¹, el ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe no solo en lo que tienen de limitación o veto a una conducta deshonesto, sino, también en lo que tienen de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia.

Bajo estos preceptos, y teniendo en consideración que, en materia de contratos quien redacta los contratos predispuestos son los proveedores, por lo que, les corresponde a estos, actuar bajo este principio.

¹²⁹ Jurisprudencia de Defensa de la Competencia. INDECOPI, Primera Edición, Lima, 1999.

¹³⁰ ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. *De los contratos*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 123.

¹³¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*La lesión*”. En: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, p. 23.

6. Principio de protección mínima. - “El presente Código contiene las normas de mínima protección a los consumidores y no impide que las normas sectoriales puedan dispensar un nivel de protección mayor”.

Por este principio debemos entender que los derechos consagrados en el CPDC son mínimos, que esperar menos de los descritos y contenidos en él no es admisible, por ello, se dice que, es lo mínimo que le asiste como consumidor. Es apropiado, además, agregar que como consecuencia de este principio, se encuentra el de irrenunciabilidad de derechos, pues siendo los mínimos derechos del consumidor en una sociedad de consumo para ser defendido en el mercado cuando se halle frente a una relación de consumo, no cabe renunciar a éstos.

7. Principio Pro asociativo. - “El Estado facilita la actuación de las asociaciones de consumidores o usuarios en un marco de actuación responsable y con sujeción a lo previsto en el presente Código”.

8. Principio de primacía de la realidad. - “En la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que la Autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa”. Por este principio se entiende que los hechos van a primar frente a la formalidad, es decir, lo que el juzgado va a considerar es, principalmente, los hechos, lo que realmente ha sucedido, sin dejarse llevar por los documentos firmados o por el acto jurídico realizado.

De esta manera se trata de evitar los abusos de los proveedores, pues, por lo general, les hacen firmar e incurrir en trámites que disminuyen u omiten los derechos de los consumidores.

2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS¹³²

1. Abuso de posición dominante

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 misma.

2. Consumidor

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.

¹³² BASTOS PINTO, Manuel y FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Lima, Editorial Grijley, 2002, p. 102.

3. Contrato

El contrato es un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos o más personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral.

4. Contrato por Adhesión

Modalidad contractual muy extendida hoy en día, sobre todo en la contratación bancaria-comercial, por la cual la totalidad de las cláusulas de un contrato han sido establecidas unilateralmente por una de las partes, la dominante o preponderante, limitándose la otra a aceptarlas en bloque. Para proteger a los consumidores la ley establece las siguientes garantías: que estén redactados con claridad, sencillez y concreción y que las cláusulas oscuras se interpreten a favor de los consumidores.¹³³

5. Derechos del Consumidor

Son aquellos derechos que están vinculados con el rol que ocupa el consumidor como “sujeto activo del mercado”, cuyo goce y garantía dependen exclusivamente del papel que le corresponde desarrollar al Estado como garante y custodio.

¹³³ ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. *De los contratos*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 123.

6. Empresa

Es una organización o institución dedicada a actividades, fines, tareas o persecución de fines económicos o comerciales para satisfacer las necesidades de bienes o servicios de los solicitantes, a la par de asegurar la continuidad de la estructura productivo-comercial así como sus necesarias inversiones. Se puede considerar que una definición de uso común en círculos comerciales es la siguiente: "Una empresa es un sistema con su entorno definido como la industria en la cual se materializa una idea, de forma planificada, dando satisfacción a demandas y deseos de clientes, a través de una actividad comercial". Requiere de una razón de ser, una misión, una estrategia, objetivos, tácticas y políticas de actuación.¹³⁴

7. El Consumidor Como Sujeto De La Relación De Consumo

Es menester analizar los elementos que le otorgan al consumidor la calidad de sujeto de la relación de consumo y son esencialmente dos, aunque en la doctrina se postulan otros, sin embargo, el basamento guarda relación con el elemento personal y el material, el primero de ellos referente al tipo de personas que pueden ser consumidores y el segundo relacionado a la actividad del sujeto. Al respecto Lorenzetti¹³⁵ postula una clasificación bastante didáctica que coadyuva al mejor entendimiento en el tema.

¹³⁴ ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. *De los contratos*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 123.

¹³⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Op. Cit. p. 95.

8. Empresas Monopólicas

Son las que manejan cierto sector del mercado a su antojo debido a que son la única compañía que produce ciertos productos o provee ciertos servicios estas compañías evitan que otras nuevas prosperen bajando los precios de sus productos o servicios para llevar a la bancarrota a la empresa nueva.

9. Monopolio

Hace referencia a una determinada situación de mercado. En ella, un productor o vendedor es el único que explota un bien o un servicio, lo que le confiere un gran poder y le brinda una posición de privilegio.

Existe cuando una persona en particular o una empresa tienen suficiente control sobre un producto o servicio en particular para determinar de manera significativa las condiciones en que otras personas tendrán acceso a ella.

10. Principios Del Derecho

Son los enunciados normativos más generales que, a pesar de no haber sido integrados formalmente en los ordenamientos jurídicos particulares, o bien recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos. Son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, conjuntos normativos y del propio Derecho como totalidad. Estos principios son utilizados por los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, sea para integrar derechos legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta

dudosa.

11. Proveedor:

Según el Código de Protección u Defensa del consumidor¹³⁶ son proveedores: “Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

- **Distribuidores o comerciantes.** - Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.
- **Productores o fabricantes.** - Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.

¹³⁶ Artículo IV, inciso 2 de la Ley N° 29571.

- **Importadores.** - Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.¹³⁷
- **Prestadores.** - Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores.

12. Relación De Consumo

Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Según Ricardo Luis Lorenzetti la relación jurídica de consumo es una definición normativa, y su extensión surge de los términos que la ley asigne a los elementos que la componen: sujetos objeto, fuentes¹³⁸.

Para la doctrina existen múltiples definiciones de consumidor, en este sentido para algunos autores: “Hay una relación en sentido estricto que involucra al sujeto que consume y otra, más amplia, que abarca al consumidor potencial frente a las tratativas”¹³⁹. Para Guido Alpa¹⁴⁰, el consumidor actúa en distintas situaciones, por ejemplo individual, como miembros de una asociación, como standard.

¹³⁷ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General Del Contrato*. Buenos Aires, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 442.

¹³⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge Y LORENZETTI, Ricardo Luis. *Defensa del consumidor*, Ley 24.240, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 67.

¹³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson, en Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, *Comentado pelos autores de Anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover et ál.* “comentado por los autores del anteproyecto Ada Pellegrini”, Forense universitaria, Rio de Janeiro 1998, p. 56.

¹⁴⁰ ALPA, Guido. *Derecho del Consumidor*. Lima, Título original en italiano *Il Diritto dei Consumatori* “En Derechos del consumidor”, Traducción de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, 2004, pp. 197-198.

13. Servicio

Los Servicios son las distintas actividades que buscan satisfacer las necesidades de los sujetos. Hacen parte de la actividad económica del sector terciario de la economía en donde se brindan diferentes servicios como: educación, banca, seguros, salud, comunicaciones, transporte, seguridad entre otros. Se considera a los servicios como bienes intangibles, es decir, el equivalente no material de un bien. También se consideran heterogéneos, así dos servicios nunca serán iguales. En la actualidad la venta y compra de servicios representa la mayor parte de las actividades de una economía y es el desarrollo de estos lo que más impulsa el crecimiento de las distintas economías en el mundo.

Según el Código de Protección y Defensa del Consumidor, el servicio es cualquier actividad de prestación de servicios que se ofrece en el mercado, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguros, provisionales y los servicios técnicos y profesionales. No están incluidos los servicios que prestan las personas bajo relación de dependencia.¹⁴¹

14. El Consumidor Como Sujeto De La Relación De Consumo

Es menester analizar los elementos que le otorgan al consumidor la calidad de sujeto de la relación de consumo y son esencialmente dos, aunque en la doctrina se postulan otros, sin embargo, el basamento guarda relación con el elemento personal y el material, el primero de ellos referente al tipo de

¹⁴¹ ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. *De los contratos*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 123.

personas que pueden ser consumidores y el segundo relacionado a la actividad del sujeto. Al respecto Lorenzetti¹⁴² postula una clasificación bastante didáctica que coadyuva al mejor entendimiento en el tema.

¹⁴² LORENZETTI, Ricardo Luis. Op. Cit. p. 95.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INFORMACIÓN

3.1. DISCUSIÓN DE RESULTADO A NIVEL NORMATIVO

3.1.1. La legislación antes de la dación del código de protección y defensa del consumidor

Antes de la dación del Código de protección y defensa del consumidor, a nivel normativo se dieron una serie de dispositivos normativos que trataron en cierta medida de regular los temas concernientes al tema de protección al consumidor.

1. Marco Constitucional

a) La Constitución Política del Estado de 1979

De este modo la Constitución Política del Estado de 1979 reguló en el Título III del Régimen Económico, Capítulo I de los principios generales, en el artículo 110° señala lo siguiente: “El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual

finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores".¹⁴³

Como se observa, la regulación denota un tratamiento exiguo en relación al consumidor, aún no se hablaba de derecho a la información, así como otros derechos, su regulación estuvo dedicada más al tema económico.

b) La Constitución Política del Estado de 1993

Uno de los aspectos innovadores en la Constitución de 1993 es la declaración de que el Estado defiende los intereses de los consumidores y usuarios". Así, el texto completo del artículo 65° establece: *"El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población"*.

Además, comenta que la decidida defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, asumida por la Constitución de 1993, señalando, en primer lugar que, la Constitución vigente traslada el control económico más hacia la defensa del consumidor, ya que el centro del Derecho Empresarial, deja de ser la empresa misma, para trasladarse a la relación "empresa-consumidor", que es donde el Estado ahora puede jugar un papel más objetivo.

¹⁴³ CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?* Reflexiones sobre el caso de la televisión. Madrid, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T.II. 1991, p. 967.

Cada tiempo tiene su núcleo de tensión- señala Torres y Torres Lara- y esto se refleja en el Derecho, el cual no es más que la síntesis de la ideología de su época¹⁴⁴. Así, durante el desarrollo del Derecho Romano, el centro de las tensiones estuvo vinculado al propietario inmobiliario. Luego desde el siglo XV el Derecho se centra en la protección preferencial del propietario mobiliario, base del desarrollo del capitalismo inicial, que se difundiría a partir de las libertades consagradas por la Revolución Francesa, hasta la aparición del fenómeno socialista, desde el cual el núcleo se ubica en el trabajador. Con el desarrollo de la sociedad de consumo hoy se abre un nuevo centro de tensión el del consumidor"¹⁴⁵.

De lo expuesto se tiene que, en el marco de la regulación y tratamiento a nivel constitucional, en particular la Constitución de 1993, ésta ha manifestado que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios y, para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a disposición en el mercado. Evidentemente que, con ello se ha generado una obligación para la empresa-proveedor, que consiste en informar convenientemente al consumidor-usuario, y de otra parte, se ha plasmado uno de los derechos bases que surge de esta relación consumidor-proveedor, y es el derecho a la información.

¹⁴⁴ Refiriéndonos a este punto, traemos a colación el pensamiento del Maestro Fernando De Trazegnies, cuando señalaba que "(...) la propiedad no es un concepto universal que sobrepasa la historia, sino un concepto histórico; la propiedad es lo que los hombres quieren que sea; y los hombres quieren cosas distintas según los tiempos". En DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Transformación del Derecho de Propiedad*. Lima, en Derecho, N° 33, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1978, pp. 76-77.

¹⁴⁵ ACOSTA IPARRAGUIRE, Vicente. Op., Cit. p. 67

3.1.2. Código de Protección y Defensa del Consumidor

Mediante Ley N° 29571, publicada el 02 de setiembre del 2010, se promulgó el Código de Protección y Defensa del Consumidor, entró en vigencia el 02 de octubre del 2010, regulando las relaciones de consumo que se produzcan entre proveedores y consumidores. Derogó la Ley de Protección al Consumidor - Decreto Legislativo N° 716-.

El Código del Consumidor busca que los consumidores adopten decisiones de consumo con adecuada y suficiente información y que puedan acceder a productos y servicios idóneos, para ello les reconoce derechos y mecanismos de protección que permitan reducir la asimetría informativa en las relaciones de consumo.

Entre las innovaciones, se tiene:

- Sistematización de los diversos principios que sustentan la protección del consumidor.
- Reconocimiento de determinadas políticas públicas que deberá seguir el Estado, como la inclusión de programas de educación sobre los derechos del consumidor en la currícula escolar, la creación del Sistema Nacional integrado de Protección del Consumidor, la creación del Sistema de Arbitraje de Consumo, la ordenación de la protección de consumidores con relación a productos o servicios específicos (servicios públicos regulados, de salud, educativos, inmobiliarios, financieros, etc).

- La creación del procedimiento sumarísimo de protección al consumidor, cuando la cuantía no sea mayor a 3 UIT, resolviéndose en no más de 30 días hábiles por instancia administrativa.
- Regulación del Libro de reclamaciones.

1. Objeto y Alcance de la Ley

El CPDC¹⁴⁶ en el **Artículo I** del Título Preliminar en lo referente al contenido, prescribe que: *“El presente Código establece las normas de protección y defensa de los consumidores, instituyendo como un principio rector de la política social y económica del Estado la protección de los derechos de los consumidores, dentro del marco del artículo 65° de la Constitución Política del Perú y en un régimen de economía social de mercado, establecido en el Capítulo I del Título III, Del Régimen Económico, de la Constitución Política del Perú”*.

En esta línea de ideas, la presente Ley ha emitido este marco normativo en base a la protección que la Constitución Política del Estado brinda a los consumidores, argumento consagrado en el artículo 65°; pues qué duda cabe que, el consumidor ha constituido el centro de atención de los entes relacionados en esta materia en los últimos tiempos, esencialmente debido a la existencia de asimetría informativa y mecanismos de protección idóneos para el consumidor, es en razón a ello que, el Estado antes de la dación de la Ley N° 29571 expidió una serie de dispositivos que han tratado de amalgamar el problema, sin embargo, con

¹⁴⁶ PERÚ, Código de Defensa del consumidor.

la dación del presente código, éste denota un interés por sistematizar todo lo concerniente a los consumidores y en especial su protección.¹⁴⁷

Adicionalmente, debemos de hacer referencia que, en el **artículo 49°** da una definición de cláusulas abusivas: 49.1 En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.

Para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

Relacionando en su **artículo 50°** ha establecido una lista de supuestos de Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta¹⁴⁸; y en el **artículo 51°** se pronunció respecto de las Cláusulas abusivas de ineficacia relativa, disponiendo que lo son de manera enunciativa, aunque no limitativa, son cláusulas abusivas atendiendo al caso concreto.

¹⁴⁷ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado*. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2000, p. 67.

¹⁴⁸ CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?* Reflexiones sobre el caso de la televisión. Madrid, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T.II. 1991, p. 967.

3.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS A NIVEL DOCTRINARIO

La expresión “contrato de adhesión” fue acuñada por Saleilles, a principios del presente siglo, y se ha generalizado en la doctrina. Se designan con ella aquellos supuestos en los cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de su empresa se concierta. Su característica es que no van precedidos de una posible discusión sobre su contenido, sino que sus cláusulas han de ser aceptadas o rechazadas”.¹⁴⁹

Sin embargo, “conviene diferenciar contratos de adhesión y condiciones generales. El primero se produce cuando todas las cláusulas han sido puestas en conocimiento de los interesados en el momento en que estos dan su conformidad (es la “letra chica” de los contratos de seguros, de suministro de electricidad, etc.). El segundo se da cuando han quedado fuera del contrato, y el contratante parece adherirse a ellas (cuando se compra un billete en un transporte público no se dice cuáles son las condiciones del contrato que celebramos.”⁵⁰

Por otro lado al, respecto de la problemática, sobre determinar o no si nos encontramos frente a un acto unilateral, debemos tener en claro que: “El propio código reconoce que la parte que adhiere, está puesta en la alternativa de aceptar o rechazar las estipulaciones fijadas por la otra parte. Algunos estiman que el contrato llamado de adhesión, no es un contrato, pues es solamente, la voluntad

¹⁴⁹ DIAZ PICAZO, Luis. *Sistemas del Derecho Civil*. tomo II, 9ª edición, Edit Tecnos, 2001.

de una parte. En cambio, otros autores, sostienen que es una forma de constituir el consentimiento y que consiguientemente es un contrato.

Si el contrato debe ser la coincidencia de las voluntades del oferente y del aceptante, el contrato por adhesión resulta obteniendo el consentimiento de las partes, es un contrato. Pero si la oferta, no es aceptada por la otra parte, no habrá contrato.

Saleilles es el primero que adopta la expresión “de adhesión”, para designar una relación en la que el aceptante adhiere únicamente a las estipulaciones escritas y hasta impresas que tiene el oferente.

En el contrato de adhesión, no ha discusión alguna sobre las estipulaciones. Todas las admite el aceptante, inclusive aquellas que revelan de la obligación por los riesgos la despropiación en que en este tipo de actos jurídicos están las partes, hizo pensar gran parte de doctrinarios, que no había contrato. Califican el acto unilateral por lo que una de las partes impone su voluntad a la otra. Mientras que para un grupo minoritario es un perfecto contrato, puesto que la ley no exige, ni el intercambio de ideas ni la discusión, sino la coincidencia de las voluntades, y cuando el contrato de adhesión es aceptado, se produce esa coincidencia de voluntades.¹⁵⁰

Lo cierto es que el contrato de adhesión es el resultado de la rapidez con que se desarrolla la sociedad y cambia las formas contractuales. Lo vemos cotidianamente en el contrato de pasaje, cualquiera que sea la vía escogida. Al

¹⁵⁰ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado*. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2000, p. 67.

comprar un pasaje marítimo, pluvial, o aéreo; se está aceptando todas las condiciones que impone el pasaje, que ni siquiera en forma completa se le alcanza al pasajero.

Esa adhesión perfecciona el contrato y resultan aceptadas inclusive las cláusulas que liberan de responsabilidad al portador por cualquier accidente que pudiese ocurrir, por cualquier demora que pudiese sufrir el pasajero por las pérdida o robo que pudiese sufrir en el equipaje.¹⁵¹

El servicio de energía eléctrica, el teléfono, el agua y el desagüe son ofrecidos al público en contratos de adhesión, donde no se podrá introducir ni una sola modificación, bajo la extorsión de que si no acepta las cláusulas no habrá servicio.

La sociedad contemporánea vive bajo el contrato de adhesión. Si uno quiere limpiarse los zapatos, deberá aceptar las tarifas del lustrador. Si desea alojarse en un hotel, tendrá que aceptar las condiciones que ha impuesto el hotelero. En fin si desea comer deberá ingresar a un establecimiento, donde la comida se sirve bajo las condiciones que impone el propietario del establecimiento.¹⁵²

No podrían celebrarse verdaderos contratos ni de pasaje, ni de servicios de otra índole, debido a la rapidez con que se desarrollan las relaciones sociales. Esta es la razón por la que se acepta el contrato. Pero no debía ser tratado como un contrato, sino como un acto jurídico unilateral.

¹⁵¹ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado*. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2000, p. 67.

¹⁵² MESSINEO, Francesco. *Doctrina General Del Contrato*. Buenos Aires, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 442.

3.3. DISCUSIÓN DE RESULTADOS DE NIVEL JURISPRUDENCIAL

Según algunos autores, el Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de pronunciarse sobre los alcances del artículo 65° de la Constitución y extraer a partir de dicha interpretación, como un principio rector para la actuación del Estado, la protección del consumidor (Expediente N°0008-2003-AI/TC), considerando lo siguiente:

“La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero 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 aparece 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-usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor”¹⁵³.

Asimismo, sobre la forma de llevar a cabo dicha protección, el Tribunal expresó lo siguiente: “Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso

¹⁵³ Expediente N° 0008-2003-AI, Fundamento 30. <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/otono2010/MarcoAntonioVillota.pdf>.

del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, éstos no son los únicos que traducen real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un numerus apertus a otras expresiones sucedáneas. Así, el artículo 3º de la Constitución prevé la individualización de “nuevos derechos”, en función de la aplicación de la teoría de los “derechos innominados”, allí expuesta y sustentada”¹⁵⁴

3.4. DISCUSIÓN DE RESULTADOS A NIVEL DEL DERECHO COMPARADO

3.4.1. Principales fuentes legales internacionales de protección a los derechos del consumidor

Si bien es cierto, que el tratamiento del tema sobre protección del consumidor es reciente, sin embargo, existen antecedentes normativos que constituyen el soporte teórico y normativo para la dación de leyes y su regulación en el ámbito de las legislaciones internas de cada Estado.

En esta línea de ideas Dante Rusconi¹⁵⁵, señala que “la subordinación del consumidor es el presupuesto axiomático que rige la normativa destinada a brindarle auxilio en su relación con los proveedores; es su razón de ser, su esencia. El sustrato material subordinante que lo justifica está dado por el

¹⁵⁴ Expediente N° 0008-2003-AI, Fundamento 32.

¹⁵⁵ RUSCONI, Dante. *Manual del Derecho del Consumidor*. Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 2015, p. 67.

conjunto de factores socioculturales, económicos y jurídicos y la respuesta del Ordenamiento Jurídico a ese contexto es la normativa tutelar específica, tendiente a revertir ese desequilibrio”¹⁵⁶.

El derecho romano nos ha heredado uno de los principios jurídicos sobre los que se construye todo el andamiaje jurídico destinado a dar protección a los consumidores es el principio de interpretación *favor debitoris*, destinado a proteger al deudor frente a los derechos que se le reconocían al acreedor para hacerse pagar¹⁵⁷.

En esta hipótesis de conflicto el Estado establece el grado de prioridad que dará a los intereses en pugna y, optará por aquel que mejor refleje los objetivos perseguidos por la Nación, plasmados en su Constitución Política.

La normativa europea ha sido la pionera y más prolífica en la regulación de diferentes aspectos de los problemas de consumo. La importancia se elevó a su más alto nivel con el reconocimiento de la problemática y la aprobación de las directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, que colocaron el tema en la agenda mundial.

A nivel del continente nuestro, destaca Brasil, con su Código de Defensa del Consumidor de 1990, marcó un hito de legislación especializada. Otros países latinoamericanos, como el caso de Venezuela, México y Colombia, fueron los cultores en el tratamiento de estos temas y que posteriormente se extendería a toda América del Sur.

¹⁵⁶ RUSCONI, Dante. Op.Cit., p.31.

¹⁵⁷ Los que incluso le permitían disponer del cuerpo y de la vida del obligado en mora.

De este modo la tutela legal con la que cuentan hoy los consumidores en la región es fruto de un largo proceso evolutivo en el derecho comparado.

1. La Legislación Comunitaria Europea:

El derecho comunitario Europeo fue pionero en el dictado de normas destinadas a dar protección a los derechos de los consumidores. Estas normas se fueron consolidando y enriqueciendo con el paso del tiempo. ¹⁵⁸

1.1. La Carta Europea de Protección a los Consumidores de 1973

Éste constituye el primer precedente normativo comunitario y en él se reconocen cuatro derechos básicos de los consumidores:

a) A la protección y a la asistencia. La cristalización de este derecho se debe manifestar “en un fácil acceso a la justicia y en una racional administración de la misma”.

b) A la reparación del daño. Se contemplan especialmente los daños ocasionados por productos defectuosos o por la difusión de mensajes engañosos o erróneos, instando a los países al dictado de normas que contemplen reglas generales para la seguridad de los bienes y servicios, y que protejan los intereses económicos de los consumidores con controles sobre las condiciones generales de la contratación.

¹⁵⁸ CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?* Reflexiones sobre el caso de la televisión. Madrid, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T.II. 1991, 967.

c) **A la información y a la educación.** Los consumidores deben recibir informaciones correctas sobre la calidad de los productos y poder identificar todos sus aspectos de modo de poder usarlos con toda seguridad y plena satisfacción.

d) **A organizarse en asociaciones y a ser representados.** Para poder expresar sus opiniones sobre las decisiones políticas y económicas que los involucre, los países deberán constituir “una autoridad fuerte, independiente y eficaz, que represente a los consumidores y a las categorías comerciales”.

2. Las Directrices De Naciones Unidas Para La Protección Del Consumidor

La Organización de las Naciones Unidas aprobó en su trigésimo noveno período de sesiones -106 sesión plenaria del 9/4/1985- las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, ampliadas luego en el año 1999 para incorporar las problemáticas relativas al consumo sustentable.¹⁵⁹

Este documento tiene en cuenta como fundamento “los intereses y las necesidades de los consumidores de todos los países, y particularmente de los países en desarrollo; reconociendo que los consumidores afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación; y teniendo en cuenta que los consumidores deben tener el derecho de acceso a productos que no sean peligrosos, así como la importancia de

¹⁵⁹ TORNOS MAS, Joaquín. *Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local 2004, pp. 7-18.

promover un desarrollo económico y social justo, equitativo, sostenido, y la protección del medio ambiente (...)"

Dentro de sus objetivos se establecieron:

- Ayudar a los países a lograr o mantener una protección adecuada de sus habitantes en calidad de consumidores;
- Facilitar las modalidades de producción y distribución que respondan a las necesidades y los deseos de los consumidores;
- Instar a quienes se ocupan de la producción de bienes y servicios y de su distribución a los consumidores a que adopten estrictas normas éticas de conducta;
- Ayudar a los países a poner freno a las prácticas comerciales abusivas de todas las empresas, a nivel nacional e internacional, que perjudiquen a los consumidores;
- Facilitar la creación de grupos independientes de defensa del consumidor;
- Fomentar la cooperación internacional en la esfera de la protección del consumidor;
- Promover el establecimiento en el mercado de condiciones que den a los consumidores una mayor selección a precios más bajos;
- Promover un consumo sostenible.

Dentro de sus principios generales, las directrices establecieron que corresponden a los gobiernos “formular, o mantener una política enérgica de protección del Consumidor”, teniendo en cuenta las directrices; además señaló que, al hacerlo, cada gobierno debe establecer sus propias prioridades para la protección de los consumidores, según las circunstancias económicas, sociales y ecológicas del país y las necesidades de su población y teniendo presentes los costos y los beneficios que entrañan las medidas que se propongan.¹⁶⁰

Además, en el punto 6- *De los principios generales*, exhortó a los gobiernos a: “Establecer o mantener una infraestructura adecuada que permita formular, aplicar y vigilar el funcionamiento de las políticas de protección del consumidor”. Con ello lo que pretende es brindar una protección integral por parte de los gobiernos, en razón de atender a las facetas complementarias para alcanzar una protección idónea.¹⁶¹

De otra parte seguimos en el análisis de este instrumento y destaca el ámbito de aplicación de las directrices al indicar que “debe prestarse especial atención a la necesidad de garantizar que las medidas de protección del consumidor se apliquen en beneficio de todos los sectores de la población, y en particular de la población rural y los pobres”. Como es de verse, incluye las zonas rurales y el segmento de aquella población menos favorecida, a quienes, desde ya, por su situación, se hallan en un estado de asimetría informativa y económica, lo cual es uno de los pilares de la protección de los consumidores, sin embargo,

¹⁶⁰ CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión*. Madrid, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T.II. 1991, p. 967.

¹⁶¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*La lesión*”. En: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, p. 23.

las directrices bien hacen en contemplar estos aspectos que, aún en muchos de los países de la región se encuentran postergados.

Otro de los aspectos relevantes de naturaleza académica, se halla en el punto 8: De los principios generales, que señala “Al elaborar políticas de protección del consumidor debe tenerse en cuenta el posible papel positivo que pueden desempeñar las universidades y las empresas públicas y privadas en la investigación”.

En su actual redacción, las directrices de Naciones Unidas son ocho, están desarrolladas en la *parte III denominada de las Directrices*, dentro de las recomendaciones más importantes para los gobiernos de los países miembros están:

a. Seguridad física¹⁶².

Se estableció que corresponde a los gobiernos adoptar o fomentar la adopción de medidas apropiadas, incluidos sistemas jurídicos¹⁶³, reglamentaciones de seguridad, para garantizar que los productos sean inocuos en el uso al que se destinan o normalmente previsible (punto 11); se deben facilitar a los consumidores instrucciones sobre el uso adecuado de los artículos e información sobre los riesgos que entraña el uso al que se destinan o el normalmente previsible. Dentro de lo posible, la información de vital importancia sobre cuestiones de seguridad debe comunicarse a los consumidores mediante símbolos comprensibles internacionalmente (punto 12).

¹⁶² Directriz A.

¹⁶³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*La lesión*”. En: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, p. 24.

b. Promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores¹⁶⁴.

Las políticas de los gobiernos deben tratar de hacer posible que los consumidores obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos. También deben tratar de alcanzar las metas en materia de producción satisfactoria y normas de funcionamiento, procedimientos adecuados de distribución, prácticas comerciales leales, comercialización informativa y protección efectiva contra las prácticas que puedan perjudicar los intereses económicos de los consumidores y la posibilidad de elegir en el mercado (punto 15); los gobiernos deben intensificar sus esfuerzos para impedir el empleo de prácticas que perjudiquen los intereses económicos de los consumidores, garantizando que los productores, los distribuidores y cuantos participan en la provisión de bienes y servicios cumplan las leyes y las normas obligatorias vigentes; los gobiernos deben elaborar, reforzar o mantener, según proceda, medidas relativas al control de las prácticas comerciales restrictivas y otras de tipo abusivo que puedan perjudicar a los consumidores, así como medios para hacer efectivas esas medidas.

Al respecto, los gobiernos deben guiarse por su adhesión al Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, aprobado por la Asamblea General en su resolución 35/63, del 5 de diciembre de 1980 (punto 17); alentar la competencia leal y efectiva a fin de brindar a los consumidores la posibilidad de elegir productos y servicios dentro del mayor surtido y a los precios más bajos (punto 19); los consumidores deben gozar de protección contra abusos contractuales

¹⁶⁴ Directriz B.

como el uso de contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos fundamentales en los contratos y la imposición de condiciones excesivamente estrictas para la concesión de créditos por parte de los vendedores (punto 21); las prácticas de promoción empleadas en la comercialización y la venta deben basarse en el principio del trato justo de los consumidores y deben satisfacer los requisitos jurídicos. Ello requiere el suministro de la información necesaria para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas e independientes, así como la adopción de medidas para asegurar la exactitud de la información suministrada (punto 22).

c. Medidas que permiten a los consumidores obtener compensación¹⁶⁵.

Los gobiernos deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles¹⁶⁶. Al establecerse tales procedimientos deben tenerse especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores de bajos ingresos (punto 32); alentar a todas las empresas a solucionar las controversias con los consumidores en forma justa, rápida y exenta de formalidades, y a crear mecanismos voluntarios, como servicios de asesoramiento y procedimientos extraoficiales para presentar reclamaciones, que puedan prestar asistencia a los consumidores (punto 33).

¹⁶⁵ Directriz E.

¹⁶⁶ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado*. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2000, p. 67.

*d. Programas de educación e información*¹⁶⁷.

Los gobiernos deben formular o estimular la formulación de programas generales de educación e información del consumidor (...), teniendo en cuenta las tradiciones culturales del pueblo de que se trate.

El objetivo de tales programas debe consistir en capacitar a los consumidores para que sepan discernir, puedan hacer elecciones bien fundadas de bienes y servicios, y tengan conciencia de sus derechos y obligaciones (punto 35); la educación del consumidor debe, si procede, llegar a formar parte integrante del programa básico del sistema educativo, de preferencia como componente de asignaturas ya existentes (punto 36); los programas de educación e información del consumidor deben abarcar aspectos de la protección del consumidor tan importantes como los siguientes.¹⁶⁸

Los gobiernos deben alentar a las organizaciones de consumidores y a otros grupos interesados, incluidos los medios de comunicación, a que pongan en práctica programas de educación e información, particularmente en beneficio de los grupos de consumidores de bajos ingresos de las zonas rurales y urbanas (punto 38); teniendo en cuenta la necesidad de llegar a los consumidores rurales y a los consumidores analfabetos, los gobiernos deberán, cuando proceda, formular o alentar la formulación de programas de información del consumidor destinados a los medios de comunicación de masas (punto 40); los gobiernos deben organizar o alentar la organización de programas de formación para educadores,

¹⁶⁷ Directriz F.

¹⁶⁸ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado*. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2000, p. 67.

profesionales de los medios de comunicación de masas y consejeros del consumidor, que les permitan participar en la ejecución de los programas de información y educación del consumidor (punto 41).

3.4.2. Protección judicial del consumidor en el Derecho Comparado

1. Estados Unidos de América.

Las reglas procesales estadounidenses reconocen legitimación a reclamantes individuales a fin de que promuevan acciones en defensa no sólo de sus propios derechos e intereses patrimoniales, sino en defensa de los derechos e intereses patrimoniales de un número indeterminado de consumidores o usuarios no identificados¹⁶⁹.

De donde podemos inferir que se trataría de una acción colectiva. Entre las ventajas de este tipo de acciones, debemos señalar que brindan igualdad de oportunidades a los individuos menos favorecidos económicamente, pues permite saltar la barrera económica que muchas veces representa el escaso monto de cada una de las reclamaciones individualmente consideradas¹⁷⁰.

Podemos destacar que la legislación norteamericana se interesó por alcanzar una justicia más eficiente mediante la agilización de procesos judiciales que versen sobre conflictos en masa.

De donde también se advierte que, la sucesión de leyes estuvieron encaminadas a este logro, es así, que, en un primer momento la *regla 23* de las

¹⁶⁹ Rusconi, Dante, Op. Cit., p. 481.

¹⁷⁰ STIGLITZ, GABRIEL A. "El amparo y los derechos de los consumidores". Santa fe, RDP, nro. 5, Amparo. Habeas data. Habeas corpus, Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 90-92.

reglas federales de procedimientos civiles de los Estados Unidos, regularía los requisitos de una acción colectiva, posteriormente modificada por la Class Action Fairness Act en el 2005.

Entre las características de la acción de clase, se tienen: 1) la clase debe ser de un número tan grande como para que sea impracticable la acumulación de las acciones de todos sus miembros; 2) deben existir cuestiones de hecho o de derecho, comunes en todas las reclamaciones; 3) la reclamación iniciada por el representante del grupo debe ser representativa de la reclamación que habría iniciado cada uno de los miembros de la clase; 4) el representante de las partes debe proteger adecuadamente los intereses de la clase. La decisión que se adopta tiene efectos erga omnes.

2. Brasil

La legislación brasilera es considerada como una de las más innovadoras en materia de consumidor, por cuanto fueron ellos quienes introdujeron por primera vez en el ordenamiento la tutela de los intereses difusos y colectivos.

Este código fue más allá de la dicotomía de los intereses difusos y colectivos creando la categoría de los llamados *intereses individuales homogéneos*. En este sentido, para Dante Rusconi, estos intereses abrieron el camino a las acciones reparatoras de los perjuicios individualmente sufridos.¹⁷¹

Actualmente, en el derecho brasileño el consumidor tiene cuatro vías procesales para reclamar por sus derechos:

¹⁷¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. “*Servicio público y mercado*”. Tomo I: los fundamentos, Madrid: Civitas 1998, p. 17.

- El juicio de causas civiles de menor complejidad,
- La acción individual para la obtención de indemnización (daño material y moral);
- La acción colectiva (art. 81, CDC) y;
- A través de un abogado inscrito en el Procedimiento Judicial Digital (Projudi), mecanismo a través del cual se registra sus denuncias a través de internet, sin tener que desplazarse hasta las unidades que ofrecen el servicio, y a la vez verificar el avance de la tramitación a través de la misma vía.¹⁷²

Un aspecto a resaltar está vinculado al Ministerio Público, pues es quien lleva adelante una tarea activa en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, ya sea mediante su presencia en los procesos judiciales iniciando acciones colectivas, ya sea a través de su tarea de divulgación de derechos y, también, con gran consistencia desarrollando foros de intercambio y eventos académicos de capacitación orientados a sus propios funcionarios y a la sociedad en general.

Es por ello, que la legislación brasileña representa una de las pocas legislaciones que ha incursionado en estas acciones de naturaleza judicial.

¹⁷² MESSINEO, Francesco. *Doctrina General Del Contrato*. Buenos Aires, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 442.

3. Argentina

En principio es apropiado mencionar que en la Legislación Argentina y tal como su ordenamiento así lo ha previsto, el consumidor puede accionar directamente en sede judicial, sin necesidad de tener que realizar previamente una reclamación en sede administrativa, los Juzgados se denominan, Juzgados de Defensa de los derechos Consumidor pertenecientes a Municipios.¹⁷³

Es una competencia relativamente novedosa, la defensa del consumidor en los municipios se inicia con la sanción de la Ley N° 13133, de la provincia de Buenos Aires que es el Código de implementación de los Derechos de Consumidores y Usuarios, esa ley lo que hizo fue descentralizar en los 134 Municipios de la Provincia, la posibilidad de aplicar sanciones en materia de consumidor, en el ámbito municipal.¹⁷⁴

El procedimiento consta de dos instancias, una parte conciliatoria, en donde intervienen las oficinas de defensa del consumidor y una parte sancionatoria, en donde intervienen según la organización de cada Municipio un funcionario político o funcionario de la justicia Municipal de Faltas,

Las resoluciones que dicten los Jueces de Faltas, tiene posibilidad de revisión judicial ante el Poder Judicial, son apelables. Existen medidas cautelares

¹⁷³ *Ibid*

¹⁷⁴ KRESALJA, Baldo. *El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos*. Editorial *Themis*, 1999, pp. 47-48.

administrativa de manera preventiva, poniendo por encima el bienestar de la población.¹⁷⁵

Hasta julio del dos mil diez eran quince los Municipios que llevaban adelante esta modalidad de justicia; lo importante refiere Dante Rusconi es que, el hecho de que la etapa resolutive este a cargo de un organismo “judicial administrativo”, es decir un organismo que tiene la potestad sancionatoria.¹⁷⁶

Es un modelo que se ha ido desarrollando lentamente, es un tipo de justicia específica desarrollado en el ámbito municipal, la razón es quizá que ello representa el ámbito más cercano a los consumidores, en donde la gente requiere tutela.¹⁷⁷

4. Unión Europea

Entre los mecanismos actuales, a nivel comunitario de apoyo para resolver las quejas de los consumidores incluyen el establecimiento de la red de centros europeos del consumidor y la resolución alternativa de litigios.

Sin embargo, estos sistemas de solución de controversia no siempre son suficientes, puesto que su eficacia depende del compromiso de los agentes económicos; es por ello que la Comisión de la UE ha adoptado una solución que es acelerar y reducir los costos de los litigios por reclamaciones no superiores a 2000 euros.

¹⁷⁵ CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?* Reflexiones sobre el caso de la televisión. Madrid, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T.II. 1991, p. 967.

¹⁷⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*La lesión*”. En: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, p. 23.

¹⁷⁷ LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defensa do consumidor*, Lima, 4° Ed., Rev. Dos Tribunais, 2002, pp. 12-13.

En este sentido refiere el jurista argentino Rusconi¹⁷⁸ que existe una brecha entre los derechos concedidos por el Derecho Civil y los mecanismos procesales disponibles para hacer efectivos esos derechos, puesto que éstos, en la actualidad, no ayudan a los consumidores a presentar las reclamaciones que individualmente son antieconómicas. Ante ello, se ha propuesto la posibilidad de que un proceso permita una reclamación colectiva, que aumente la protección de los consumidores.¹⁷⁹

La directiva 98/27/CD del Parlamento europeo y del Consejo del 19/5/1998 tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros referidos entre otros aspectos a la directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas en los contratos),

5. Italia

Mediante la dación de la Ley financiera N°244 del 2008, la legislación italiana ha introducido la acción colectiva resarcitoria, lo que ha sido incorporado en el art. 140 del Código del Consumo.

La acción colectiva tutela los derechos nacidos de contratos concluidos mediante módulos o formularios, o se ejerce contra actos ilícitos extracontractuales, prácticas comerciales incorrectas, comportamientos de competencia desleal, cuando éstos lesionen los derechos de una pluralidad de

¹⁷⁸ RUSCONI, Dante. Op. Cit., p. 493.

¹⁷⁹ LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defesa do consumidor*, Lima, 4° Ed., Rev. Dos Tribunais, 2002, 12-13.

consumidores, permitiendo el resarcimiento del daño y la restitución de las sumas correspondientes a los consumidores individuales o usuarios.¹⁸⁰

Finalmente, a manera de correlato podemos mencionar que en el panorama internacional se han venido emitiendo una serie de dispositivos legales, que coadyuvan en aras de alcanzar una mejor tutela de los derechos del consumidor; con la dación de los códigos del consumidor en varios países se ha afianzado su tratamiento y regulación integral del tema, sin embargo, la sociedades son relativas y cambiantes, es por ello que cada día surgen nuevas formas de relaciones a nivel comercial y contractual, lo que marca la pauta para su regulación y solución de nuevas controversias, vacíos, desequilibrios contractuales, entre otros aspectos, que le son de competencia únicamente al Derecho.

Y entonces, queda el desafío de cubrir todas las zonas de "umbrías de justiciabilidad" en los denominados derechos individuales homogéneos, como también permitir que a través del uso de las nuevas tecnologías, el consumidor pueda promover una acción judicial a través de internet, y pueda seguir el trámite tal es el caso de Brasil, desde el sitio del tribunal de justicia.

¹⁸⁰ RUSCONI, Dante. *Manual del Derecho del Consumidor*. Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 2015, p. 67.

CAPITULO IV

VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1. VALIDACIÓN DE LAS HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

4.1.1. El contrato por adhesión en los Servicios de energía eléctrica, vulnera derechos esenciales de los consumidores, como el de información y seguridad, toda vez que estas empresas, sacan superioridad, considerando a la otra parte, el sujeto pasivo, el ente más débil en dicha relación contractual: Ha quedado validad en base a los fundamentos derivados de la discusión de resultados a nivel normativo y doctrinal, que son los siguientes:

a. Existe la necesidad de tener y contar con esta clase de servicios, puesto que la misma, constituye una necesidad básica para el desarrollo cotidiano de labores. Situación que conlleva a que la única empresa prestadora de esta clase de servicios, muchas veces vulnere los Derechos del Consumidor, desde distintas ópticas, tanto al momento de la suscripción del contrato, con imposición de cláusulas abusivas, falta de información sobre lo que ella contiene; hasta un post contrato, donde no se recibe un trato equitativo y digno, puesto que muchas veces por la actuación arbitraria de esta empresa, ocasiona daños, no sólo a nivel moral, si no material, que muchas veces queda limitada a no ser resarcida.

b. La actuación arbitraria de esta empresa prestadora de Servicios de Energía Eléctrica en la Provincia de Huaraz es la contraria a la justicia, a la razón o las

leyes, que obedece al mero capricho o voluntad de dicho agente. La prohibición de la arbitrariedad lo que condena es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho.

c. En esencia, los contratos por adhesión en servicios de energía eléctrica han venido vulnerando derechos esenciales de los consumidores de la Provincia de Huaraz, mostrando actuaciones abusivas y discriminatorias de leyes, normas e incluso tratados que muestran una clara protección hacia el consumidor.

4.1.2. Los contratos necesarios por adhesión de servicio de energía eléctrica son consideradas abusivas y por ende perjudicial a los derechos del consumidor a causa de la ausencia de medios de control eficaces por parte del Estado y la autoridad administrativa; además por la falta de garantías para el ejercicio del derecho a la información. Ha quedado validada en base al desarrollo de la discusión de resultados a nivel doctrina y jurisprudencia, respaldada en los siguientes fundamentos:

a. Hoy en día, podemos decir, que uno de los temas de mayor rigor, es la protección integra de los Derechos del consumidor, la misma que deberá ser concebida desde dos ópticas:

- **Como un Derecho Constitucional:** La Constitución Política del Perú, en su Artículo 65° establece que: "El Estado defiende el interés de los

consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre 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"

Además, se requiere la acción del Estado a través de sus órganos administrativos, para fiscalizar la aplicación de las normas en materia de protección del consumidor y del mismo modo las normas especiales que versen sobre cláusulas generales de contratación y sobre todo un elemento de gran importancia radica en alcanzar un eficiente control de tipo administrativo en la aprobación de las cláusulas generales de contratación; lo que estará de la mano con adecuadas políticas públicas

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

- **Derecho del Consumidor como Derecho de la Persona:** Según esta óptica el derecho del consumidor debe ser entendido como un derecho subjetivo¹⁸¹ y personal, que una vez transgredido debe procederse a su reparación puesto que esa transgresión equivale a una violación de uno de

¹⁸¹ El derecho subjetivo son las facultades o potestades jurídicas inherentes al hombre por razón de naturaleza, contrato u otra causa admisible en derecho. Un poder reconocido por el Ordenamiento Jurídico a la persona para que, dentro de su ámbito de libertad actúe de la manera que estima más conveniente a fin de satisfacer sus necesidades e intereses junto a una correspondiente protección o tutela en su defensa, aunque siempre delimitado por el interés general de la sociedad. Es la facultad reconocida a la persona por la ley que le permite efectuar determinados actos, un poder otorgado a las personas por las normas jurídicas para la satisfacción de intereses que merecen la tutela del Derecho.

los derechos de la persona y debe tener jurídicamente un tratamiento similar a la violación de la libertad, la intimidad o cualquier otro atributo de la personalidad.

Como ya lo veníamos exponiendo líneas adelante, no se debe limitar la protección a la etapa contractual solamente, sino, a los estadios anteriores a la celebración, debido a que se constata en la práctica que los consumidores se ven sometidos a una extrema necesidad de contratar, que tiende a reducir su capacidad crítica y de análisis.

Por otra parte, sí entendemos que los derechos subjetivos son inherentes a la condición de ser humano, entonces podemos también afirmar que -la condición de consumidor- es intrínseca a la condición misma de persona humana en toda su esencia y sin condición alguna, pues, todos somos consumidores, todos ostentamos este status, desde antes de nacer, y como tal, tiene el derecho de gozar de todas las prerrogativas y facultades que en materia de consumo el sistema jurídico ha creado para él (...)

Desde este punto de vista, el hombre como sujeto de necesidades se constituye en protagonista del mercado precisamente por su condición de consumidor y en tal sentido tiene todo el derecho de exigir información adecuada, seguridad, trato justo, precios competitivos, calidad, garantía, es decir, una serie de prerrogativas que no deben ser negadas ni discutidas por el sistema jurídico, para permitirle optar por una decisión de compra eficiente en el mercado, libre de influencias negativas que limiten, restrinjan o mediaten su accionar como agente dinámico del mercado.

b. Precisamente, a raíz de la tan importancia que ha adquirido los Derechos del consumidor, se requiere contar con medios de control eficaces por parte del Estado y la autoridad administrativa; que permitan garantizar todos los derechos, pero en especial uno de los derechos más vulnerados, como es el ejercicio del derecho a la información y educación por parte del consumidor de energía Eléctrica. Al respecto podemos señalar que si en la actualidad, este tipo de contratos resultar perjudiciales a los derechos del consumidor, es en gracia a que no se cumple con una adecuada participación del Estado, quien debería actuar a través de sus tres poderes, buscando un equilibrio, en este problema que cada día se expande más.

c. Dada la importancia el Estado debe conducirnos a elaborar un sistema de protección basado en una tutela integral, una tutela encomendada a órganos jurisdiccionales¹⁸² especializados, lo cual ha sido denominado a nivel de la doctrina como **Justicia Específica**, para determinados servicios, que son necesarios para la subsistencia cotidiana del ser humano, y que se encuentre al alcance de la población Huaracina.

4.1.3. Dentro de nuestra legislación, la normatividad legal vigente no permite otorgar una protección efectiva, que es solicitada por los consumidores de servicios de energía eléctrica en la Provincia de Huaraz; apreciándose en la realidad la falta de medios legales que velen

¹⁸² En esta línea de pensamiento debemos manifestar que de las revisiones practicadas a nivel de la legislación comparada debemos mencionar y resaltar que es la Legislación Argentina la que ha introducido un tratamiento a través de la vía judicial para los reclamos y denuncias que versen sobre temas de consumidores a estos efectos son los Juzgados de Defensa del Consumidor de los distintos Municipios de la Argentina, los que se ocupan de dilucidar los temas en conflicto. Fuente: http://www.diariojudicial.com/contenidos/2005/07/13/noticia_0007.html.

íntegramente por la parte más débil de la relación contractual. Ha quedado validada en base a los siguientes fundamentos:

a. La que ha quedado resuelta con, la discusión de resultados a nivel doctrinal, en la que autorizada doctrina apunta que, “el valor de cada precepto de la Constitución depende, en definitiva, del significado que le den sus intérpretes-operadores. La letra podrá decir claramente una cosa, la intención del constituyente podrá haber sido bien definida, pero, en última instancia, la cláusula constitucional regirá del modo con que sea interpretada y aplicada. b.

El Estado Constitucional o Estado Constitucional de derecho implica ante todo: el cambio en “las condiciones de validez de las leyes dependientes ya no solo de las formas de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales” ; asimismo, en el Estado constitucional el papel del juez sufre una importante alteración, ya que, aplicará “la ley sólo si es constitucionalmente válida” , pues, la interpretación y la aplicación que haga de la ley “son siempre, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida durante la denuncia de su inconstitucionalidad”.

b. Al respecto, hemos podido apreciar que si bien es cierto en nuestra legislación existe un sin fin de normas que se encargan de la protección de los derechos del consumidor, esta no queda más que en letra muerta, porque hemos podido apreciar como a diario son trasgredidas, por aquellas empresas, que saben, que la población requiere necesariamente de este servicio, y abusando de ello, cometen un sin fin de atrocidades.

c. Por lo que, consideramos que deberían existir leyes especiales que se encarguen de regular sobre la prestación de servicios íntegramente necesarios, como es el de Energía Eléctrica; el objetivo en este punto radica en que el órgano competente de crear estas leyes especiales se anticipe a situaciones lesivas, buscando evitarlas o corregirlas, en ese sentido lo que proponemos es crear un área administrativa específica para servicios necesarios, que ostente dentro de sus facultades destinados al cumplimiento de este objetivo, a través de las actuaciones e inspecciones de oficio.

4.1.4 No existen organismos eficientes, que protejan los derechos de los consumidores de servicios de energía eléctrica, es decir nuestro sistema muestra una respuesta ilimitada en cuanto a mecanismos de control, máxime si las resoluciones emitidas por las instancias competentes no son favorables a los consumidores titulares de la tutela reclamada. Ha quedado validada en base a los siguientes fundamentos:

- a. Al respecto, debemos de tener presente, que conforme además ha sido desarrollada en la discusión de resultados a nivel tanto normativo como doctrinario, en nuestro ámbito Huaracino, no se cuenta con instituciones ni organismos eficientes que protejan los derechos del consumidor de servicios de energía eléctrica, es más los entes administrativos encargados (Osinermin e Indecopi), muestran una respuesta ilimitada, ya que las resoluciones emitidas no son favorables ni resarcen los derechos de los titulares de dicha

tutela, encargándose por el contrario de hacer todo un trámite documentario burocrático, que muchas veces no está al alcance de la población en general.

- b. Por lo que, es necesario que el ente encargado, pueda crear y tener un Organismo Autónomo, con facultades no sólo de naturaleza resolutoria en la vía administrativa, sino también, resarcitoria e inhibitoria; pues, el tipo de tutela que se viene brindando a los consumidores, constituye una parte débil del sistema de protección al consumidor, al encontrarse limitado en sus funciones y facultades, conocer la violación de los derechos de los consumidores en términos de infracción y como correlato la imposición de sanciones y multas, de ello lo que queda para el consumidor es la satisfacción moral de ver sancionado a su proveedor, poco o nada obtiene para el resarcimiento de su daño.
- c. Es más en la actualidad se ve una deficiente conformación, de los organismos e instituciones, por lo que dicho organismos autónomos para servicios necesarios como es el de energía eléctrica, se debe contar con cinco sistemas, que estamos seguros, permitirían un mejor control encaminados hacia la protección de los derechos de consumidores de esta clase de servicios:
- **Función de Protección Autónoma:** De donde se tiene que, mediante este mecanismo son las personas las que deciden si deberán o no informarse sobre la contratación de los Servicios de Energía Eléctrica; sin embargo, en la realidad se observa que el consumidor es bastante descuidado y poco diligente, desconoce sus derechos básicos, no hace uso de los mecanismos que le son conferidos como

el reclamo, se conforma y acepta a veces por necesidad y urgencia todo lo que la otra parte predispone unilateralmente, lo que hace necesaria una difusión masiva a través de medios de comunicación de derechos y obligaciones de ambas partes (proveedor-consumidor) con el objetivo de concientizar al consumidor.

- **Función de Control Administrativo:** El control administrativo se realiza con anterioridad a la celebración del contrato de Energía Eléctrica. Es un control ex—ante, mediante este mecanismo se otorga a la Administración Pública la facultad de redactar directamente las cláusulas generales de contratación, actividad que puede lograrse mediante un acto normativo general (dación de un reglamento) o mediante un acto normativo concreto (imponiendo las normas particulares que regularán los contratos celebrados por una determinada empresa). La autoridad administrativa también, puede evitar la vulneración de los derechos del consumidor y la inclusión de cláusulas abusivas mediante la aprobación de las cláusulas generales de contratación, formuladas por una empresa o persona natural que desea ofrecer sus bienes o servicios a la masa consumidora, mediante la celebración de contratos por adhesión.
- **Función de Control Legislativo:** Este control se efectúa ex-ante, pero también ex-post; de la celebración del contrato. Mediante este control el legislador establecerá en qué supuestos se vulneran los

derechos del consumidor de la Provincia de Huaraz y cuando estamos frente a las cláusulas que las restringen.

Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia han enfrentado el problema de la vulneración de los derechos del consumidor, muchas veces mediante la imposición de las cláusulas abusivas de la siguiente manera:

- ♣ Inclusión de una "regla general",
- ♣ Registro de anulaciones de contratos y concesiones.

El sistema de una **regla general** consiste en la inclusión de una norma de contenido abstracto y de alcance general que comprenda a todas las formas posibles de vulnerar los derechos del consumidor y la imposición de cláusulas generales de contratación que desnaturalicen la relación jurídica obligatoria, es decir, que alteren el normal equilibrio contractual. Al respecto, Juan Carlos Rezzonico expresa que “norma abierta” configura un precepto amplio, una estructura de tipo que comprende, con gran generalidad, un determinado campo de hechos a los que alimenta; de tal manera que todas las cláusulas que se encuentran comprendidas dentro de esa estructura son abusivas o vejatorias.

Registro de anulaciones de contratos y concesiones: Que, consiste en la enumeración taxativa de una relación, cerrada o abierta, de supuestos en los que determinadas cláusulas o estipulaciones

contractuales podrían declararse nulas por calificárselas de abusivas y que vulneran los derechos del consumidor. Este registro puede ser de dos tipos: I) Será cerrada: cuando los supuestos enunciados en la norma jurídica son los únicos, en la doctrina se suele denominar lista de *numerus clausus*. II) Será abierta: cuando se permite, además de los supuestos establecidos, otros no contemplados expresamente en la norma jurídica, lo que doctrinariamente se denomina *numerus apertus*.

- **Función Garantista y Resarcitoria:** La misma que tendrá como objetivo garantizar y resarcir los daños y/o perjuicios que se hayan podido ocasionar, como consecuencia de la vulneración de los Derechos de los consumidores de la Provincia de Huaraz, ello a raíz de la mala atención en la prestación de Servicios de Energía Eléctrica, siendo que se observa en la actualidad, la falta de presencia de un resarcimiento justo, como consecuencia del uso abusivo del poder predominante, y la necesidad de contar con importante servicio. Para cumplir con esta función, creemos que es necesario la redacción de una tabla de imposición de multas y sanciones en forma gradual, de modo que la aplicación de estas sean equitativas para toda la población Huaracina.

4.2. VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL

La hipótesis formulada ha quedado validada existiendo argumentos razonables y fundados que justifican que: **Existe un alcance abusivo y negativo**

entre los contratos por adhesión en los servicios de energía eléctrica, puesto que, se aprecia una desprotección de los derechos del consumidor por parte del Estado, dentro de la Provincia de Huaraz.

Como bien se ha podido apreciar en el desarrollo de toda la tesis, en especial evidenciado en la discusión a nivel doctrinaria y normativa, los contratos por adhesión de servicios de energía eléctrica, considerado como uno de los servicio de primera necesidad, constituyen una mera pantalla de bilateralidad, puesto que en la realidad una de las partes se encarga de crear y redactar el contrato; mientras que el otro queda sujeto a simplemente aceptarlo o rechazarlo.

Situación que en la práctica nos lleva a ver como existen empresas prestadoras de servicios de energía eléctrica (con cualidades monopólicas), que se encargan de suscribir contratos por adhesión con las personas jurídicas o naturales; apreciándose que la misma vienen vulnerando derechos de los consumidores, en un sentido amplio, toda vez que no se da la manifestación amplia de la voluntad, a fin de satisfacer intereses por ambas partes, pues que el llamado contratante pasivo (es decir quien no suscribe el contrato), queda sujeta a una mera aceptación, debido a que el rechazo está imposibilitado, pues nos encontramos ante un servicio indispensable, porque debe expresar una manifestación positiva, aún y cuando no esté de acuerdo con lo que en ella se ha suscrito.

Y es precisamente que en mérito a todo lo expuesto, el Ordenamiento Jurídico, debería tener instituciones con facultades no sólo de naturaleza resolutive en la vía administrativa, sino también, resarcitoria e inhibitoria; pues, el

tipo de tutela que se viene brindando a los consumidores, constituye una parte débil del sistema de protección al consumidor, al encontrarse limitado en sus funciones y facultades, conocer la violación de los derechos de los consumidores en términos de infracción y como correlato la imposición de sanciones y multas, de ello lo que queda para el consumidor es la satisfacción moral de ver sancionado a su proveedor, poco o nada obtiene para el resarcimiento de su daño.¹⁸³

Este panorama debería conducirnos a elaborar un sistema de protección basado en una tutela integral, una tutela encomendada a órganos jurisdiccionales¹⁸⁴ especializados, lo cual ha sido denominado a nivel de la doctrina como Justicia Específica, que se encuentre al alcance de la población.¹⁸⁵

¹⁸³ CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?* Reflexiones sobre el caso de la televisión. Madrid, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T.II. 1991, p. 967.

¹⁸⁴ En esta línea de pensamiento debemos manifestar que de las revisiones practicadas a nivel de la legislación comparada debemos mencionar y resaltar que es la Legislación Argentina la que ha introducido un tratamiento a través de la vía judicial para los reclamos y denuncias que versen sobre temas de consumidores a estos efectos son los Juzgados de Defensa del Consumidor de los distintos Municipios de la Argentina, los que se ocupan de dilucidar los temas en conflicto. Fuente: http://www.diariojudicial.com/contenidos/2005/07/13/noticia_0007.html.

¹⁸⁵ RUSCONI, Dante. *Manual del Derecho del Consumidor*. Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 2015, p. 67.

CONCLUSIONES

1. Hemos podido establecer que el contrato de adhesión supone una situación económica de monopolio legal o de hecho en la que el monopolista (productor del bien o del servicio, materia del contrato) impone su esquema contractual al consumidor. Siendo ello así, se aprecia un alcance y efecto negativo y contradictorio respecto a la protección de los derechos del consumidor, en base a que la subordinación de la parte débil del contrato, no constituye el presupuesto axiomático que rige la política-normativa del Estado, tendiente a revertir el desequilibrio existente entre derechos y obligaciones.
2. Se ha identificado que las relaciones jurídicas masivas, derivadas de la prestación de Servicios de Energía Eléctrica dentro de la Provincia de Huaraz, han creado lo que se conoce como subordinación estructural, en la que se encuentran quienes necesitan adquirir dicho servicio y de otra parte quienes las proveen; éste impacto social en las relaciones de consumo, es potenciada por la prestación monopólica de los servicios, quienes en definitiva vulneran derechos esenciales de los consumidores. Sin embargo, en la actualidad dicho contrato, constituye un instrumento útil en el tráfico comercial, por lo que carecería de sentido su eliminación, siendo necesario contar con un adecuado sistema de control; y de ciertos mecanismos que podría contribuir a evitar situaciones que afecten los derechos de los consumidores.
3. Las circunstancias por la que los Contratos por Adhesión en Servicios de Energía Eléctrica, resultan lesivas y perjudiciales a los derechos de información y seguridad del consumidor, se da a causa de la ausencia de medios de control

eficaz por parte del Estado, así como muchas veces por la inacción de los consumidores de la Provincia de Huaraz, que obedece a variadas razones: temor, desconocimiento de sus derechos, falta de asesoramiento, barreras económicas, desinformación. Todos esos obstáculos deberán ser reversibles mediante la implementación de políticas públicas.

4. Por otro lado, se ha concluido que el Estado a través de sus Organismos Descentralizados, no ha encarado con determinación el rol transcendental que juega como fuente limitativa a los abusos cometidos, entre muchas otras cosas, por falta de educación para el consumo, la difusión de derechos y mecanismos de implementación, recursos humanos suficientes para atender consultas y quejas, brindar una atención integral de acceso a la justicia.
5. Hemos podido apreciar que nuestra norma sustantiva vigente, no otorga una protección efectiva de los derechos que es solicitada por los consumidores, siendo que, sólo se encarga de regular en cuestiones de cláusulas vejatorias, que está claro que sólo son de manera enunciativa en consecuencia, no son taxativas, ni limitativas, además que, independientemente de tratarse de cláusulas aprobadas o no administrativamente por la autoridad administrativa competente, éstas deberían considerarse vejatorias o abusivas cuando se presente un desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes contratantes.
6. Finalmente, se ha determinado la no presencia de Organismos eficientes que protejan los derechos de los consumidores de Servicios de Energía Eléctrica, es decir hay una respuesta ilimitada hacia dicha tutela, muchas veces provocada por falta de información y educación para el consumo, que tiene que forma parte de

las necesarias innovaciones en materia curricular, lo cual demanda la concertación de acciones entre diversas instituciones (comunidad educativa, asociaciones de consumidores, órganos del Estado), y capacitación de otra parte de educadores en este campo multidisciplinario; a fin de poner al alcance de la mayor parte de la sociedad, en especial llegar a los sectores más desprotegidos; poner elementos de conocimiento que promuevan un desarrollo personal en pos de lograr una libre determinación.

RECOMENDACIONES

1. A raíz, de todo lo investigado es necesario crear un Organismo Administrativo Autónomo y específica para servicios íntegramente necesarios, que ostente dentro de sus facultades destinados al cumplimiento de este objetivo, a través de las actuaciones e inspecciones de oficio, la misma que no sólo contará con facultades de naturaleza resolutive en la vía administrativa, sino también, resarcitoria e inhibitoria; pues, el tipo de tutela que se viene brindando a los consumidores, constituye una parte débil del sistema de protección al consumidor, al encontrarse limitado en sus funciones y facultades.

2. Consideramos que debe darse una participación eficiente y activa por parte del Estado, mediante la implementación de un Organismo Autónomo y Específico para Servicios Íntegramente Necesarios, que puede concebirse, mediante la implementación de tres funciones básicas:

- **Función de Protección Autónoma:** De donde se tiene que, mediante este mecanismo son las personas las que deciden si deberán o no informarse sobre la contratación de los Servicios de Energía Eléctrica; sin embargo, en la realidad se observa que el consumidor es bastante descuidado y poco diligente, desconoce sus derechos básicos, no hace uso de los mecanismos que le son conferidos como el reclamo, se conforma y acepta a veces por necesidad y urgencia todo lo que la otra parte predispone unilateralmente, lo que hace necesaria una difusión masiva a través de medios de comunicación de derechos y obligaciones de ambas partes (proveedor-consumidor) con el objetivo de concientizar al consumidor.

- **Función de Control Administrativo:** El control administrativo se realiza con anterioridad a la celebración del contrato de Energía Eléctrica. Es un control ex—ante, mediante este mecanismo se otorga a la Administración Pública la facultad de redactar directamente las cláusulas generales de contratación, actividad que puede lograrse mediante un acto normativo general (dación de un reglamento) o mediante un acto normativo concreto (imponiendo las normas particulares que regularán los contratos celebrados por una determinada empresa). La autoridad administrativa también, puede evitar la vulneración de los derechos del consumidor y la inclusión de cláusulas abusivas mediante la aprobación de las cláusulas generales de contratación, formuladas por una empresa o persona natural que desea ofrecer sus bienes o servicios a la masa consumidora, mediante la celebración de contratos por adhesión.

- **Función de Control Legislativo:** Este control se efectúa ex-ante, pero también ex-post; de la celebración del contrato. Mediante este control el legislador establecerá en qué supuestos se vulneran los derechos del consumidor de la Provincia de Huaraz y cuando estamos frente a las cláusulas que las restringen.

Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia han enfrentado el problema de la vulneración de los derechos del consumidor, muchas veces mediante la imposición de las cláusulas abusivas de la siguiente manera:

- ♣ Inclusión de una "regla general",

- ♣ Registro de anulaciones de contratos y concesiones.

El sistema de una **regla general** consiste en la inclusión de una norma de contenido abstracto y de alcance general que comprenda a todas las formas posibles de vulnerar los derechos del consumidor y la imposición de cláusulas generales de contratación que desnaturalicen la relación jurídica obligatoria, es decir, que alteren el normal equilibrio contractual. Al respecto, debemos entender que “norma abierta” configura un precepto amplio, una estructura de tipo que comprende, con gran generalidad, un determinado campo de hechos a los que alimenta; de tal manera que todas las cláusulas que se encuentran comprendidas dentro de esa estructura son abusivas o vejatorias.

Registro de anulaciones de contratos y concesiones: Que, consiste en la enumeración taxativa de una relación, cerrada o abierta, de supuestos en los que determinadas cláusulas o estipulaciones contractuales podrían declararse nulas por calificárselas de abusivas y que vulneran los derechos del consumidor. Este registro puede ser de dos tipos: I) Será cerrada: cuando los supuestos enunciados en la norma jurídica son los únicos, en la doctrina se suele denominar lista de *numerus clausus*. II) Será abierta: cuando se permite, además de los supuestos establecidos, otros no contemplados expresamente en la norma jurídica, lo que doctrinariamente se denomina *numerus apertus*.

- **Función Garantista y Resarcitoria:** La misma que tendrá como objetivo garantizar y resarcir los daños y/o perjuicios que se hayan podido ocasionar, como consecuencia de la vulneración de los Derechos de los consumidores

de la Provincia de Huaraz, ello a raíz de la mala atención en la prestación de Servicios de Energía Eléctrica, siendo que se observa en la actualidad, la falta de presencia de un resarcimiento justo, como consecuencia del uso abusivo del poder predominante, y la necesidad de contar con importante servicio. Para cumplir con esta función, creemos que es necesario la redacción de una tabla de imposición de multas y sanciones en forma gradual, de modo que la aplicación de estas sean equitativas para toda la población Huaracina.

3. Para fortalecer la propuesta, creemos necesario que deberán crearse leyes especiales que se encarguen de regular sobre la prestación de servicios íntegramente necesarios, como es el de Energía Eléctrica; el objetivo en este punto radica en que el órgano competente de crear estas leyes especiales se anticipe a situaciones lesivas, buscando evitarlas o corregirlas, por lo que en ese sentido lo que proponemos es crear un Organismos Autónomo Administrativo, que ostente dentro de sus facultades destinados al cumplimiento de este objetivo, a través incluso de las actuaciones y fiscalizaciones de oficio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALBALADEJO, Manuel. *Manual de Derecho Civil y Derecho de obligaciones*. Volumen primero. Décima Edición. Barcelona: José María Bosch Editor. S.L 1997.
2. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA. *Curso de Derecho Civil*, 1942.
3. ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. *De los contratos*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
4. ALPA, Guido. *Derecho del Consumidor*, Título original en italiano “Il Diritto dei Consumatori”, Traducción a cura de Juan Espinoza Espinoza. Lima, Gaceta Jurídica, 2004.
5. ALPA, Guido. *Le Clausole Abusive nei Contratti dei Consumatori*. Il commento. Il Corriere Giuridico”, Milano, 1993.
6. ALTERINI ATILIO Anibal; José Luis DE LOS MOZOS, y Carlos Alberto SOTO COAGUILA. *Instituciones de Derecho Privado-Contratación Contemporánea*". Vol., I, Bogota Temis, Palestra Editores, 2000.
7. ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos Civiles – Comerciales – De Consumo, Teoría General*. Buenos Aires: Editorial Abeledo, 1998.
8. ALZAMORA VALDEZ. *Introducción a la Ciencia del derecho*. Lima, Tipografía Sesator; 1980.

9. ARANA, María del Carmen. *Contrato de Consumo: Cláusula Abusiva*. Lima, Revista de la Competencia y la propiedad intelectual, Año 6, N° 10, Indecopi, 2010.
10. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. "*Contratos celebrados por adhesión y cláusulas generales de contratación*". Lima, en "Actualidad Jurídica". Tomo 84-B Noviembre, Editorial Gaceta Jurídica S.A, 2000.
11. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima, Tomo I Segunda Edición- Gaceta Jurídica, 2000.
12. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Contratos celebrados por Adhesión y Cláusulas Generales de Contratación*. Lima, Sección de Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, 1998.
13. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Contratos: Parte General*. Lima, Tomo I, Gaceta Jurídica, 1995.
14. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. *Contratos Parte General*. Lima, Tomo I. Studium, 1986.
15. ARIÑO, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: Ariño y Asociados y ARA Editores 2004.
16. ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola. "*Precedentes de Observancia Obligatoria del Indecopi*". Lima, Editorial-Grijley, 2007.
17. BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de Autonomía de la Voluntad*", Bosch-Barcelona, 1999.

18. BASTOS PINTO, Manuel y FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Lima, Editorial Grijley, 2002.
19. BEAUMONT GALLIRGOS, Ricardo. “*Régimen Económico Constitucional Especial del N° 100*”. Lima, Gaceta Jurídica, 2002.
20. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Tratado de Contratos*. Tomo I-Valencia, 2009.
21. BIANCA, Massimo. “*Derecho Civil, El Contrato, Traducido a cura de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés*”. Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia Cordillera, 2007.
22. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “*La parábola del mal samaritano*”. *Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos*. En: “*Themis – Revista de Derecho*”, publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima; 2001.
23. BORDA, Guillermo A. *Manual de contratos*. Buenos Aires, Decimoséptima Edición actualizada Perrot, 1995.
24. BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos*. Buenos Aires, Sexta edición actualizada, Editorial Perrot; 1973.
25. BRIONES, Guillermo. *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México, Editorial Trillas, 1986.
26. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado*. Lima, Gaceta Jurídica, 2000.

27. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "*Las Cláusulas Generales de Contratación y el Control de las Cláusulas Abusivas*", en *Ius et Veritas*, Año VII, N° 13, Revista de Derecho editada por Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú- Lima 1996.
28. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Derecho de los Contratos*. Lima, Tomo I, UNMSM, 1962.
29. CHÁVEZ MOLINA, Juan. "*La Economía Social del Mercado, Especial del N° 100*", Gaceta Jurídica- Lima 2002.
30. CHINCHILLA, Carmen. *El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión*. Madrid, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T.II. 1991.
31. DE CASTRO y BRAVO, Federico. "*Las Condiciones Generales de los Contratos y la Eficacia de las Leyes*, Cuadernos Civitas" 1984.
32. DE LA CUÉTARA, Juan Miguel. *Tres postulados para el nuevo marco regulatorio de los servicios públicos. Working Papers* 1996.
33. DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. "*El Contrato en General*". Tomo I, Palestra- Lima 2007.
34. DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. "*Cláusulas Generales de Contratación, en Contrato y Mercado*", Gaceta Jurídica 2000.

35. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 1993.
36. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La lesión”. En: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983.
37. DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Transformación del Derecho de Propiedad*. Lima, en *Derecho*, N° 33, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1978.
38. DIAZ PICAZO, Luis. *Sistemas del Derecho Civil*. tomo II, 9ª edición, Edit Tecnos, 2001.
39. DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Francisco Beltrán Editor 1926.
40. DURAND CARRION, Julio. *El Código de Protección y defensa del Consumidor, Retos y Desafíos para la Promoción de una Cultura de Consumo Responsable en el Perú*. Bogota, Universidad Santo Tomas, 2013.
41. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Las Cláusulas Vejatorias En Los Contratos Estipulados Unilateralmente*. Lima, En: “Themis” Segunda Época N° 38, Fondo Editorial de la PUCP, 1998.
42. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “*Apuntes en torno al contrato de Sponsorship, en Temas de Derecho N° 3*”. Lima, 1996.

43. GARCÍA AMIGO, Manuel. "*Condiciones Generales de los Contratos Civiles y Mercantiles*". Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1969.
44. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Lima, Editorial Palestra, 2005.
45. HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la Investigación*. México, Editorial McGrawHill, 2010.
46. KRESALJA, Baldo. *El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos*. Editorial Themis 1999.
47. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1993.
48. LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defensa do consumidor*. Lima, 4º Ed., Rev. Dos Tribunais, 2002.
49. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. "*Los Contratos, Parte General*". Santiago de Chile, Tomo I. Segunda Edición, Editorial jurídica de Chile, 1988.
50. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa fe, Segunda Editorial Rubinzal-Culzoni, 2009.
51. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Derechos Fundamentales y Derecho Privado*. Editorial Grijley 2001.
52. MAZEAUD HENRI, León. *Lecciones de Derecho Civil*, 1960.
53. MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Europa, Ediciones jurídicas Europa-América, 1986.

54. MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.
55. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires, Tomo VI. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
56. MOSSET ITURRASPE, Jorge. “*Manual de Derecho Civil. Contratos*”. Buenos Aires: Bibliográfica OMEBA Editores y Libreros, 1961.
57. MOSSET ITURRASPE, Jorge. “*Introducción al Derecho del Consumidor*”. En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1996.
58. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El Principio de Buena fe y las Cláusulas Contractuales Abusivas*. 1997.
59. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y mercado*. Tomo I: los fundamentos, Madrid: Civitas, 1998.
60. PUIG BRUTAU, José. *Doctrina General del Contrato*. 1978.
61. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima, Editorial Grijley, 2011.
62. REZZONICO, Juan Carlos. *Contratos con Cláusulas Predispuestas*. 1987.
63. RIVAS VALLESPINOS, Carlos. *El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales*. 1984.
64. ROBLES TREJO, Luis. *Guía Metodológica para la elaboración del proyecto de investigación jurídica*. Editorial FFECAAT, Lima 2014.

65. ROBLES TREJO, Luis. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima, Editorial Fecatt, 2012.
66. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Servicio público y Derecho Comunitario y Sociedad*. Europa. 2006.
67. RUSCONI, Dante. *Manual del Derecho del Consumidor*. Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 2015.
68. SALVAT, Raymund M. *Tratado De Derecho Civil Argentino-Fuente de las Obligaciones*. Tomo I, 1950.
69. SAMUELSON Paul y William NORDHAUS. *Economía*. 1986.
70. SERRA RODRÍGUEZ, Adela. *Cláusulas Abusivas en la Contratación, en especial las Cláusulas Limitativas de Responsabilidad*. 1996.
71. SILVA RUÍZ, Pedro. *Contratación Contemporánea Instituciones de Derecho Privado*. 2001.
72. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima, 1991.
73. STIGLITZ, Gabriel. “Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios”. 1997.
74. STIGLITZ, Rubén, y Gabriel STIGLITZ. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1995.

75. TORNOS MAS, Joaquín. Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local 2004.
76. VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *El Contrato de Adhesión a Condiciones Generales*. 1984.
77. VEGA MERE, Yuri. *Contratos De Consumo*. 2001.
78. ZEGARRA, Diego. *El servicio público*” Lima: Palestra 2005.

WEBGRAFÍA:

79. BREWER-CARIÁS, Allan. “*El régimen constitucional de los servicios públicos*”. Disponible en:
<http://www.allanbrewercarias.com/content/449725d/f1cb.../1.1851.pdf>
Consulta: 20.8.2013.
80. PAREJO, LUCIANO. *Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros*. Disponible en:
<http://biblio.jurídicas.unam.mx/libros/6/2544/20.pdf>
Consulta: 19. 8. 2013.
81. Legislación Comparada sobre Servicios Públicos. Disponible en:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri>

82. Derechos y protección del consumidor. Disponible en:

http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/acosta_i_v/cap3_3.htm

http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?are337.

Consulta: 20. 7. 2015.

ANEXO I

PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RECAIDA EN EL EXPEDIENTE 0008-2003-AI/TC

I.- ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001.

II.- ANTECEDENTES

LOS RECURRENTES, CON FECHA 16 DE JULIO DE 2003, INTERPONEN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTÍCULO 4° DEL DECRETO DE URGENCIA N.° 140-2001, POR CONSIDERAR QUE VULNERA EL INCISO 19) DEL ARTÍCULO 118° DE LA CONSTITUCIÓN, ASÍ COMO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LIBRE INICIATIVA PRIVADA, A LA LIBERTAD DE EMPRESA, A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y A LA PROPIEDAD, CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA VIGENTE.

ALEGAN QUE LA DISPOSICIÓN FUE EXPEDIDA SIN CUMPLIR LOS SUPUESTOS HABILITANTES PREVISTOS EN EL INCISO 19) DEL ARTÍCULO 118° DE LA CONSTITUCIÓN, DADO QUE, EN LOS DÍAS DE SU PROMULGACIÓN, NO EXISTÍA NINGUNA SITUACIÓN EXTRAORDINARIA O DE EXCEPCIONAL GRAVEDAD EN EL PAÍS EN EL SECTOR ECONÓMICO O FINANCIERO; Y QUE EN EL CONTENIDO DE LA NORMA NO SE HACE ALUSIÓN A NINGÚN EVENTO O CIRCUNSTANCIA EXTRAORDINARIA.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros y apoderado especial del Poder Ejecutivo, contesta la demanda manifestando que la norma impugnada es constitucional, pues en todo momento precisa que las medidas adoptadas serán extraordinarias y basadas en estudios técnicos; que el Decreto de Urgencia N.º 140-2001 no ha vulnerado derechos fundamentales, y solamente los ha limitado; que, con su expedición, el Estado afrontaba una emergencia económica motivada por el bloqueo de carreteras y una huelga en el sector transporte, estableciendo una barrera mínima obligatoria a partir de la cual se fija el precio del transporte libremente, lo cual resulta razonable; y que la disposición cuestionada no ha efectuado ninguna delegación normativa en los decretos supremos, sino que éstos únicamente han reglamentado la norma.

III.- FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DEL PETITORIO

1. Los recurrentes interponen la presente acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, alegando que éste fue expedido fuera de los supuestos establecidos en el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, dado que –según afirman– no existía ninguna situación extraordinaria o excepcional en materia económica o financiera que lo justifique. Asimismo, refieren que la disposición cuestionada contraviene diversos dispositivos constitucionales que consagran el modelo económico adoptado por la Carta Fundamental, toda vez que “(...) no existe libre competencia, ni libertad de empresa, y mucho menos economía de mercado, si es el Estado quien impone las

condiciones contractuales en aspectos tan importantes como el precio o valor de los bienes y servicios (...)

§2. La “Constitución económica”

2. El Tribunal Constitucional estima que, tal como aparece planteada la cuestión controvertida, resulta pertinente analizar el modelo económico consagrado por la Constitución, y, ante todo, destacar la importancia que reviste la inclusión de un régimen económico en la Carta Fundamental.

3. No es ajeno a este Colegiado el hecho de que cierto sector de la doctrina y de la propia comunidad económica cuestione la conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad. Y aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que en dichas críticas subyace el temor al supuesto riesgo de restar flexibilidad a un régimen que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado.

Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía.

En efecto, así como el excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave y peligrosa amenaza para la

regencia del principio de justicia. Norberto Bobbio precisa que “(...) por debajo de la “no libertad”, como sujeción al poder del príncipe, hay una “no libertad” más profunda [...] y más difícilmente extirpable: la “no libertad” como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad corporativa inevitablemente genera en su seno (...)”. (Citado por Pedro de Vega en: *Neoliberalismo y Estado*. En: *Pensamiento Constitucional*. Año. N.º IV. N.º 4, 1997, pág. 34). Por ello, no sólo es saludable, sino imprescindible, consolidar al más alto nivel jurídico y político las reglas macro que procuren una economía orientada hacia un Estado social y democrático de derecho.

§4.1 El Estado peruano como Estado social y democrático de derecho

10. El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3º y 43º de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado.

§4.1.a Fundamentos ideopolíticos del Estado social y democrático de derecho

11. El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su

mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Editorial Alianza. 1980, pág. 26), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.

Ahora bien, siendo la dignidad humana el presupuesto de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento es una condición para el ejercicio de la libertad, entendida como aquella condición humana según la cual ninguna persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás (F.A. Hayek. *Los fundamentos de la libertad*. Ed. Unión. Madrid 1991, pág. 26).

La seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, a su vez, son condiciones necesarias para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, y se configuran en un marco de condiciones vitales mínimas y de una posición estadual vigilante a través de órganos autónomos y transparentes que promuevan el desarrollo del país en un marco de libre competencia e, igualmente, velen por el respeto de la dignidad de las personas.

§4.1.b Aspectos teleológicos del Estado social y democrático de derecho

12. El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no sólo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común, y dentro de los límites de la ley.

La seguridad e igualdad jurídicas requieren de una estructura económica adecuada que haga posible estos principios.

La configuración del Estado social y democrático de derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social.

La exégesis del régimen económico constitucional a la luz del principio del Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución), que encuentra en el bien común (que es idéntico al interés de la sociedad) su *ratio* fundamental, bien puede ser traducida en la expresión contenida en la Encíclica *Mater et magistra*, según la cual: “En materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes

supremas del orden social. (...). (Es necesario establecer) un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas o privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común”. (Iters. Nros. 39-40).

§4.1.c Supuestos fundamentales de nuestro Estado social y democrático de derecho

13. García Pelayo asevera que esta modalidad estadual, históricamente, es el intento de adaptación del Estado tradicional o Estado Liberal Mínimo a las condiciones sociales de la civilización industrial y post-industrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas, en un contexto de respeto a los derechos fundamentales. (*Las transformaciones...* Ibid, pág. 18).

Las nuevas funciones del Estado moderno tienen que ver con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos.

a) Supuestos económicos

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia.

b) Supuestos sociales

Se trata del Estado de la integración social, dado que se busca conciliar los intereses de la sociedad, desterrando los antagonismos clasistas del sistema industrial. Al respecto, García Pelayo sostiene que la unidad entre el Estado social y la comunidad nacional hace posible otra característica de dicho tipo de Estado, a saber, su capacidad para producir la integración de la sociedad nacional, o sea, el proceso constante, renovado, de conversión de una pluralidad en una unidad, sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes (*Las Transformaciones...* Op. Cit., pág. 45).

c) Supuestos políticos

El Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. La democracia, por ello, constituye un elemento imprescindible del Estado.

Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la

persona (artículo 3° de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. De esta forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural.

La vigencia de los principios democráticos asume vital importancia, dado que la satisfacción razonable de las condiciones de existencia de la persona determina y condiciona la voluntad legítima de la nación sobre el sistema estadual, consiguiéndose la estabilidad del Estado en todos sus elementos, y alcanzándose las metas propuestas en el modelo social.

La historia de la humanidad demuestra que el Estado no puede agotarse en sus funciones jurisdiccionales, de policía y de defensa del territorio; asimismo, que no puede limitar su actividad sólo a garantizar la seguridad interior y exterior del país. El Estado debe ser el ente integrador del orden político y social, y el regulador de la estructura social, que asegure el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas

d) Supuestos jurídicos

En el Estado social y democrático de derecho, el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana.

Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales propenden la realización material de la persona; esto es, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el despliegue más acabado de las potencialidades humanas sobre la base del principio de libertad.

§4.2 Dignidad de la persona humana

14. Ésta se encuentra consagrada en el artículo 1° del texto constitucional, cuyo tenor es que la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico. De este modo, no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre.

§4.3 Igualdad

15. El orden constitucional económico debe ser interpretado también a la luz del principio de igualdad, reconocido en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución. Sobre el particular, en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. N.° 0001-2003-AI/TC y N.° 0003-2002-AI/TC), este Tribunal precisó que “(...) el principio de igualdad en el Estado Constitucional, exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora (...)”.

“(…) La vinculación negativa podrá elucidarse desde la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado, cuya sucinta expresión es ‘tratar igual a los que son iguales’ y ‘distinto a los que son distintos’, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Empero, emprender la interpretación del derecho a la igualdad desde un criterio decimonónico, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución”.

Debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador con los derechos fundamentales, de forma tal que los poderes públicos sean capaces de revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad que pudieran estarse manifestando en la realidad social, a contracorriente de las aspiraciones constitucionales.

Dicho juicio, desde luego, es aplicable también al ámbito económico, en el que, por mandato expreso de la Norma Fundamental, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas orientadas a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (artículo 59°).

§4.4 Economía social de mercado

16. A modo de conjunción de los principios expuestos, e ingresando de manera más concreta en la determinación solidaria y social en la que se inspira el

régimen económico de la Constitución, el artículo 58° de la Carta preceptúa que aquél se ejerce en una economía social de mercado. La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. De allí que L. Herhård y Alfred Muller Armack afirmen que se trata de un orden “en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles [...]" (*El orden del futuro. La economía social de mercado*. Universidad de Buenos Aires, 1981).

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

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

“La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una “tercera vía” entre el capitalismo y el

socialismo [...]” (Peter Häberle. *Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*. En: Pensamiento Constitucional. Año. N.º IV. N.º. 4, Lima 1997, pág. 25). Y es que, dado el carácter "social" del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

§4.5 Libre iniciativa privada

17. Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58º de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2º del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.

Como expone Marcial Rubio Correa, dicho derecho tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica, cuya expresión es “que las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización” (*Estudio de la Constitución Política de 1993*, PUCP, Fondo Editorial, 1999).

18. La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como “privativo” de la autodeterminación de los particulares.

§4.6 La actuación subsidiaria del Estado en la economía

19. Este principio puede concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal.

La subsidiariedad vertical se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor -que puede ser una organización nacional o central- y un ordenamiento menor -que pueden ser las organizaciones locales o regionales-, según la cual el primero de ellos sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social.

Por su parte, la subsidiariedad horizontal está referida a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial.

A través de ambos sentidos, el principio de subsidiariedad se constituye en un elemento de vital importancia para el Estado democrático de derecho, ubicándose entre la esfera de la descentralización institucional y la autonomía de

lo social, en cuanto principio que inspira un proceso de socialización de los poderes públicos. Consecuentemente, el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales, y tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal.

20. Entre los usos pragmáticos que el término subsidiariedad puede tener en el ámbito constitucional se tiene los tres siguientes:

a) El primero tiene que ver con el sentido horizontal del principio y está referido a la relación clásica entre sociedad y Estado, entre libertad y autoridad, entre iniciativa privada y poder impositivo del Estado.

b) El segundo está relacionado con la teoría de las fuentes del derecho objetivo, la misma que supone la titularidad del poder de normación en el Estado-persona o bien en entes dotados de soberanía. Por tanto, se entiende como la potestad que tienen los entes legitimados y competentes para la adopción del acto de normar en forma autónoma y exclusiva, salvo en aquellos casos en los que el acto-fuente no logre, por sí solo, conseguir los efectos jurídicos deseados, situaciones en las cuales existe la posibilidad de que la ley estatal intervenga.

c) El tercero, que tiene algunos elementos en común con la materia de fuentes, es el que concierne a la organización administrativa o a los diversos niveles de expresión de las funciones y competencias públicas. Está vinculado a la descentralización administrativa estructurada sobre la base de una articulación

diferente de las relaciones entre el ordenamiento mayor y el ordenamiento menor. Se trata, en suma, del principio de subsidiariedad entendido en sentido vertical.

Ahora bien, estos usos no se consideran separados los unos de los otros, sino como momentos de una única esencia que caracteriza la configuración del ordenamiento estatal. En efecto, la subsidiariedad en el Derecho Constitucional está condicionada a la forma del Estado y a las relaciones entre gobernantes y gobernados, reguladas en el ámbito de la disciplina económica y de la producción de los actos normativos -no ordenados desde una óptica jerárquica sino, más bien, desde una estructura diversificada sobre la base axiológica y valorativa-; y, también, a la organización vertical del Estado, que se distribuye según formas mayores de descentralización administrativa a favor de los ordenamientos menores.

21. Sin perjuicio de lo expuesto, debe quedar claro que, aunque se postule el respeto de las libertades de los individuos y de los grupos, el principio de subsidiariedad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado; por el contrario, se orienta a valorarlo, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y lo privado.

Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los

cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.

22. De este modo, el principio de subsidiariedad, más que un mecanismo de defensa contra el Estado, resulta ser un instrumento para la conciliación de conflictos; no se funda en una concepción "opositiva" de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión "integradora" y "consensual" del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso que gradualmente desciende desde el individuo hasta el Estado a través de las formaciones sociales intermedias.

23. A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que "[...]. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional [...]". Se consagra así, el "principio de subsidiariedad" de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.

En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en

materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.

Debe enfatizarse que “la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa”, y la de los derechos esenciales de la persona humana. Entre ellos hay que incluir el derecho y la obligación –de cada persona– de ser, normalmente, la primera responsable de su propia manutención y de la de su familia, lo cual implica que los sistemas económicos permitan y faciliten a cada ciudadano el libre y provechoso ejercicio de las actividades de producción.” (Encíclica *Mater et Magistra*. Iter N.º 55)

24. Dentro del marco establecido por el principio de subsidiariedad y en el ejercicio de su actividad económica, el Estado, tal y conforme lo dispone el artículo 58º, asume roles sociales en áreas tales como el de la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

25. Asimismo, este principio debe ser interpretado en concordancia con otro de equivalente importancia, como es del pluralismo económico (primer párrafo del artículo 60º de la Constitución), que se ha desarrollado bajo el concepto de igualdad jurídica entre los competidores, y que constituye uno de los pilares del derecho de la competencia. Este régimen de paridad al que se someten tanto las empresas públicas como las privadas, constituye una garantía para el desenvolvimiento del tipo de mercado establecido en la Constitución y la

optimización de los principios y valores que fundamenten el Estado democrático de derecho.

b) El derecho a la libre contratación

Establecido en el inciso 14) del artículo 2° de la Constitución, se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

A lo expuesto debe agregarse que la libertad contractual constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc.

d) La libertad de empresa

Consagrada por el artículo 59° de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar.

Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la

moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce.

e) La libertad de comercio

Establecida en el artículo 59° de la Constitución, se trata de la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Debe ejercerse con sujeción a la ley.

Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal.

f) La libertad de industria

Establecida en el artículo 59° de la Constitución, es la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos.

§6. LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y LOS USUARIOS

27. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario.

28. 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 o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.

29. 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 generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento. El proveedor sería aquella persona natural o jurídica que, habitual o periódicamente, ofrece, distribuye, vende arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios

30. La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar

la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

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

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

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

32. Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo

texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas. Así, el artículo 3° de la Constitución prevé la individualización de "nuevos" derechos, en función de la aplicación de la teoría de los “derechos innominados”, allí expuesta y sustentada.

Bajo tal premisa, el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N.º 716), no sólo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65° de la Constitución. Por ello, los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios.

33. De lo expuesto, se desprende que la libre iniciativa privada y, concomitantemente, la libre competencia y demás libertades patrimoniales consagradas en la Constitución y ejercitadas en el seno del mercado, presuponen necesariamente tres requisitos:

- a) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica;
- b) La autodeterminación para elegir las circunstancias, modo y forma de ejercitar la actividad económica; y,
- c) La igualdad de los competidores ante la ley.

El ejercicio de toda actividad económica puede limitarse. Sin embargo, es preciso que las restricciones legales adoptadas no enerven esa legítima autonomía, así como también impidan a los operadores económicos privados diseñar su propia estrategia para ofrecer, adquirir, vender o hasta permutar en el mercado. Ello, sin perjuicio de reconocer que incluso las medidas estatales que pretendan operar sobre el ámbito de las libertades económicas deben ser razonables y proporcionadas.

34. En suma, si bien la Constitución garantiza el ejercicio de las libertades patrimoniales, en el marco de una economía social de mercado -donde estos derechos operan como garantías institucionales- implican el reconocimiento de la libertad de decidir no sólo la creación de unidades económicas y su actividad en el mercado, sino también el establecimiento de los propios objetivos de éstas, así como planificar y dirigir sus actividades de acuerdo a sus propios recursos y a las condiciones del mercado, teniendo siempre en consideración que la actividad empresarial debe ejercerse con pleno respeto a los derechos fundamentales de los "otros" y con sujeción a la normativa que regula la participación en el mercado.

§7. ESTADO VIGILANTE, GARANTISTA Y CORRECTOR

35. Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad

para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.

Este Colegiado, en tal sentido, conviene con Pedro de Vega cuando puntualiza que “el mercado no funcionó nunca sin los correctivos y los apoyos del Estado”, y que, “ante la amenaza de conflictos sociales que el mercado no puede resolver ni soportar, y ante el riesgo permanente del caos interno, nada tiene de particular que se haga imprescindible recurrir al Estado como instrumento de regulación y control, por ser la única instancia capaz de crear las condiciones para que el sistema económico obtenga la mínima “lealtad de las masas”. (*Neoliberalismo y Estado*. Op. cit., pág. 34-35).

36. La función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58° de la Constitución, cuyo tenor es que "la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura [...]" Por su parte, el artículo 59° establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria.

37. Asimismo, el artículo 61° confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas. De esta forma, nuestro texto fundamental no admite que un solo productor satisfaga la demanda de todos los consumidores

o usuarios, pues ello, en los hechos, le permitiría determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, a costa de extraer recursos del consumidor o usuario.

El Estado debe, asimismo, evitar la instauración de posiciones dominantes, esto es, la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente, es decir, con opción de prescindencia de sus competidores, compradores y clientes o proveedores en función a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las peculiares características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico, etc.

En coherencia con tales imperativos se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia.

38. De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, la función orientadora del Estado tiene como propósito el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución.

39. Dicha función orientadora presenta, sustancialmente, las siguientes características: a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.

40. El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las "reglas de juego", configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y catalizador de los procesos económicos.

§8. Acerca del rol de los organismos reguladores

41. Sabido es que nuestra legislación, principalmente a través de la Ley N.º 27332, parcialmente modificada por la Ley N.º 27632, ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, una misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado. A dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete.

La ley ha conferido a dichos organismos, además, una función específica: la responsabilidad de supervisar las actividades efectuadas al amparo del Decreto Legislativo N.º 674; es decir, aquellos casos en los que existan privatizaciones o concesiones por parte del Estado a favor de empresas privadas (art. 4º de la Ley

N.º 27332). Se trata, pues, de una supervisión de las actividades “post-privatización”.

Así, el papel de los organismos reguladores puede resumirse en la función de suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión.

42. Tal como ha quedado dicho, el absoluto abstencionismo estatal frente al desenvolvimiento del mercado, bajo la premisa de que la mejor regulación de la economía es la “no regulación”, es una falacia propia de las ideologías utilitaristas, que pretenden convertir al egoísmo en una virtud y a la solidaridad un vicio. Es por ello que al Estado le compete supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función social que ella cumple en la sociedad. Por tal razón, tendrá como deber intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado. En buena cuenta, es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado.

43. Allí radica la especial función que cumplen los organismos reguladores. Estos organismos tienen la obligación de asumir la delicada misión

que les ha sido asignada bajo principios de transparencia e imparcialidad. De la eficiente labor en sus respectivos sectores depende, en gran medida, que se genere verdadera competencia entre los distintos agentes económicos, lo que redundará en beneficio de los usuarios.

En efecto, el control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica, son conductas que deben ser asumidas por los organismos reguladores, sea mediante acciones *ex ante* -regulaciones previas-, o *ex post* -sanciones ejemplares que disuadan tanto al infractor como a los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano-.

44. Los organismos reguladores deben hacer del usuario un partícipe de su funcionalidad, brindándole una atención personalizada y capacitándolo en el ejercicio de los derechos que le son inherentes, en su calidad de pilar de la economía.

Los organismos reguladores no pueden funcionar aisladamente en la labor que les ha sido encomendada. A los usuarios compete, ante todo, la obligación de hacerse respetar en el círculo económico, informándose acerca de sus derechos. Y a las empresas que ofrecen servicios al público les corresponde el deber constitucional, legal y cívico de adecuar cada una de sus actividades a los designios de una economía social de mercado, en las cuales su beneficio personal no sea el punto de partida y finalidad de su actividad, sino la inevitable

consecuencia de haber brindado un servicio digno, de calidad y a un costo razonable.

45. Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de precisar que existe una percepción de que los órganos reguladores no están defendiendo apropiadamente los derechos de los usuarios y consumidores (Exp. N.º 005-2003-AI/TC). Son ampliamente conocidas las distintas denuncias existentes respecto a los continuos abusos cuyas víctimas son los usuarios de servicios públicos otorgados en concesión a diversas entidades privadas.

En la sentencia precitada, este Colegiado convino en exhortar al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, a efectos de que asuman las medidas necesarias para que OSIPTEL asuma un efectivo control de las actividades que puedan ser atentatorias de la libre competencia en el mercado y que repercutan negativamente en la satisfacción de las necesidades de los usuarios. Empero, los abusos presentados como consecuencia de determinadas posiciones dominantes en el mercado, no sólo se suscitan en el sector de las telecomunicaciones, sino también en otros sectores en los que determinadas empresas privadas hacen caso omiso de las distintas quejas que los usuarios formulan.

Ante tales circunstancias, este Colegiado estima importante reiterar la exhortación que en su momento se hiciera tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo, respecto de entidades como OSIPTEL e INDECOPI (Exp. N.º 0005-2003-AI/TC, Fund. Jur. N.º 41), y hacerla extensiva a organismos como OSINERG, OSITRAN y SUNASS. En tal sentido, recomienda la adopción de las medidas legales y administrativas necesarias, a fin de que estas entidades

funcionen y actúen adecuadamente en la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, consagrados expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.

§9. Análisis de la constitucionalidad del artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001

46. Expuestos los principios y derechos que informan al régimen económico, corresponde ahora precisar si el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001 contraviene alguno de dichos principios y derechos.

47. El artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001, establece que, “excepcionalmente, por razones de interés nacional o necesidad pública, el Estado mediante Decreto Supremo (...) podrá fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga (...)”. Adicionalmente, establece que “(...). Esta intervención tendrá carácter extraordinario y su plazo será determinado en el Decreto Supremo respectivo, no pudiendo ser mayor a seis meses. (...)”. Este dispositivo, como es de verse, autoriza al Estado a fijar el precio mínimo del servicio de transporte de pasajeros y carga, lo que, sin duda, es una intervención directa en el funcionamiento del mercado.

48. Del análisis de los considerandos del Decreto de Urgencia *sub examine*, se colige que los fines de la norma son, por un lado, preservar la salud y la seguridad de los usuarios de los servicios de transporte de pasajeros y mercancías, y, por otro, corregir las distorsiones que afecten la competencia del mercado formal por la presencia masiva de empresas informales; esto es, de

empresas que no cuentan con la autorización correspondiente para brindar el servicio y/o incumplen obligaciones de carácter tributario.

49. Tal como ha quedado dicho, uno de los principios rectores que informan al régimen económico de la Constitución es la función reguladora supletoria del Estado. Ello porque la economía social de mercado no puede ser confundida con los regímenes de economía mixta, planificada o interventora.

La labor del cuerpo político, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, no puede ser asociada a la idea de que tenga por regla incidir en la esfera de libertad de los agentes económicos. Su intervención, en lo que al funcionamiento de regular del mercado se refiere, debe configurarse como excepcional. Y es que toda regulación estatal debe justificarse por la presencia de una falla del mercado, es decir, por una situación en la que el libre juego de la oferta y la demanda y el régimen de libre competencia impidan alcanzar una asignación eficiente de recursos, lesionando intereses públicos.

50. Debe tenerse en cuenta, asimismo, el papel de los precios de los bienes y los servicios, y su importancia decisiva para el adecuado desenvolvimiento del mercado.

En circunstancias comunes, el precio no es sino el resultado de las decisiones racionales adoptadas por ofertantes y usuarios. Cuando su fijación no es artificial, sino estricta consecuencia del intercambio fluido de bienes y servicios, el precio brinda información valiosa a los agentes económicos, tanto en lo que respecta a la escasez relativa de los recursos, como a las condiciones de la oferta y la demanda.

Del mismo modo, la información contenida en la fijación del precio en un mercado libre incentiva a las empresas a aumentar su eficiencia, a reducir sus costos y a mejorar la calidad de los productos que ofrece, en beneficio de los usuarios y consumidores.

51. Este Colegiado considera que la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001, debe ser evaluada a la luz del test de proporcionalidad. En efecto, si bien tanto la protección de la salud y de la seguridad de los usuarios, así como la defensa de la libre competencia, constituyen fines constitucionalmente legítimos, ello no basta para concluir la constitucionalidad de la disposición impugnada. Resulta imprescindible determinar la adecuación de la medida adoptada (fijación de precios mínimos) a los referidos fines, así como analizar la necesidad que impulsó la asunción de dicha medida.

52. Con el propósito de evaluar la adecuación de la medida a los fines perseguidos, debe tenerse en cuenta que toda fijación mínima de precios prevé implícitamente, como un efecto práctico, que generará un aumento promedio de los precios en el mercado. Puede presumirse, asimismo, que ello producirá una reducción de la demanda, y una sustitución en el mercado de las opciones formales por las informales, esto es, por aquellas que, desenvolviéndose en la ilegalidad, no asumen el precio mínimo tarifario como una obligación.

Por otra parte, no puede soslayarse que dado que para las autoridades competentes resulta más sencillo fiscalizar a las empresas formalmente autorizadas que a aquellas informales, se genera una desincentivación hacia la

formalización, pues se asume que ello reduciría la capacidad de establecer precios por debajo de los márgenes fijados administrativamente.

Todo lo dicho permite abrigar dudas razonables respecto de la idoneidad de medidas como la fijación de precios mínimos en los servicios en aras de evitar la informalidad y la baja calidad de los mismos. Empero, esta circunstancia analizada en sentido abstracto y no a la luz de un caso concreto no permite sancionar la inconstitucionalidad de la norma, puesto que toda duda razonable obliga a este Colegiado a presumir la constitucionalidad de la ley.

53. Se pueden extraer conclusiones bastante más categóricas si se procede a determinar la necesidad de la medida adoptada. En efecto, una de las condiciones imprescindibles que debe comportar toda medida limitativa de la libre competencia, es aquella referida al “mínimo costo”. Corresponde, pues, determinar si no existían medidas que, siendo igualmente adecuadas a efectos de conseguir los objetivos constitucionalmente legítimos, no resultaban siendo menos restrictivas de los derechos fundamentales de contenido económico.

Al respecto, es evidente que un programa de empadronamiento de vehículos, una intensificación en las acciones de fiscalización tributaria, una definición clara de estándares de calidad mínimos, un programa de revisión técnica de unidades, así como una severa política sancionadora de la informalidad y el incumplimiento de los requisitos mínimos de calidad en el servicio de transporte, son medidas menos limitativas de las libertades económicas, e incluso más adecuadas, a efectos de proteger la salud y la seguridad ciudadana y defender la libre competencia.

54. A mayor abundamiento, el hecho de que, con fecha 31 de mayo del presente año, el Poder Ejecutivo haya expedido el Decreto Supremo N.º 026-2003-MTC, que reabrió el Registro Nacional de Transporte Terrestre de Mercancías para personas naturales y jurídicas dedicadas a este servicio, iniciando con ello un agresivo programa de empadronamiento de vehículos, permite afirmar a este Tribunal que no existió una política razonable y progresiva emprendida por el Estado con el propósito de revertir la situación de informalidad existente, prefiriéndose la adopción de medidas sumamente restrictivas de la libre competencia, para recién luego adoptar medidas bastante más proporcionales a efectos de proteger distintos bienes constitucionales, lo que a todas luces resulta arbitrario.

55. Por tales razones, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 040-2001 vulnera el principio de proporcionalidad que debe informar a todo acto que restrinja derechos fundamentales, siendo, por ello, inconstitucional.

§10. DECRETOS DE URGENCIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL

56. Por otra parte, los recurrentes no sólo han cuestionado la constitucionalidad del Decreto de Urgencia N.º 140-2001 desde un punto de vista estrictamente material, sino también desde un punto de vista formal, pues entienden que la norma cuestionada ha sido dictada fuera de los supuestos que el inciso 19) del artículo 118º exige para su legitimación. Corresponde, pues, analizar dicho extremo de la demanda.

57. Es un lugar común reconocer, dentro de la teoría constitucional, que el principio de la división de poderes (reconocido en el tercer párrafo del artículo 43° de la Constitución) no se condice más con una tesis monovalente de las funciones correspondientes a cada uno de los poderes del Estado, según la cual, a cada uno de ellos corresponde una función específica no susceptible de ser ejercida por los demás, bajo cargo de quebrantar el principio de independencia y autonomía de los poderes estatales que sirve de garantía contra la instauración del Estado absoluto.

En efecto, hoy se reconoce que esta garantía no supone una férrea impenetrabilidad entre los poderes estatales, sino un equilibrio entre los mismos, expresado en la mutua fiscalización y colaboración. De ahí que el ejercicio de la función legislativa (por antonomasia, parlamentaria) por parte del ejecutivo, no sea, *per se*, contraria al Estado social y democrático de derecho, siempre que sea llevada a cabo conforme con las reglas que, para dicho efecto, contemple la propia Carta Fundamental. Así, pues, tratándose de la impugnación de normas con rango legal expedidas por el Ejecutivo, además de la evaluación de su constitucionalidad sustancial, esto es, de su compatibilidad con los requisitos de orden material exigidos por la Ley Fundamental, resulta de particular relevancia la evaluación de su constitucionalidad formal; es decir, de su adecuación a los criterios de índole procedimental establecidos en la propia Constitución.

58. En el caso de los decretos de urgencia, los requisitos formales son tanto previos como posteriores a su promulgación. Así, el requisito *ex ante* está constituido por el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del

artículo 123° de la Constitución), mientras que el requisito *ex post* lo constituye la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo con lo previsto por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, en concordancia con el procedimiento contralor a cargo del Parlamento, contemplado en la norma de desarrollo constitucional contenida en el artículo 91° del Reglamento del Congreso.

59. En lo que respecta a los criterios sustanciales, la legitimidad de los decretos de urgencia debe ser determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos a la norma, es decir, del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifiquen su dictado. En cuanto al primer tópico, el propio inciso 19 del artículo 118° de la Constitución establece que los decretos de urgencia deben versar sobre “materia económica y financiera”.

Este requisito, interpretado bajo el umbral del principio de separación de poderes, exige que dicha materia sea el contenido y no el continente de la disposición, pues, en sentido estricto, pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico, quedando, en todo caso, proscrita, por imperativo del propio parámetro de control constitucional, la materia tributaria (párrafo tercero del artículo 74° de la Constitución). Empero, escaparía a los criterios de razonabilidad exigir que el tenor económico sea tanto el medio como el fin de la norma, pues en el común de los casos la adopción de medidas económicas no es sino la vía que auspicia la consecución de metas de otra índole, fundamentalmente sociales.

El análisis conjunto de las disposiciones del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, permite concluir que éste versa sobre materia económica, pues adopta medidas que inciden en el mercado (suspensión de importación de vehículos de determinadas características y establecimiento de tarifas mínimas), con el propósito de alcanzar mejoras en la seguridad y proteger la salud de los usuarios del transporte público. En tal sentido, la norma trata sobre la materia constitucionalmente exigida.

60. Asunto distinto, sin embargo, es determinar si las circunstancias fácticas que, aunque ajenas al contenido propio de la norma, sirvieron de justificación a su promulgación, respondían a las exigencias previstas por el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91º del Reglamento del Congreso. De dicha interpretación se desprende que el decreto de urgencia debe responder a los siguientes criterios:

a) Excepcionalidad: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la “voluntad” de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español -criterio que este Colegiado sustancialmente comparte- que “en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma” (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).

b) Necesidad: Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.

c) Transitoriedad: Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.

d) Conexidad: Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. En tal sentido, este Tribunal comparte el criterio de su homólogo español cuando afirma que la facultad del Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él “cualquier género de disposiciones: ni aquellas que por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna (...) con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad” (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).

Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del decreto de urgencia y no de acciones diferidas en el tiempo o, menos aún, de delegaciones normativas, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada.

62. Esta sentencia no afecta las atribuciones que, de acuerdo a ley, le corresponden a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria. Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

Declarando **FUNDADA** la presente demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucional el Decreto de Urgencia N.º 140-2001. Exhorta al Poder Ejecutivo a proceder conforme a lo expresado en el Fundamento N.º 45., *supra*. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.