



ESCUELA DE POSGRADO
UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

Análisis de los criterios discrepantes sobre aplicación de normas de consumo a entidades públicas prestadoras de salud, conforme al principio de igualdad

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

Doctora en Derecho

AUTORA:

Mgr. Liz Ninoska Cornejo Ortega

ASESOR:

Dr. Rodolfo Fernando Talledo Reyes

SECCIÓN:

Derecho

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho Constitucional

LIMA - PERÚ

2018



DICTAMEN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS

EL / LA MAESTRO (A): CORNEJO ORTEGA, LIZ NINOSKA

Para obtener el Grado Académico de *Doctora en Derecho*, ha sustentado la tesis titulada:

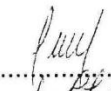
ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DISCREPANTES SOBRE APLICACIÓN DE NORMAS DE CONSUMO A ENTIDADES PÚBLICAS PRESTADORAS DE SALUD CONFORME AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Fecha: 7 de agosto de 2018

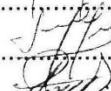
Hora: 11:00 a.m.

JURADOS:

PRESIDENTE: Dra. Flor de Maria Sánchez Aguirre

Firma: 

SECRETARIO: Dra. Yolanda Soria Pérez

Firma: 

VOCAL: Dr. Rodolfo Fernando Talledo Reyes

Firma: 

El Jurado evaluador emitió el dictamen de:

..... Aprobar por unanimidad

Habiendo encontrado las siguientes observaciones en la defensa de la tesis:

.....
.....
.....
.....

Recomendaciones sobre el documento de la tesis:

..... Redacción con normas ADA

Nota: El tesista tiene un plazo máximo de seis meses, contabilizados desde el día siguiente a la sustentación, para presentar la tesis habiendo incorporado las recomendaciones formuladas por el jurado evaluador.

Dedicatoria

A mis hijos que son mi motivación.

A mis padres por su apoyo incondicional que hace posible mi sueño de culminar el Doctorado.

Agradecimiento

A los docentes del Doctorado en especial al Dr. Rodolfo Talledo Reyes, que, con su asesoramiento y apoyo me han permitido culminar en forma exitosa esta investigación.

Al Dr. Abraham García Chávarri, al Dr Arturo Cuba Torres y la Dra Karolina Kriete Urruchi, quienes como especialistas me concedieron las entrevistas brindándome grandes aportes para la tesis.

Declaratoria de autenticidad

Yo, Liz Ninoska Cornejo Ortega, estudiante de la Escuela de Posgrado, Doctorado en Derecho, de la Universidad César Vallejo, Sede Lima; declaro que el trabajo académico titulado: “Análisis de los criterios discrepantes sobre aplicación de normas de consumo a entidades públicas prestadoras de salud, conforme al principio de igualdad”, presentado en 94 folios para la obtención del grado académico de Doctora en Derecho es de mi autoría.

Por tanto, declaro lo siguiente:

- He mencionado todas las fuentes empleadas en el presente trabajo de investigación, identificando correctamente toda cita textual o de paráfrasis proveniente de otras fuentes, de acuerdo con lo establecido por las normas de elaboración de trabajos académicos.
- No he utilizado ninguna otra fuente distinta de aquellas expresamente señaladas en este trabajo.
- Este trabajo de investigación no ha sido previamente presentado completa ni parcialmente para la obtención de otro grado académico o título profesional.
- Soy consciente de que mi trabajo puede ser revisado electrónicamente en búsqueda de plagios.
- De encontrar uso de material intelectual ajeno sin el debido reconocimiento de su fuente o autor, me someto a las sanciones que determinen el procedimiento disciplinario.

Lima, agosto del 2018

Liz Ninoska Cornejo Ortega

DNI: 23954556

Presentación

Señores Miembros del Jurado:

En cumplimiento del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Cesar Vallejo, presento la tesis titulada: Análisis de los criterios discrepantes sobre aplicación de normas de consumo a entidades públicas prestadoras de salud, conforme al principio de igualdad, cuyo objetivo de estudio fue determinar qué criterio sobre la aplicación de normas de consumo a entidades públicas prestadoras de salud, es conforme al principio de igualdad.

La investigación se estructuró en siete capítulos de acuerdo al formato establecido por la Escuela de Post Grado de la Universidad César Vallejo, el contenido de la investigación se ha estructurado en siete capítulos, para ello se ha tenido en cuenta el esquema de investigación sugerido por la universidad. En el capítulo I, se ha considerado la introducción de la investigación. En el capítulo II, se registró el método. En el capítulo III, se considera los resultados a partir del análisis estadístico tanto descriptivos como inferenciales. En el capítulo IV, se considera la discusión a partir de los resultados obtenidos. En el capítulo V, se considera las conclusiones, en el capítulo VI, las recomendaciones y, por último, en el capítulo VII, se consideran las referencias bibliográficas y los anexos de investigación.

La investigación concluye afirmando que es no correcto aplicar las normas de consumo en casos que corresponden a prestación de servicios públicos ya que su naturaleza jurídica es propia de relaciones de consumo desenvueltas en el mercado.

Señores Miembros del jurado se somete a vuestra consideración este trabajo esperando y se espera que alcance y supere los estándares deseados para que proceda su aprobación.

La autora

ÍNDICE

Página del Jurado	ii
Dedicatoria	iii
Agradecimiento	iv
Declaratoria de autenticidad	v
Presentación	vi
ÍNDICE	vii
Resumen	viii
Abstract	ix
I. Introducción	x
Introducción	11
1.1 Realidad problemática	12
1.2 Trabajos previos	16
1.3 Teorías relacionadas al tema	20
1.4 Formulación del problema	40
1.5 Justificación del estudio	41
1.6. Supuesto categórico	42
1.7. Objetivos	42
II. Método	44
2.1 Diseño de investigación	44
2.2 Categorías	45
2.3. Sujetos de investigación	45
2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad	46
2.5. Métodos de análisis de datos	47
IV. Discusión	74
V. Conclusiones	87
VI. Recomendaciones	90
VII. Referencias	90
VIII. Anexos	95

Resumen

La investigación se desarrolló bajo la perspectiva del principio de igualdad, aplicado a las prestaciones de servicios en entidades públicas que prestan servicios de salud. Este trabajo sustenta que las normas de consumo se desarrollan como una acción legislativa basada en discriminación positiva que desarrolla el Estado debido a la desventaja de posición contractual que tiene el consumidor en el mercado y por tanto están deben ser únicamente aplicadas en relaciones de consumo dentro de un mercado donde la ley de oferta y demanda determinan la elección del proveedor, razón por la cual no pueden y no procede que se apliquen a prestaciones de servicios públicos, cuya naturaleza y contexto es completamente diferente.

La metodología corresponde a un estudio cualitativo que busca comprender la realidad problemática observada. Se realizó la interpretación hermenéutica desde una perspectiva subjetiva en las aproximaciones conceptuales realizadas. La técnica utilizada para la recolección de datos fue la entrevista a profundidad cuyos sujetos de estudio fueron tres especialistas, en derecho del consumidor, derecho administrativo sancionador y derecho constitucional, realizándose entrevistas semiestructuradas.

La investigación concluye que las normas de consumo se realizan como producto de una discriminación positiva propia de relaciones de consumo que se dan en el mercado y por tanto no es correcto aplicarlo a entidades públicas que no generan relaciones de consumo sino prestan servicios públicos, por lo que la postura del Tribunal de Indecopi es acorde al principio de igualdad.

Palabras claves: Relación de consumo, normas de consumidor, discriminación positiva, servicios de salud.

Abstract

The research was developed under the perspective of the principle of equality, applied to the provision of services in public entities that provide health services. This work sustains that the consumption norms are developed as a legislative action based on positive discrimination developed by the State due to the disadvantage of the consumer's contractual position in the market and therefore they must only be applied in consumer relations within the a market where the law of supply and demand determines the choice of supplier, which is why they can not and do not apply to public services, whose nature and context is completely different.

The methodology corresponds to a qualitative study that seeks to understand the observed problematic reality. The hermeneutic interpretation was made from a subjective perspective in the conceptual approximations made. The technique used for data collection was the in-depth interview whose subjects were three specialists, consumer law, sanctioning administrative law and constitutional law, semi-structured interviews were conducted.

The investigation concludes that the consumption norms are made as a result of a positive discrimination characteristic of consumption relations that occur in the market and therefore it is not correct to apply it to public entities that do not generate consumption relationships but provide public services, so that the position of the Indecopi Tribunal is in accordance with the principle of equality.

Key words: Consumer relations, consumer norms, positive discrimination, health services.

I. Introducción

Introducción

La presente investigación tiene como tema central el análisis de los criterios discrepantes sobre aplicación de normas de consumo a entidades públicas prestadoras de salud, conforme al principio de igualdad. La Investigación ha sido realizada dentro del paradigma interpretativo, con enfoque cualitativo desarrollado una metodología inductiva en un diseño fenomenológico.

El trabajo tiene como problemas de investigación las siguientes interrogantes: ¿Cuál de los criterios discrepantes entre los tribunales de Susalud e Indecopi sobre la aplicación de normas de consumo a entidades públicas prestadoras de salud, es conforme al principio de igualdad?, ¿Conforme al Principio de Igualdad cuál es la naturaleza jurídica de las normas de defensa de consumidor?, ¿Las prestaciones de atención brindadas por establecimientos públicos de salud generan relaciones de consumo con los usuarios? y ¿Se desnaturaliza la finalidad de la sanción administrativa si esta es aplicada a entidades públicas en el ámbito de su prestación de servicios públicos?

Dentro de ello se desarrolla exégesis de las normas de consumidor y comprender su naturaleza jurídica desde la perspectiva del principio de igualdad; al mismo tiempo, se realiza un análisis de las posturas discrepantes y su argumentación, buscando encontrar la esencia de las normas de consumidor como fenómeno social y de derecho, al mismo tiempo relacionar esto con su aplicación en las atenciones de prestaciones de salud que brindan establecimientos públicos determinando la procedencia o no de su aplicación en casos que se presenten atenciones deficientes en estos centros de salud.

El objetivo general de trabajo es determinar qué criterio es el adecuado para la aplicación de normas de consumo a entidades públicas prestadoras de salud conforme al principio de igualdad. Como objetivos específicos se consideran: identificar las diferencias entre entidades prestadoras de salud públicas y privadas en sus relaciones con los usuarios de sus servicios;

analizar si las prestaciones de atención brindadas por establecimientos públicos de salud generan relaciones de consumo con los usuarios y, establecer si se desnaturaliza la finalidad de la sanción administrativa al ser aplicada a entidades públicas en el ámbito de la prestación de servicios públicos.

Previamente se ha efectuado un análisis de los criterios discrepantes de los que se parte, para ello se realizó entrevistas a abogados expertos en las tres áreas que implica el análisis como: derecho administrativo sancionador enfatizando en la finalidad de la pena, derecho del consumidor para poder conseguir mayores datos acerca de su esencia misma y, por último, con constitucionalistas para tratar el tema de igualdad que es trascendental en el trabajo.

Luego se analizó los datos triangulando con lo sostenido por la doctrina y los recogidos de los antecedentes, de suerte que el análisis hermenéutico nos permitió dilucidar cuál de las posturas es la más acertada y permitiendo poder ver la esencia de las normas de consumidor que en realidad es el fenómeno en estudio, concluyendo que la naturaleza jurídica de estas normas son de discriminación positiva en cuanto a la protección del consumidor que es débil en una relación comercial de mercado donde la asimetría informativa y las nuevas tendencias comerciales distorsionan su capacidad de elección asimismo, que dichas normas siendo diferenciadoras en un determinado contexto deben ser aplicadas sólo en ese ámbito y dejar que las relaciones que se dan en las entidades públicas que no encajan en relaciones de consumo por estar fuera del mercado, deben solucionarse dentro de las normativas propias del sector público. Por último, se concluye que la posición de Indecopi tiene mayor fundamento y razonamiento jurídico que la sustenta.

1.1 Realidad problemática

Decreto legislativo N.º 1158 (2013) señaló que:

La política de fortalecimiento del sector salud considera necesario ampliar las facultades de la hasta ese entonces Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, cambiándole de nombre por el de Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD) y ampliando su alcance para promover, proteger y defender los derechos de las personas al acceso a los servicios de salud, asimismo otorgándole facultades sancionadoras. (p. 5)

En esa misma línea, el Decreto Supremo N.º 026-2015-SA (2015) señaló que:

El Reglamento del Procedimiento de Transferencia de Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual "INDECOPI" a SUSALUD en el marco del Decreto Legislativo N.º 1158-2013 determinó entre las Competencias Generales de SUSALUD, velar por el cumplimiento del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en materia de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de salud, por la falta de idoneidad de los servicios ofrecidos por las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud "IPRESS", siendo así que Susalud asume competencia sobre los actos u omisiones que ocurran a partir de la vigencia de esa norma y que constituyan infracciones a las disposiciones que protegen los derechos de los usuarios de servicios de salud, debiendo aplicar estas normas de manera supletoria a las establecidas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD, de conformidad al artículo 10 del Decreto Supremo N.º 026-2015-SA. (p. 4)

Al haber asumido SUSALUD funciones en asuntos de defensa del consumidor, éstas son consideradas como supletorias, tornándose el tema más complejo, ya que, por su propia ley de creación y naturaleza jurídica como órgano técnico especializado, supervisa y ejerce funciones a todo el sector salud y dentro de las IPRESS, supervisa tanto hospitales públicos y privados.

Sin embargo, las situaciones reguladas por el código defensa del consumidor por constante jurisprudencia administrativa emitida por INDECOPI han sido exclusivas para relaciones entre usuarios de entidades privadas o si fuesen públicas que se den dentro de una relación comercial, pero no dentro de relaciones de servicios públicos, más en el caso de SUSALUD en aplicación del principio de igualdad se aplican las normas de defensa de consumidos tanto a IPRESS públicas o privadas.

Esta situación da motivo a la existencia de posturas discrepantes, ello se evidencia en la Resolución N.º 1818–2006/TDC-INDECOPI (2006) indicando:

En el Expediente N.º 1504-2005/CPC, INDECOPI considera que la ley de defensa al consumidor sólo debe aplicarse a las actividades que se encuentren dentro del marco del propio derecho privado, mientras que las actividades donde la regulación estatal sea exorbitante, esto es de derecho público, y en específico las actividades calificadas como servicios públicos asistenciales deben únicamente aplicarse las normas propias de su ámbito. En esta resolución INDECOPI hace un análisis y considera que la ley que establece sanciones y faculta que la autoridad administrativa imponga las mismas debe ser siempre interpretada de manera restrictiva. Considera asimismo que el Código de Consumo se encuentra referido, a la regulación de operaciones de consumo donde proveedores y consumidores intercambian bienes o servicios por dinero en busca de la satisfacción de sus necesidades. Siendo así, resulta absurdo aplicar esa Ley a operaciones que corresponden a la prestación de servicios públicos de carácter asistencial por parte del Estado.

(p. 12)

Por otro lado, manifiesta que los servicios públicos pueden ser servicios con contenido económico y servicios con contenido asistencial, definiendo los servicios con contenido asistencial como aquéllos en los cuales la actividad es

requerida con fines sociales y tiene por finalidad equilibrar diferencias sociales alcanzando salud a los sectores más necesitados. Esto no significa que el servicio asistencial sea gratuito para quien lo reciba, pues normalmente se exigirá algún tipo de retribución destinada al sostenimiento de la actividad en función a la capacidad económica del usuario del servicio. Por último, INDECOPI considera que la sanción tiene por objeto desincentivar conductas, de los particulares que al momento de realizarlas piensen en los costos que implica realizarlas, no siendo así cuando las entidades del Estado se sancionen entre sí.

Por otra parte, en una postura diferente el Tribunal de SUSALUD mediante acuerdo N.º 009-2017 indicó:

Según la Sesión de Sala Plena N.º 011-2017, de fecha 09 de junio de 2017 por unanimidad acuerda como criterio interpretativo que la Ley N.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en aspectos referidos a presuntas infracciones a los derechos de los consumidores y que se encuentran dentro de las competencias transferidas a SUSALUD, también sea, de aplicación para las IPRESS públicas, en forma supletoria a las establecidas por el Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD. (p. 13)

El tribunal de SUSALUD fundamenta que INDECOPI no ha tenido el criterio de protección al consumidor por cuanto no considera como proveedores a las entidades públicas prestadoras de salud al momento de brindar los servicios de salud asistencial, lo que resulta una interpretación sesgada de la norma y a su vez desconoce la posibilidad de que el Estado pueda ser proveedor al señalar que no cabe la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor a los servicios asistenciales prestados por entidades públicas.

El Tribunal de Susalud considera que las entidades públicas si pueden configurar una relación de consumo y que no hay motivos para dar al Estado

un tratamiento diferente, teniendo en cuenta que la situación de los centros de salud públicos con relación a la situación de los centros de salud privados es igual. Señala asimismo que, el hecho que se cuente con una subvención, no resulta siendo un argumento válido para sustraer al Estado de la aplicación de las normas de defensa al consumidor. El Tribunal de Susalud sostiene que debe definirse si el Estado califica como proveedor, tomando en cuenta si éste está ejerciendo (o no) su jusimperium y en caso de no estar ejerciendo esta potestad, se debe considerar que actúa como cualquier agente del mercado y por lo tanto no debe tener privilegio alguno.

1.2 Trabajos previos

Internacional

Gómez y Gutiérrez (2015) presentó la tesis titulada *Afectación al principio de igualdad, respecto a la estabilidad laboral reforzada en personas con limitación en el cumplimiento de sus actividades*, realizado en la Universidad de Manizales – Colombia. La investigación fue de tipo cualitativo, con un enfoque eminentemente teórico, haciendo énfasis en lo socio jurídico, por ser un tema propio del campo del Derecho Laboral. En cuanto a la metodología se utilizó como técnica de recolección de datos a la revisión documental, abordando temas en materia jurisprudencial, como la afectación al principio de igualdad laboral, la misma que ha generado controversia en la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia. Entre sus principales conclusiones se indica que la afectación al principio de igualdad se hace manifiesta claramente cuando las posturas de ambas cortes difieren en los requisitos que se deben cumplir para acceder a la protección. Del mismo modo se concluye que debido a que la Corte Constitucional no tiene una línea jurisprudencial definida queda al arbitrio de cada Juez constitucional la decisión que él decida tomar, quedando esto bajo la subjetividad y la sana crítica el Juez correspondiente.

Nogueira (2015) presentó la tesis titulada *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*, realizado en la Universidad de

Coruña, España, la investigación fue de tipo cualitativo analizando las diferentes dimensiones o facetas del principio de igualdad, entre ellas la igualdad como no discriminación, e indaga las posibilidades de las acciones positivas, afirmativas o de discriminación inversa; se trata de un trabajo de análisis teórico y comparativo, concluyendo que la discriminación es la diferencia arbitraria, la desigualdad de tratamiento de las personas carentes de justificación objetiva y razonable; asimismo, es el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias relevantes, que obligarían a un tratamiento jurídico diferenciado hace que la igualdad no sea un principio puramente formal, debiendo considerar las situaciones concretas y reales en que se encuentra cada grupo social, buscando lograr una igualdad efectiva de oportunidades.

Estébanez (2013) presentó la tesis titulada Los consumidores y usuarios: Derechos, sustentada en la Universidad de Valladolid, España. La investigación fue de tipo cualitativo, basada en el análisis teórico de los derechos de consumo analizando a la Autoridad que decide su aplicación; se define cuáles son los derechos concretos que tiene todo consumidor y usuario por el hecho de serlo. Asimismo, el estudio analiza las posibilidades que ofrece la legislación para hacer efectivos esos derechos y por último, desarrolla un estudio de casos analizando la problemática de dos productos concretos: Participaciones Preferentes y Ejecución de Hipotecas en el sector de defensa del consumidor en el ámbito financiero. Entre sus conclusiones muestra una evidente preocupación por los derechos de los consumidores desde diferentes competencias y legislaciones, resultando complejas por su naturaleza. Asimismo, manifiesta que se han creado mecanismos concretos para su defensa en vía administrativa, tales como el sistema de arbitraje y la mediación; así como órganos como las OMIC, resultando en muchos casos altamente efectivos dando una adecuada solución a los conflictos que se suscitan.

Cervantes (2013) presentó la tesis titulada Aplicaciones de los principios a la defensa de los derechos de los consumidores, sustentada ante la

Universidad Técnica Particular de Loja Ecuador. La investigación tuvo como objetivo establecer si la legislación protege los derechos de los consumidores, si se aplican los principios de la Ley y si existe equilibrio en la relación de consumo. En ese problema, se parte de que si la Ley Orgánica de Defensa del consumidor otorga una verdadera protección al consumidor con el fin de lograr un equilibrio en la relación de consumo. La metodología aplicada desarrollada bajo el enfoque cualitativo, siendo éste de tipo fenomenológico. Las conclusiones principales a las que arriba el estudio fueron que, el derecho del consumidor protege al consumidor para equilibrar la relación de consumo con el proveedor, porque de lo contrario estaría en enorme desventaja, igualmente y que los principios que se aplican son diferentes con el derecho común y son importantes por su carácter protector con el objetivo de conseguir un equilibrio contractual.

Nacionales

Figuroa, Granados, Gómez, Hernando y Tirado (2015) presentó la tesis titulada *El Principio De Igualdad Constitucional - Límites Al Trato Diferenciado*, tiene como cuyo objetivo de estudio abordar el principio de igualdad desde la perspectiva de la defensa de los derechos del consumidor, en la exigencia y necesidad de que no exista un trato discriminatorio negativo en su acceso a los servicios que el mercado ofrece. Se utilizó como instrumento de recolección de datos a una guía de entrevista y un test de igualdad, arribando a las siguientes conclusiones : el test de igualdad se convierte, en consecuencia, en una herramienta de campo que constituye un elemento coadyuvante tangible para el reconocimiento de las funciones de defensa de la Constitución que incumben a la Administración, además concluye que existen límites materiales tangibles en el trato diferenciado en la medida que existen límites franqueados por la propia Constitución, constituyendo ello un deber del cual la Administración no se puede sustraer.

Carpio (2014) presentó la tesis titulada *Alcances del Principio de Igualdad* realizado en la Universidad San Martín de Porres, Lima, Perú, el

estudio tiene como objetivo determinar si en la práctica los tribunales de justicia han resuelto la expedición de leyes y si estas son o no compatible con la Constitución. Es una investigación de tipo teórica que desarrolla a profundidad el principio de la igualdad. El estudio concluye que, para garantizar el derecho a la igualdad en sentido formal, es necesario el trato diferente a las personas que se hallan en situaciones sustancialmente diferentes. Así, el trato diferente en situaciones iguales es una forma de discriminación negativa, que se encuentra prohibido; a su vez, esta diferenciación puede ser directa o indirecta. En tanto que la diferenciación en situaciones diferentes es considerada como discriminación positiva, ya que ésta se encuentra protegida por el derecho internacional de los derechos humanos.

Gonzales (2014) presentó la tesis titulada *La discriminación en los servicios de educación básica regular, una valoración crítica de las resoluciones en casos que han llegado a segunda instancia, a partir de la competencia de Indecopi*. La investigación tiene como objetivo valorar de manera crítica las resoluciones emitidas en casos de discriminación en el consumo de servicios de educación en segunda instancia en Indecopi, la tesis se desarrolló usando el método de teoría crítica. Las conclusiones del estudio señalan que Indecopi no hace referencia a normas específicas ni conceptos vinculados al tema.

Rojas (2014) presentó la tesis titulada *Los principios constitucionales limitadores del IusPuniendi*. La investigación parte de la pregunta ¿Qué límites rigen el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú? Para ello se utilizó la metodología cualitativa analizando el ordenamiento sancionador público en el Perú, poniendo en evidencia algunos problemas y limitaciones que lo aquejan en cuanto a la aplicación respetuosa de las garantías que rigen desde la Constitución para toda norma sancionadora, centrando el estudio en el Derecho Administrativo Sancionador peruano; del mismo modo se concluye que el Perú no tiene un desarrollo teórico, normativo y jurisprudencial, que respete las exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Contrariamente, se evidencia un claro desorden y falta de sistematicidad de las normas que regulan la imposición de sanciones de carácter administrativo.

Malpartida (2013) presentó la tesis titulada El Derecho del Consumidor en el Perú y en el Derecho Comparado, para optar el grado de Doctor en Derecho realizada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En cuanto a la metodología de estudio la investigación fue de corte teórico - cualitativa, cuyo tema central de investigación fue el tratamiento del Derecho del Consumidor. Entre sus conclusiones se determinó que el derecho del consumidor es autónomo con caracteres propios como la previsión y la integración buscando esencialmente la reparación del daño causado con un criterio colectivo y solidario, además, se estableció que la protección de consumidores se basa en la protección ante las fallas del mercado combatiendo la asimetría informativa.

1.3 Teorías relacionadas al tema

1.3.1 El principio de igualdad

El Tribunal Constitucional considera que la igualdad como en todos los principios mayores, se trata de un principio con dos manifestaciones simultáneas y convergentes: menciona en primer lugar su carácter de principio rector de la organización y actuación de Estado democrático de Derecho, y en segundo lugar, su carácter de derecho fundamenta de a persona.

La igualdad es un principio fundamental dentro la organización del Estado de Derecho, pero a su vez es un vocablo multívoco y relacional, lo cual complica su comprensión total; sin embargo, de manera sencilla todos comprenden la igualdad como derecho subjetivo.

Según Bustos (2015) este derecho subjetivo hace posible que las personas reclamen ser tratadas de la misma manera, sin discriminación,

asimismo saben que tiene derecho a tener igualdad de posibilidades para realizar las diversas facetas de su vida en sociedad, en tal sentido señaló:

El Derecho debe reconocer que todas las personas como iguales en un punto esencial al margen de nuestras naturales diferencias, que nos permiten tener, simultáneamente a la igualdad de base, un perfil propio, individual e inconfundible que nos da la oportunidad de realizarnos como seres individuales e irrepetibles. Por esta misma razón, el Derecho no establece la igualdad, sino que como dice la parte final de la cita- se limita a reconocerla y garantizarla (p. 134).

Siendo así la igualdad se debe entender no en tratar a todos por igual, sino en tratar igual a los iguales y diferentes a los desiguales. El Tribunal Constitucional en varias oportunidades se ha pronunciado considerando que el derecho a la igualdad no significa que el trato deba ser igual y uniforme para todos los ciudadanos, sino que este derecho supone el trato igualitario a los iguales y diferentes a los que son distintos.

Suponer que todos somos iguales es la regla general, sin embargo, en la realidad fáctica sabemos que la realidad no se produce, las diferencias son lo más natural que existe, por ello el derecho también contempla como principio válido tratar desigualmente a los desiguales; sin embargo, esto último es la excepción y por lo tanto cada tratamiento desigual debe evaluarse y aplicarse sólo cuando haya razones objetivas. Debe tenerse en cuenta que igualdad y diferencia no son necesariamente antónimos, sino son conceptos que se complementan; así las diferencias son el medio que fortalece la libertad e identidad de las personas y a su vez son protegidas por el derecho como parte de ellos y a su vez contra la discriminación, cuando surge la diferencia de trato sin justificación racional.

Debe considerarse la igualdad tanto en la elaboración de la Ley como en su aplicación, así tenemos que el derecho de igualdad no sólo se encuentra en las prohibiciones de discriminación que vienen a ser dar trato diferente sin

base objetiva y razonable, sino a su vez se encuentra al momento de aplicar las normas, ya que la aplicación normativa debe darse por igual a todos lo que están en la misma situación, quedan así prohibidas dar trato diferente a las personas ante la Ley basado en condiciones personales o sociales que no estén consentidas en la norma; es decir, este último prohíbe que las autoridades públicas que apliquen la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en circunstancias similares.

Chocero y Sanchis (2016) sostuvo que “la igualdad de trato impone a favor de los seres humanos la titularidad de los derechos humanos, es decir tratados con igual consideración y respeto. (p.15)

En la igualdad de oportunidades se debe tener en cuenta las desigualdades sociales que no permiten que todos tengan las mismas oportunidades, es decir, en este caso lo que debe buscarse es eliminar esas diferencias naturales, teniendo en este aspecto el poder legislativo un rol preponderante, ya que debe legislar pensando en normativas equitativas, excluyendo leyes discriminatorias basadas en criterios arbitrarios como sexo, raza, religión u otros factores intrínsecos y buscando leyes integrales a favor de la equidad. Dicho de otro modo, la tendencia legislativa debe ser generar igualdad de oportunidades, lo que no implica tratar a todos igual, sino por el contrario dar un tratamiento diferenciado ante la desigualdad real que ya existe en nuestra sociedad, buscando equiparar las oportunidades de todos los miembros de la comunidad.

Según Hermann Heller (citado por Carmona, 2004) señaló que el principio de igualdad formal o igualdad ante la ley se entiende como:

Dar el mismo trato jurídico a personas que están en la misma situación y la igualdad material vendría a ser una reinterpretación que surge en el Estado social de Derecho, en la cual se busca la equiparación real teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos. Es dentro de la igualdad material que surgen las ideas de normas que aparentemente contravienen la igualdad formal, con el objetivo de equiparar la

posición social de los colectivos que continuamente se encuentran en una situación de inferioridad social real. (p. 11)

Surgen a su vez las nociones de igualdad ante la ley, referida a la obligación de quienes legislan para que al momento de crear la normativa se tenga en cuenta la prohibición de discriminación y se actúe de forma positiva con normas diferenciadoras cuando se busque equidad. También existe el concepto de igualdad ante la ley, siendo en este caso un mandato dirigido a los órganos jurisdiccionales y a los operadores jurídicos que al momento de interpretar y aplicar las normas lo hagan bajo los mismos criterios de interpretación para casos sustancialmente iguales.

La igualdad y el tratamiento diferenciado

El tribunal Constitucional considera que el artículo 2º inciso 2 de la Constitución consagra la igualdad tanto como principio y como derecho. Siendo el principio de igualdad uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad y, la igualdad en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que éste lo respete o proteja.

Huerta (2005) señaló al respecto:

El derecho de igualdad tiene dos dimensiones, la formal que impone una exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la administración pública y a los órganos jurisdiccionales, de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley) y la dimensión material, referida a que el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado ante la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales. (p.311).

La igualdad se materializa en la legislación en diversas dimensiones, la primera referida a exigir que la legislación no tenga casos discriminatorios, es decir no un trato desigual en situaciones que no lo son, o realizar diferencias cuyo sustento no es la existencia de desigualdades existentes. A su vez, la igualdad no se agota en prohibir la discriminación sino genera una obligación tácita del Estado de legislar dando trato diferente que equipare las diferencias reales que existen en la sociedad, esto es sumamente importante ya que no sólo reconoce la validez de generar normas diferenciadoras ante razones que las justifiquen.

Si el tratamiento que diferencia a las personas se establece sobre la base de regular normativamente tomando en consideración la naturaleza de las cosas y reconociendo que ellas son desiguales entre sí, el Estado en ese caso puede e incluso debe hacer acción positiva, que consiste en dar un trato favorable a quienes tienen desigualdad de oportunidades en su perjuicio, con la finalidad de restablecer la igualdad respectiva.

Sapag (2008) señaló respecto al Tribunal Constitucional que ha marcado parámetros fundamentales dentro del tema de igualdad, dentro de esto lo más importante desarrollado por este órgano son criterios de igualdad relacionados con los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, resultando lo siguiente:

Es procedente el trato diferenciado siempre y cuando se dé entre personas que se encuentran en una situación de desigualdad.

Por el principio de razonabilidad el trato diferenciado debe tener como fundamento un objetivo legítimo, es decir sustentarse en causas o motivos objetivos y razonables, sin que sea necesario que estos fundamentos busquen garantizar algún valor constitucional, pero si deben estar orientados a corregir una situación de desigualdad.

De conformidad al principio de racionalidad el trato diferente debe estar en relación al objetivo legítimo que se desea alcanzar.

Por último, el principio de proporcionalidad implica que el trato normativo diferente debe aplicarse en forma proporcional al objetivo legítimo que se pretende alcanzar, es decir debe justificarse proporcionalmente. (p. 21)

Asimismo, el Tribunal Constitucional también ha señalado que pueden existir dos normativas distintas referidas a un mismo ámbito de la vida social, sin quebrar la igualdad siempre y cuando los regímenes surjan basados en una desigualdad básica que amerite tratamientos legales diferentes; también debe tenerse en cuenta que el Tribunal considera que el Estado es considerado como una persona jurídica y debe incluirse en los criterios de igualdad cuando sus actos son de la misma naturaleza que la de otras personas. En tal sentido es contrario a la igualdad, que existan leyes que den un trato legal diferente a acciones estatales frente a actuaciones privadas sin sustento y ante las mismas circunstancias.

La igualdad en el derecho comparado

El concepto de igualdad es evolutivo en su significado, depende de las estructuras sociales, políticas, económicas, jurídicas y culturales y por supuesto al tener contenido ético, depende también de la moral en la época y lugar determinado. Siendo así, la regulación legal en la que estén inmerso el trato diferente como consecuencia de la existencia de una desigualdad social, ésta se produce en realidad como respuesta provocada por el cambio de valoraciones sociales que surgen a su vez de cambios en las estructuras sociales.

Para Carbonel (2003) señaló que tratar la discriminación es fundamental dentro de la regulación constitucional del principio de igualdad, por cuanto incluso esta regulación enfatiza la protección del derecho de igualdad con las prohibiciones expresas a la discriminación; así el principio de igualdad implica la exclusión de tratos desiguales que no tenga justificación. Por ello en diversas constituciones se tienen inserta la cláusula antidiscriminatoria,

convirtiéndose ésta en una herramienta para asegurar la protección de la igualdad. Dentro de estas normas constitucionales internacionales se consideran las siguientes:

La Constitución Mexicana que en diversos artículos constitucionales, regula la igualdad refiriéndose en el artículo primero de manera general a las prohibiciones de discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. (p. 44)

Asimismo, Carbonel (2003) señaló respecto a la constitución Belga:

En Constitución Belga de 1970 en su artículo 11 recoge la prohibición de discriminación en el goce de derechos y libertades de las minorías ideológicas y filosóficas. En Suecia también existe la prohibición de discriminar, si bien este país no cuenta con una constitución, si tiene en cambio cuatro instrumentos normativos fundamentales en los que se consagran los principios que se consideran como la base constitucional en los cuales se establecen que las instituciones públicas tiene que promover y asegurar la igualdad de derechos y oportunidades de todas las personas y que debe combatir la discriminación por razones de género, color, origen étnico o nacional, afiliación lingüística o religiosa, discapacidad, orientación sexual, edad u otra circunstancia que afecte a las personas. (p. 46)

Por su parte, Colombia también considera la discriminación como parte fundamental de la legislación, sin embargo, constitucionalmente desarrolla este principio señalando que el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, estableciendo como obligación de éste adoptar

medidas a favor de grupos marginados, desarrollando constitucionalmente normas que regulan de manera expresa medidas de discriminación inversa.

Continuando con la legislación comparada, tenemos que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades recogió el principio de igualdad mediante la prohibición de discriminación y la implementación de acciones positivas. Esta norma suprema establece de manera expresa: Todos son iguales ante y bajo las leyes y tienen el derecho a la igual protección y al igual goce de la Ley sin discriminación. Jurisprudencialmente el Tribunal Supremo de este país se pronunció mencionando que el objetivo de esta norma es proteger de la discriminación a todos aquellos grupos que sufren desventajas sociales, políticas y legales en la sociedad, rechazando dar el mismo tratamiento como estándar de igualdad. Este tribunal reconoce que no todo trato diferenciado resulta desigual, entiende que la discriminación no es una simple distinción entre el tratamiento de grupos o individuos, sino debe suponer una desventaja y que se protege la igualdad cuando legislativamente y a través de políticas de gobierno se toman en consideración los grupos que están en desventaja social, política o legal.

Como se aprecia en las diferentes legislaciones comparadas, en sus normas fundamentales han dado un reconocimiento expreso al derecho de igualdad y a la vez regulan la prohibición de la discriminación como parte de este.

Test de la igualdad

Como es lógico, al producirse la discriminación positiva surge una serie de cuestionamientos al respecto y en muchos casos estas normas pueden ser incluso materia de impugnaciones ante tribunales constitucionales para refutar la violación o no al derecho de igualdad.

Siendo esto un tema controversial, el Tribunal Constitucional ha instaurado el test de igualdad que es una herramienta de análisis jurídico que

nos permite verificar si una norma tiene justificaciones racionales que ameriten el tratamiento diferenciado que contiene, ya que si la norma asume una postura diferenciadora ésta debe ser justificada para no incurrir en discriminación.

A través del test de la igualdad se analiza las normas que generan diferencias, poniendo en juego la igualdad, para esto se debe tener en cuenta que todo acto discriminatorio es un acto que genera diferenciación, pero no toda diferenciación resulta siendo discriminatoria, por eso es muy importante determinar si ese trato diferenciado tiene fundamento objetivo y razonable, y si ésta se presenta coherente y proporcional con la finalidad que persigue, es decir, si el trato diferenciado se justifica en razón de la equidad que pretende alcanzar.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia de Pleno Jurisdiccional, en el expediente N.º 00027-2006-PI (2006) define el test de igualdad, como:

Una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio o no del principio – derecho a la igualdad. Y la sentencia del Tribunal Constitucional respecto a dicho test se basa en tres sub principios: 1. Sub principio de idoneidad o de adecuación. 2. Sub principio de necesidad. 3. Sub principio de proporcionalidad stricto sensu. (p.2).

Estos principios se encuentran desarrollados en la sentencia del expediente del Tribunal Constitucional en la Sentencia de Pleno Jurisdiccional Exp. N.º 00018-2003-AI. FJ 2, bajo los siguientes criterios:

1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación. Este principio lo que busca es asegurar que el objetivo de la diferenciación sea constitucionalmente válido, es decir que este dentro del marco constitucional y que la medida normativa sea la idónea para tal objetivo, para este principio el generar una diferencia normativa sólo será justificada si el objetivo es constitucionalmente legítimo

y lógicamente que la regulación refleje como resultado el objetivo que la justifica.

2. Subprincipio de necesidad. Este subprincipio relaciona la medida adoptada con otras posibles, analiza si existen o no alternativas que no sean gravosas o que lo sea en menor grado y que a su vez puedan incidir igualmente a favor del objetivo que busca la diferenciación planteada; para validar la diferenciación se exige que no exista otro medio alternativo que con la misma idoneidad pueda alcanzar el objetivo propuesto, ya que de ser así debería optarse por el menos gravoso y rechazar el otro. Siendo así en este análisis se requiere revisar otras posibilidades de alcanzar el objetivo y determinar su grado de idoneidad, así qué tan gravosa resulta ser.

3. Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu. Principio en el cual se revisa si el beneficio que otorga la realización del objetivo de la diferenciación es por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Es decir, se compara la intensidad del beneficio que se obtiene y la intensidad de la afectación al derecho de igualdad. Necesariamente esto conlleva una ponderación de derechos basada en la estimación de beneficios y agravios que requiere una mediad de diferenciación, siendo necesario para que sea válida la diferenciación ésta deba ser por lo menos igual o brindar mayores beneficios que afectaciones.

1.3.2 La figura del consumidor

La década de los noventa se caracterizó por la implementación de reformas importantes en la economía nacional, caracterizada hasta entonces por una fuerte presencia estatal, incluida la actividad empresarial; así la promulgación de un considerable paquete normativo y la gestión de un agresivo programa de privatización de las empresas públicas, fueron los ejes que permitieron el tránsito hacia una economía abierta, con fuerte participación privada, nacional

y extranjera. Dentro de ese conjunto de normas destacó la Ley de Protección al Consumidor de 1991, sin embargo, la vulnerabilidad del consumidor está ausente del discurso legislativo.

Así surge la definición legal de consumidor sustentada en el criterio del destino final de los bienes y servicios adquiridos, la misma que posteriormente derivó en su actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional como es el caso del desarrollo de su tutela en el marco del régimen de economía social de mercado siempre bajo el amparo del principio pro consumidor; del detalle preciso de los principales derechos que le corresponden frente al proveedor y en el mercado en general, sin perjuicio de otros igualmente amparados; la preeminencia del derecho de información y el deber de idoneidad como soportes de la política protectoria.

Hoy en día el derecho del consumidor ha tomado relevancia y protagonismo en las relaciones comerciales en el país; Indecopi es la entidad encargada de esta materia que resuelve las controversias derivadas del consumo de bienes y servicios mediante procedimientos administrativos sin perjuicio de las acciones civiles y penales que tales conflictos pudieran acarrear.

El Tribunal Constitucional (2009) en su artículo 65 de la Carta Magna ha precisado la defensa de los intereses del consumidor se realiza por medio de un derrotero jurídico binario, considerando:

En primer lugar, fija un principio rector para la actuación del Estado, que es una regla fundamental destinada a orientar y sostener la actuación del Estado respecto a la actividad económica; en otras palabras, la conducta está orientada de manera tuitiva en la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. En segundo lugar, mediante la consagración de este derecho subjetivo, se otorga la facultad de accionar en defensa de los derechos e intereses de los consumidores en los casos de transgresión o desconocimiento de

sus legítimos intereses y a su vez se exige al Estado una actuación determinada cuando se produce de alguna manera la afectación efectiva de los derechos de esos consumidores, lógicamente esto incluye la capacidad de acción contra el propio proveedor. (STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, del 11.11.2003).

Este mismo Tribunal reconoce una serie de principios, entre los cuales sobresalen el pro consumidor, el de proscripción del abuso del derecho, de isonomía real, transparencia, veracidad, in dubio pro consumidor, y el principio pro asociativo (STC Exp. N° 3315-2004-AA/ TC, del 17.01 2005). De esta manera se da protección a los proveedores en el ejercicio de sus derechos, pero a la vez, teniendo en cuenta el pleno respeto a los derechos fundamentales de los consumidores; es decir su actuación sujeta a la normativa que regula la participación en el mercado. (STC Exp. 05143-2011-PA/TC. (p.13)

El consumidor como sujeto vulnerable

Siempre ha existido la preocupación del derecho por la protección de los más débiles mediante la configuración de mecanismos orientados a su defensa frente a los abusos de quienes de alguna manera tienen poder o una posición de ventaja.

En materia contractual, la debilidad supone un modo particular de actuación frente a la contraparte. Se es parte débil cuando se contrata por necesidad o mediando inexperiencia o debilidad psíquica; es decir cuando la capacidad de negociación está limitada o afectada. Es decir, cuando el accionar de uno de los contratantes se reduce a una simple adhesión al contrato elaborado por el proveedor; y cuando dada la rapidez del tráfico comercial y el tecnicismo, el consumidor no tiene la posibilidad de revisar y aceptar debidamente informado las características pormenorizadas del bien o servicio y tampoco las condiciones del contrato.

Respecto a ello, la Normas del Código Civil no resultan apropiadas, ya que están elaboradas en un escenario de igualdad de condiciones entre las partes para la contratación.

De acuerdo con el numeral VI.4 del Código Civil indicó que el Estado reconoce la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo, orientando su labor de protección y defensa del consumidor con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza. (p. 77)

La norma transcrita, que no puede entenderse como *numerus clausus*, involucra dos aspectos: de un lado, sienta el principio general de la vulnerabilidad del consumidor como orientador de la política de tutela estatal y de otro lado, privilegia, y ahonda, la defensa de quienes por sus condiciones particulares pueden resultar lesionados en el mercado nacional.

Así, la vulnerabilidad se convierte en un presupuesto que colorea el ámbito de protección del consumidor, que orienta ahora la actuación estatal y de sus órganos administrativos, judiciales y arbitrales; en pauta que ilumina la interpretación de la legislación especial y que marca el derrotero a seguir tanto por la jurisprudencia emitida por el Indecopi, como por las decisiones de la justicia arbitral de consumo y las sentencias del Poder Judicial. El criterio orientador de los estudios doctrinarios, no pueden obviar más la especial situación del consumidor en un mercado como el peruano, tan dispar como informal y en algunos casos desprovisto de suficiente competencia. Todo ello en armonía con lo dispuesto por el artículo I del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que instituye como principio rector de la política social y económica del Estado la protección de los derechos de los

consumidores, dentro del marco del régimen económico previsto en la Constitución.

Evolución del derecho de consumo

La protección al consumidor en el Perú se inició con la Constitución de 1979, cuyo artículo 110 dentro del título referido al Régimen Económico señalaba que el régimen económico de la República estaba basado en la justicia social como principio que promueve la dignificación del trabajo, reconociéndolo como la fuente principal de riqueza y medio de realización de la persona humana.

El Estado promueve el desarrollo económico y social a través de la producción y la explotación racional de los recursos, la generación de empleo y la distribución equitativa del ingreso; al mismo tiempo, promueve los diversos sectores de producción nacional defendiendo los intereses de los consumidores.

Dentro de este marco constitucional, el Decreto Supremo 036-1983-JUS (2003) señaló “que regula normas de Protección a los Consumidores, definiéndose en esta norma al consumidor como aquel que mediante contrato verbal o escrito adquiere bienes, fungibles o no, o a la prestación de algún servicio” (p. 7)

Posteriormente se promulgó el Decreto Legislativo N.º 716 (1991) señaló que los derechos esenciales ya reconocidos en otros Estados y por organismos internacionales:

En esta norma que otorgo protagonismo a la imagen del consumidor estableciendo un marco normativo contextualizado dentro del sistema de libre mercado. Siendo luego complementada esta noción mediante la Resolución 101-96-TDC emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, emitida el 18 de diciembre de 1996 en la cual la

persona que adquiere un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato, es considerado consumidor, sin importar que sea una persona natural o jurídica, destacando en este concepto la idea de consumidor final. (p. 9)

La normativa constitucional actual establece la protección al consumidor a través de su artículo 65 regulándolo de la siguiente manera: “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. Esta norma constitucional tomó como referencia lo establecido antes por el Decreto Legislativo 716, el Decreto Legislativo 691 (Normas de la publicidad en defensa del consumidor) y el Decreto Ley 26122 (Ley sobre represión de la competencia desleal).

La Resolución 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI señaló “la noción de consumidor, luego el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor, aprobado por el Decreto Supremo 039-2000-ITINCI que agrupa ese concepto, así como las precisiones y modificaciones al Decreto Legislativo 716” (p. 11)

Posteriormente Indecopi amplió el marco de protección establecido, al incluir mediante Resolución N° 422-2004-TDC de la Sala de Defensa de la Competencia a los pequeños empresarios en este marco de protección al consumidor, consideró “que ellos también son afectados por la asimetría existente en la relación de consumo. Luego Indecopi, en la Resolución 001-2006- LIN-CPC/Indecopi confirmó la inclusión del pequeño empresario dentro del ámbito de protección de consumo” (p. 3)

El Decreto Legislativo 1045 (2008) modificó en el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor “incluyó en éste de manera excepcional al microempresario que evidencie una situación de asimetría informativa con el

proveedor siempre y cuando este trato contractual se refiera a productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio” (p. 4)

La Ley 29571 llamada Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010) señaló que:

Cambia de paradigma considerando al consumidor como la fuerza que impulsa el mercado con prevalente prioridad y, en su artículo IV define al consumidor o usuario dentro de dos categorías: La primera referida a 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 del Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. La segunda categoría, está referida a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio. Al mismo tiempo, este artículo refiere que, en caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta. (p. 14)

El mismo artículo IV da definiciones sobre proveedores, considerando dentro de esta categoría a 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. Considerando como proveedores a los distribuidores o comerciantes, productores o fabricantes, importadores y prestadores, dando una definición para cada uno de estos.

1.3.3 Procedimiento administrativo sancionador

Potestad sancionadora del estado

Para el cumplimiento de sus funciones cuenta con potestades especiales, dentro de estas tenemos el IUS PUNIENDI, conocido como la facultad de castigar o sancionar, este poder se fundamenta en la teoría del contrato social, según la cual los ciudadanos le otorgan poder al Estado para que este se encargue de conservar la seguridad y orden público, haciendo posible la convivencia de la comunidad buscando satisfacer el interés general y alcanzar el bien común. Dentro de esos poderes que se le otorga está la potestad legislativa que le permite organizar jurídicamente el Estado y regular la conducta de las personas en sociedad, asimismo está la potestad sancionadora que permite al Estado que sancione a los ciudadanos cuando cometen determinadas inconductas que se consideran afectan o ponen en riesgo la seguridad y orden público que se encomendó al Estado, esas conductas quebrantan normas establecidas y deben estar tipificadas es decir, las conductas que se consideran sancionables deben estar previamente establecidas en norma expresa.

Según Cordero (2012) la potestad sancionadora del Estado se divide en tres modalidades:

Potestad sancionadora penal: A cargo del Poder Judicial, por el cual el Estado establece sanciones a la comisión de delitos y faltas.

Potestad administrativa sancionadora: esta la tiene el poder ejecutivo a través de los organismos de Administración Pública, la cual goza su vez de la potestad de supervisión de la potestad sancionadora que le permiten cautelar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sancionando las infracciones administrativas.

Potestad administrativa disciplinaria: esta es propia de la Administración Pública interna, ya que se aplica a los

funcionarios y servidores públicos que incumplen sus funciones y que cometen faltas disciplinarias. (p.34).

Por otra parte, Goldschmidt, (citado por Cabrera, 2015) señala que:

La Administración pública busca asegurar el orden social y el bienestar general, siendo así coloca a la persona como integrante de la sociedad en la que vive y como tal, debe respetar el orden jurídico establecido en ella. (p.115).

En ese sentido, Cassagne (citado por Cordero, 2012) consideró que existe una distinción cualitativa entre los delitos judiciales e infracciones administrativas:

Los delitos se determinan por la naturaleza de las cosas sobre la base de que, mientras en los primeros el contenido material del injusto se encuentra en el daño (o en la situación de peligro), concreto y mensurable, inferido de un bien jurídico, en las infracciones se está ante la violación del deber de obediencia o de colaboración por parte de los particulares con la administración pública. (p. 33)

Esta diferencia es fundamental, ya que, por principio de lesividad del derecho penal, la intervención del Estado únicamente es legítima en tanto se proteja un bien jurídico, sin embargo, un matiz en aquello que le daría legitimidad al uso de la potestad sancionadora se da en el sentido que no se daña un bien jurídico, sino que se infringe un deber por el que todo ciudadano, al formar parte de una comunidad debe cumplir. En ese sentido, observamos una relación entre ambas potestades sancionadoras y esto razón explicaría los matices de ambos principios, es necesario retener esta idea para sustentar la convergencia de principios.

En vista de las consideraciones anteriores, la potestad sancionadora no se encuentra reconocida de manera expresa en la Constitución, sin embargo, doctrinariamente y jurisprudencialmente se reconoce que esta función es

imprescindible en el funcionamiento del Estado para la consecución de sus fines. La administración pública debe necesariamente tener poder y potestad sancionadora, con la finalidad de que se sancione las infracciones administrativas que contravengan el ordenamiento jurídico o afecten el interés público. Doctrinariamente reconoce que el denominado *luspuniendi* estatal, se presenta en dos grandes sectores de actuación: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, gozando en ese sentido ambos una identidad de sustancia y de materia, compartiendo de alguna manera su estructura y principios.

Según Casares (2014) señaló que el Tribunal Constitucional Español en diversa jurisprudencia señala fundamentos de orden práctico que justifican la potestad sancionadora, entre los argumentos más importantes al respecto tenemos los siguientes:

Es ventajoso porque no recarga las actividades de la Administración de Justicia con ilícitos de gravedad menor, disminuyendo la excesiva carga procesal en los juzgados, de esta manera corresponde al derecho administrativo sancionador «el rol de instrumento de control social alternativo al derecho penal para colaborar con la justicia en la prevención y punición de los ilícitos menores. (p. 67)

La conveniencia es de dotar de mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados.

La potestad sancionadora de la administración pública, como un poder natural que hace posible el ejercicio del poder del Estado (ejecutivo) porque quien tiene la potestad de ordenar, mandar y prohibir, ha de ostentar la potestad de sancionar pues si no, ésta resultaría inoperativa. La potestad sancionadora de la administración pública se justifica principalmente en razones pragmáticas, puesto que es menester reconocer a la administración facultades coercitivas en orden a cautelar el cumplimiento de las normas legales.

Fundamentos de la actuación sancionadora de la administración pública

Las entidades administrativas determinan infracciones y aplican sanciones en casi todas las actividades de la vida social que son reguladas por el Derecho Administrativo.

Según Muñoz (2010) la jurisprudencia comparada ha identificado una serie de razones de índole práctico que justifican la actuación de esta función sancionadora en el ámbito administrativo, tenido esto los siguientes fundamentos:

No recargar en exceso al poder judicial con la atención de ilícitos de menor gravedad.

Dotar de mayor eficacia al aparato represivo respecto de los ilícitos menores.

Tener mayor inmediatez entre la autoridad sancionadora y los administrados sancionados. (p. 421)

La facultad sancionadoras de las entidades administrativas a pesar de no estar expresamente reconocida en la norma constitucional, tiene reconocimiento del Tribunal Constitucional ya que en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1654-2004-AA/TC (2004) afirmó que “una manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, y como toda potestad en el contexto de un Estado de Derecho, debe ser ejercida dentro del respeto de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales” (p. 22)

Cabe precisar que la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.º 006-2017-JUS señaló “que regula los principios, reglas, garantías aplicables en el procedimiento administrativo sancionador” (p. 22)

Sanciones administrativas

Según López (2006) señaló:

Por sanción administrativa aquel mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita, a través de un procedimiento administrativo, con una finalidad represora, y consistiendo la sanción en la privación de un bien o derecho, o la imposición de un deber, siendo los principios y garantías del Derecho sancionador administrativo sustancialmente iguales a los del Derecho Penal. (p. 56)

Según las consideraciones, los castigos impuestos por la Administración a un administrado con el fin de reprimir una acción u omisión de aquél que ha conllevado una infracción de disposición administrativa. El castigo consiste en un mal que en todo caso nunca podrá consistir directa ni subsidiariamente en una privación de libertad del sancionado. Podrán constituir sanción, por tanto, la multa, la privación del carné de conducir, el cierre de establecimientos, la pérdida de la carrera funcional y la pérdida del curso escolar. Conviene diferenciar las sanciones de las medidas preventivas o las dirigidas a impedir una infracción y de las medidas resarcitorias o las dirigidas a reparar las consecuencias dañosas de una infracción.

1.4 Formulación del problema

Problema general

¿Cuál de los criterios discrepantes entre los tribunales de Susalud e Indecopi sobre la aplicación de normas de consumo a entidades públicas prestadoras de salud, es conforme al principio de igualdad?

Problemas específicos

1. ¿Conforme al Principio de Igualdad cuál es la naturaleza jurídica de las normas de defensa de consumidor?

2. ¿Las prestaciones de atención brindadas por establecimientos públicos de salud generan relaciones de consumo con los usuarios?
3. ¿Se desnaturaliza la finalidad de la sanción administrativa si esta es aplicada a entidades públicas en el ámbito de su prestación de servicios públicos?

1.5 Justificación del estudio

Este tema de investigación es relevante porque nos permite establecer cuál de las posturas divergentes respecto a la aplicación de normas de consumo en procedimientos sancionadores que se imponen a IPRESS públicas y privadas es la congruente con el principio de igualdad. En este tema de investigación se analiza teórica y jurisprudencialmente si existe vulneración del principio de igualdad o si por el contrario es justificado el tratamiento diferenciado entre entidades públicas y privadas que prestan servicios de salud. Su aporte teórico será determinar este aspecto jurídico en el cual radica la discrepancia de interpretación jurídica que actualmente existe entre SUSALUD e INDECOPI; asimismo, desde un punto de vista social y práctico el aporte es dar sustento jurídico que puede servir de fundamento para un pronunciamiento jurisdiccional sobre el particular o incluso sobre una modificatoria legislativa en las leyes sancionadoras y las de defensa de consumidor en el país, con posiciones más definidas al respecto.

En el plano teórico desarrollamos análisis crítico y sistemático respecto al principio de igualdad, el tratamiento diferenciado, el derecho de consumo en servicios de prestaciones de salud y por último aspecto básicos de los procedimientos sancionadores; a su vez se realiza una recopilación de posturas legales de otros países que den luces sobre el trabajo. Uno de los aportes teóricos más importantes es que concluimos fundamentado teóricamente cuál de las interpretaciones de los tribunales administrativos es la adecuada de acuerdo al principio de igualdad, arribando a una posición teórica que deriva del análisis de datos obtenidos de la jurisprudencia, la doctrina y

entrevistas a expertos, que nos permiten realizar una debida interpretación del ámbito de aplicación de las normas de consumo. Es un trabajo innovador ya que no existen antecedentes que traten el tema de aplicaciones de normas en consumo en entidades públicas, menos aún en el ámbito de los servicios de salud en nuestro país.

1.6. Supuesto categórico

La investigación por su naturaleza es de enfoque cualitativa, por tanto, no corresponde hipótesis.

1.7. Objetivos

Objetivo general

Determinar qué criterio sobre la aplicación de normas de consumo a entidades públicas prestadoras de salud, es conforme al principio de igualdad.

Objetivos específicos

1. Determinar con fundamentos cuál es la naturaleza jurídica de las normas de defensa de consumidor.
2. Analizar si las prestaciones de atención brindadas por establecimientos públicos de salud generan relaciones de consumo con los usuarios.
3. Establecer si se desnaturaliza la finalidad de la sanción administrativa si ésta es aplicada a entidades públicas en el ámbito de su prestación de servicios públicos

II. Método

2.1 Diseño de investigación

Paradigma interpretativo

Heidegger (citado por Ruiz, 2012) señaló que el paradigma interpretativo renuncia a la búsqueda de la explicación y postula por la búsqueda de la interpretación. Con este paradigma podemos comprender la realidad como dinámica y diversa, se lo denomina cualitativo, fenomenológico-naturalista o humanista. Su interés va dirigido al significado de las acciones humanas y de la práctica social. (p. 63)

Enfoque cualitativo

Heidegger (citado por Ruiz, 2012) señaló que la investigación cualitativa utiliza estrategias que nos permitan comprender un fenómeno social humano. Este enfoque intenta comprender, interpretar o conocer la calidad, el carácter o las diferentes particularidades de un fenómeno. (p. 41)

Diseño teoría fundamentada

Hegel (citado por Packer, 2011) señaló respecto al diseño de la Teoría Sustentada que “esta teoría se desarrolla a partir de un análisis inductivo de un conjunto de datos determinados, que se relacionan con uno o más fenómenos sociales que conducen a una propuesta de acción” (p. 34)

Este método enfoca el proceso de interacción entre personas explorando los roles sociales. La recolección de datos, su análisis y la teoría que surge guardan estrecha relación entre sí, los datos empíricos se analizan en interrelación constante con la teoría que se va construyendo, relacionando conceptos y categorías entre sí, cuestionando, comparando, esquematizando con visión innovadora que le permita interpretar la realidad en estudio.

El método de investigación es inductivo.

2.2 Categorías

Las categorías del estudio son:

- Principio de igualdad
- Normas de consumidor
- Finalidad de la sanción administrativa

2.3. Sujetos de investigación

La población de estudio estuvo conformada por tres especialistas en derecho del consumidor, derecho administrativo sancionador y derecho constitucional.

La muestra, estuvo constituida en igual número por los tres especialistas en mención.

2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

Entre las técnicas e instrumentos, preferentemente utilizados para la recolección de datos, fueron:

Técnicas

Según Tecla y Garza (2012) definieron entrevista:

Como una técnica común de las ciencias sociales que se realiza a través de la interacción verbal entre un investigador, su objeto y el entrevistado o colectivo con el fin de responder las preguntas, orientada a obtener información de todos los indicios posibles, pero manteniendo la mente flexible para otras posibles preguntas que aparezcan en la entrevista. (p. 23)

Según lo expuesto la investigación utilizó como técnica la entrevista que para el caso fue estructurada y semiestructurada.

Asimismo, Tecla y Garza (2012) refirieron como técnica de investigación al análisis de fuente documental “estas recurren a la cita de teóricos que se pronuncian sobre el tema tratado, para luego realizar un análisis detallado de las citas, y por último establecer una crítica o posición, respecto a la fuente citada” (p.34)

Instrumentos

Se ha utilizado como instrumentos la guía de entrevista y la ficha de análisis de fuente documental.

En cuanto a estos instrumentos se consideraron los siguientes:

De acuerdo con Delgado (2013) la guía de preguntas de entrevista:

Refiere al instrumento compuesto de preguntas abiertas que permitan guiar al entrevistador hacia la formulación de preguntas a la fuente de información (entrevistado), con coherencia y logre recolectar los datos de suma importancia para la investigación. (p. 23)

Asimismo, Delgado (2013) definió la ficha de análisis de fuente documental:

Las fichas son instrumentos muy útiles en toda investigación, pues permiten al investigador anotar o recopilar la información o datos de manera ordenada y pertinente, en este orden de ideas, este instrumento permitió analizar la doctrina, y otras fuentes de carácter documental (artículos científicos, revistas, pronunciamiento de las instituciones, especialistas, etc.). (p.45).

En vista de estas consideraciones los instrumentos permiten recolectar datos para el análisis, tratamiento e interpretación de la jurisprudencia y la doctrina que regulan el fenómeno o tema de investigación, para esto se ha diseñado un cuadro con perfil de doble entrada, donde se consigna la teoría y el análisis crítico para hallar las conclusiones, es decir, se dilucida de manera interpretativa para finalmente elaborar las conclusiones de la investigación.

2.5. Métodos de análisis de datos

De acuerdo con Okuda y Gómez (2009) que señalaron:

La triangulación se refiere a la búsqueda de patrones de convergencia para poder desarrollar o corroborar una interpretación global del fenómeno humano u objeto de la investigación, y no significa que literalmente se tengan que

utilizar tres métodos, fuentes de datos, investigadores, teorías o ambientes. (p.119)

Conforme a lo señalado, se han utilizado diversos métodos con el propósito de analizar y/o comparar los datos de manera convergente en los diferentes aspectos de la totalidad del fenómeno, que a la vez permite reducir los sesgos y aumentar la comprensión del fenómeno de estudio.

III. Resultados

3.1 Análisis de jurisprudencia administrativa y jurisdiccional

Tema: Aplicación supletoria del Código de Protección y Defensa del Consumidor a las IAFAS, IPRESS y UGIPRESS públicas	
Tipo de documento: Acuerdo de Sala Plena	Entidad que lo emite: Tribunal de SUSALUD
Acuerdo N° 009-2017	Fecha: 09 de junio de 2017
Autoridades que lo suscriben: Rodríguez Sifuentes, Aróstegui Girano, Bustamante Zavala, Espinoza Espinoza, Guzmán Napurí, León Hilario, Quimper Herrera, Rodríguez Brignardello y VarsiRospigliosi.	
Contenido relevante: <p>Susalud tramita dos tipos de procedimientos sancionadores, unos que surgen como consecuencia de supervisiones y que pretenden sancionar la comisión de infracciones para desincentivar esas conductas; y otros conocidos como procedimiento trilateral sancionador que derivan de quejas interpuestas por usuarios insatisfechos de servicios de salud o seguros de salud, estos procedimientos buscan atender el reclamo efectuado y se pueden dictar medidas correctivas como también generan sanciones para las entidades prestadoras de los servicios.</p> <p>Susalud considera que el criterio del Indecopi establecido en diversa jurisprudencia respecto de los servicios de prestaciones de atención en salud brindadas por Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPRESS públicas la normativa sobre protección al consumidor no les alcanza, se considera que ésta es una interpretación sesgada de la norma, pues debe considerarse que las normas de consumo alcanza a servicios que se ofrecen en el mercado a cambio de una retribución y que esto no ocurre en los servicios asistenciales brindados por entidades públicas, y que en estos casos la actividad es requerida con fines sociales que tiene por finalidad equilibrar diferencias sociales alcanzando salud a la población más necesitada, y que en algunos casos se dan a cambio de una subvención, siendo esto en realidad una obligación del Estado como un prestador de servicios en situaciones donde el usuario no tiene ninguna posibilidad de elección.</p> <p>El Tribunal de Susalud considera que sostener que para los servicios asistenciales no cabe la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, es desconocer que el Estado puede ser proveedor y que por lo tanto puede entablarse con él una relación de consumo. Esto constituye una disparidad de tratamiento sin explicación entre el Estado y los centros sanitarios privados en una situación donde se presenta igualdad de condiciones.</p> <p>A su vez, considera que el hecho de contar con subvención no es argumento válido para que se sustraiga al Estado respecto a la aplicación de las normas de defensa del consumidor, por lo tanto, ésta exclusión es injustificada. El Estado tiene la categoría de proveedor; toda vez que a efectos de determinar si el Estado califica como proveedor hay que determinar si está ejerciendo (o no) su <i>iusimperium</i>, caso contrario, actúa como cualquier agente del mercado y no debe tener privilegio alguno. (Revisar acuerdo de sala completo en Anexo 3)</p>	

Análisis:

El análisis se centra en determinar los puntos de discusión fundamental que se tendrá que revisar en la triangulación de métodos, dentro de esto destacamos que el criterio de Susalud materia de análisis, difiere de una posición que durante años ha tomado Indecopi dando una interpretación amplia de proveedor, ya que incluye en ésta a entidades públicas que brindan servicios públicos, equiparando esta prestación de servicio al brindado por entidades privadas, dando preponderancia al principio de igualdad entre entidades públicas y privadas.

A su vez, considera que no debe excluirse de las relaciones de consumo las relaciones en las que el Estado otorga subvenciones, pues se trata de un proveedor de servicio al no estar realizando una posición de iusimperium.

En el análisis de este caso no puede estar ajeno al principio de igualdad, ya que se ha calificado como disparidad de tratamiento en situaciones de igualdad, por lo cual es necesario determinar claramente si en este caso existe igualdad entre la prestación de salud que brinda una entidad pública y una privada. No cabe duda de que existen notorias diferencias, como el interés que persiguen ya que en el primer caso es el cumplir con brindar un servicio público básico a la población y en el segundo, es el interés de lucro de la entidad que brinda el mismo servicio, sin embargo, es necesario examinar si esta diferencia evidente es suficiente. A su vez debe revisarse el rol que desempeña el Estado al brindar el servicio público de salud y determinar si realmente es un proveedor de servicio en una relación de consumo, para lo cual deberá definirse los elementos esenciales que configuran las relaciones de consumo y en que escenarios se producen éstas. Si realmente la circunstancia de que el Estado no ejerza una posición de iusimperium lo posiciona en igualdad de condiciones con el privado.

Tema: Protección de consumo a usuarios de servicios públicos	
Tipo de documento: Resolución del Tribunal	Entidad que lo emite: Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
Resolución N° 1818-2006—TDC/INDECOPI Exp. 1504-2005/CP	Fecha: 15 noviembre 2006
Autoridades que lo suscriben: Juan Francisco Rojas Leo, Julio Baltazar Durand Carrión, Sergio Alejandro León Martínez, José Alberto Oscátegui Arteta, Luis Bruno Seminario de Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.	
Contenido relevante: Indecopi comienza sus fundamentos teniendo en consideración que cuando se trata de aplicación de sanciones, la interpretación normativa debe ser restringida ya que toda sanción conlleva la imposición de un desmedro impuesto por el Estado a un administrado. El código de defensa al consumidor es una Ley que regula operaciones de consumo. Estas relaciones son muestras de la presencia de proveedores y consumidores en el mercado que intercambian bienes y servicios por	

retribuciones pecuniarias, por lo tanto, se considera que esta normativa se aplique a relaciones que no se den en el mercado, por lo que considera que no debe tener implicancia en la prestación de servicios públicos que tienen carácter asistencial por parte del Estado.

Toma en cuenta que los servicios públicos se pueden dar de dos formas: los servicios que tienen contenido económico en los que quien otorga el servicio obtiene ganancias económicas y los servicios cuyo contenido son únicamente asistenciales en que las actividades se realizan con objetivos sociales, teniendo como finalidad generar un equilibrio ante las reales diferencias existentes.

Estos servicios asistenciales los brinda el Estado generalmente a la población con menos recursos económicos a través de los servicios de salud, educación, transporte, lógicamente sin fines de lucro.

Asimismo, refiere como argumento el tema relacionado con la función de la sanción, considerando que ésta es desincentivar conductas, buscando que los administrados piensen antes de incurrir en conductas contrarias a la normativa, por lo que considera que al sancionarse a entidades del Estado no se logra esa finalidad ya que resulta el Estado sancionándose a sí mismo.

Basado en estos considerandos el Tribunal de Indecopi considera que la Ley de Defensa al Consumidor debe aplicarse únicamente a actividades que se desarrollen en el derecho privado; por su parte, las actividades donde la regulación estatal sea exorbitante y se trate de actividades calificadas como servicios públicos asistenciales, no debe aplicarse las normas de consumo sino únicamente las normas propias de su ámbito. (Revisar Resolución completa en anexo 4)

Análisis:

La posición de Indecopi es no aplicar el código del consumidor para entidades de salud públicas, este razonamiento se fundamenta en la interpretación restrictiva por tratarse de procedimientos sancionadores, a su vez considera que las entidades públicas que brindan prestaciones de salud no generan una relación de consumo, ya que éstas no se desenvuelven en el mercado, caracterizado por que sus relaciones se desarrollan dentro de la oferta y la demanda. Resalta que las prestaciones de salud brindadas en establecimientos públicos de salud no encuadran dentro de relaciones de consumo sino en el cumplimiento de obligaciones del Estado en la prestación de servicios públicos básicos y propios del Estado, es indispensable al igual que en el criterio anterior que se determine claramente cuando estamos ante una relación de consumo.

Otro argumento que se debe tener en cuenta es la finalidad de la sanción que es lograda en el caso de procedimientos sancionadores mediante la imposición de multas a las entidades públicas que prestan servicios de salud a la población. En este punto es necesario analizar la naturaleza jurídica de las sanciones y también de las normas de salud, para ver donde se materializa su aplicación, esto resulta fundamental para efectuar el análisis del principio de igualdad.

Tema: Igualdad	
Tipo de documento: Sentencia de	Entidad que lo emite: Tribunal

Pleno Jurisdiccional del TC	Constitucional
Exp. N.º 00027-2006-PI	Fecha: noviembre de 2007
Autoridades que lo suscriben: Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda	
<p>Contenido relevante:</p> <p>El tribunal constitucional manifiesta claramente que no siempre la desigualdad constituye una discriminación pues, las diferencia por si solas no están prohibidas sino cuando éstas vulneran la igualdad y la situación sólo se da cuando el trato desigual carece de justificación objetiva y razonable. En ese sentido el principio de igualdad no excluye todo trato desigual; por cuanto éste último será aceptado cuando la diferencia establecida se sustente en bases objetivas y razonables.</p> <p>“Se considera que el principio de igualdad constituye el enunciado de un contenido material objetivo, que siendo componente axiológico se expande como principio de todo el ordenamiento jurídico y a su vez como derecho fundamental, es en sí un derecho subjetivo y por lo tanto la persona es titular de ese derecho que puede exigirlo y oponerlo a un destinatario. Es decir, la igualdad tiene dos facetas, una como principio inspirador de normas, criterios de interpretación e incluso con en su rol integrador del derecho, pero a su vez es un derecho subjetivo que genera titularidad a un sujeto de derecho para que pueda exigir su cumplimiento en su favor.</p> <p>Debido a la importancia que inspira, este principio ha sido comprendido en diversos instrumentos normativos internacionales, en este tratamiento existen diversos matices y formas, en todo el derecho internacional y comparado coincidiendo en regular la prohibición de la discriminación por razones subjetivas.</p> <p>El Tribunal Constitucional ha instaurado el uso del Test de Igualdad considerándolo como un instrumento de guía metodológica que permite definir si un trato es contrario al principio de igualdad siendo por lo tanto discriminatorio, este test revisa los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; examinando los tres sub principios siguientes: primer subprincipio, de idoneidad o adecuación; segundo subprincipio, de necesidad; y tercer subprincipio de proporcionalidad en stricto sensu.</p> <p>Estos criterios han sido utilizados como parte del test de igualdad en sentencias del Tribunal Constitucional, al evaluar si una situación era o no discriminatoria, así tenemos por ejemplo las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI, en las cuales se puede observar la aplicación metodológica de este test de igualdad.</p> <p>El tribunal respecto a la intensidad de la intervención en la igualdad, señala que es una intervención de intensidad leve, pues al legislarse se ha introducido un trato diferenciado en virtud de la posibilidad que prevé el artículo 103º de la Constitución, de legislar de manera excepcional y especial cuando ésta se justifica razonablemente en la naturaleza de las cosas, estableciéndose a su vez que no es posible dar regulaciones normativas basadas en cuestiones infundadas o arbitrarias. Si el trato diferenciado no está sustentado en los motivos que la Carta Magna prohíbe como son, diferenciar por origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, etc., daría lugar a un examen de intensidad fuerte. En este caso de análisis, el Tribunal advierte que el</p>	

propósito de la diferenciada intervención normativa es la naturaleza de las cosas, como es, la especialidad del mercado de trabajo en el sector agrario, que tiene características sui generis como temporalidad, aleatoriedad, movilidad, estacionalidad, informalidad y dificultad en el acceso al empleo. Con relación a la determinación del término de comparación, el Tribunal considera que la regulación (...) no son comparables stricto sensu, sino que más bien, y tal como ha quedado evidenciado a lo largo de esta sentencia, presentan diferencias sustanciales que permiten tratamientos legislativos distintos por causas objetivas y justificadas, no habiéndose producido contravención del principio-derecho a la Igualdad.

Análisis:

De estas sentencias se destaca el concepto del principio de igualdad y cuando este es vulnerado, ya que esto se da cuando el trato desigual no tiene justificación; contrariamente a esto queda claramente establecido por el Tribunal Constitucional que no todo trato desigual es discriminación, por cuanto, dar un trato diferenciado cuando las situaciones son objetivas y razonablemente diferentes es justificado. Se resalta el rol del principio de igualdad como derecho fundamental subjetivo y como instrumento de base para la regulación, siendo válidamente reconocido que no se quiebra el principio de igualdad al producirse tratamientos legislativos distintos ante diferencias sustanciales es más, debe tenerse presente que el tratamiento diferenciado en determinadas circunstancias donde existe desigualdad, son plenamente justificadas en búsqueda de generar igualdad de oportunidades o equiparar las diferencias reales en el logro de una real igualdad.

Se debe tener presente que el tribunal ha instaurado el uso de un instrumento metodológico que permite revisar una determinada situación de hecho (acción u omisión) o una norma para determinar si está acorde al principio de igualdad o si por el contrario resulta siendo discriminatoria, esta herramienta (test de igualdad) comprende el análisis de tres subprincipios. En primer lugar debe identificarse en qué basa o que defiende el trato diferenciado en cuestión y si este es legalmente protegido, luego deberá establecerse si la diferenciación que se analiza está dirigida al fin que se busca, es decir si resulta el medio idóneo para el fin que se persigue; en segundo lugar se analiza la necesidad de ver si realmente este es el mecanismo menos gravosos para alcanzar el fin, lo que implica revisar si existen otros medios que podrían lograr el mismo fin y por último, se pasa a analizar si la diferencia que se aplica es proporcional al bien o derecho que se protege; como vemos todo esto se desarrolla en un análisis que justifique la discriminación positiva vale decir, aquella diferenciación que se hace para lograr equidad ante una realidad que muestra diferencias reales que resultan injustas.

Tema: Relación de consumo	
Tipo de documento: Sentencia	Entidad que lo emite: Tribunal Constitucional
Exp. N.º 3315-2004-AA/TC	Fecha: 16 enero 2005
Autoridades que lo suscriben: Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales	

Ojeda, García Toma.

Contenido relevante:

El consumo resulta siendo el conjunto de procedimientos socioculturales mediante los cuales se produce el goce, la disposición y el uso no gratuito sino oneroso de productos y servicios que se ofertan en mercado para cubrir necesidades de los consumidores; siendo así, el consumo se verifica en la fase final del proceso productivo, ya que sólo en esta fase es donde lo producido y ofertado en el mercado logra satisfacer las necesidades sociales a las que está dirigido.

Por ello se entiende que, el consumidor es aquel que se ubica al final de toda la cadena de la actividad productiva; en otras palabras es aquel en quién finaliza el círculo económico y quién logra satisfacer sus necesidades, ya que logra bienestar con el uso de los productos y servicios que se ofertan en el mercado, el consumidor puede ser una persona natural o jurídica que en virtud de un acto contrato oneroso adquiere y luego usa determinados productos o servicios que son ofertados en el mercado.

Es indispensable que para que exista un consumidor se produzca una relación comercial y jurídica entre el consumidor y el proveedor, esto independientemente de que alguno de ellos sea una persona natural o jurídica y que última sea persona jurídica de derecho público o privado.

Es decir que ser considerado consumidor o usuario no es aplicable a cualquier persona o entidad, sino debe tratarse de agentes proveedores en un contexto de relaciones jurídicas que se desarrollan en un mercado, esto significa relaciones entre oferta y demanda de bienes o servicios, encontrándose estas relaciones reguladas por el Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento y actuar de las partes integrantes de dichas relaciones.

Análisis:

En esta sentencia el Tribunal Constitucional determina que el consumo se realiza dentro de relaciones que se producen dentro del mercado, donde existe una oferta de productos o servicios y una elección de estos para cubrir necesidades de los consumidores. Queda claro que el consumidor puede ser personas naturales o jurídicas que adquieren en forma onerosa productos o servicios ofrecidos en el mercado.

Salta la naturaleza jurídica de esta relación que se enmarca dentro del mercado ya que nace en defensa de consumidores que necesitan herramientas legales que los protejan ante la evidente disparidad que existe entre ellos y los proveedores al realizarse las transacciones de mercado, es decir se trata de un derecho que genera protección ante la existencia de una desigualdad en el mercado, donde el Estado interviene como regulador de la actuación de los agentes proveedores y el correcto funcionamiento de esas relaciones comerciales.

El tribunal ha reconocido que el Estado puede ser proveedor, pero a su vez enmarca que este surge en relaciones jurídicas generadas por el mercado.

3.2 Análisis de la doctrina

Categoría: Consumidor		
Autor	Descripción	Análisis de la doctrina
Carranza (2017) p. 92	<p>La tutela del consumidor se convierte en piedra angular del régimen de economía social de mercado asumido por el país; en el objetivo que colorea la actuación del Estado en todos sus niveles, sea a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, administración pública y organismos reguladores. El imperativo que se irradia a los distintos ámbitos donde el consumidor suele interactuar con el proveedor de bienes y servicios e incluso como pauta de interpretación de la legislación.</p> <p>El Código de Protección y Defensa del Consumidor ha instaurado como 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 el régimen de economía social de mercado referidos; y de la mano del reconocimiento de su vulnerabilidad. Como ha precisado un sector importante de la doctrina nacional «se produce en masa, se comercializa en masa, se contrata en masa y, eventualmente, se daña en masa; y en esa lógica, en esa</p>	<p>Este autor reconoce que el derecho de consumidor surge como respuesta a las acciones que se desarrollan en una economía social de mercado, es un derecho que surge dando un rol interventor al Estado, estableciendo normas que protejan al consumidor que interactúa y negocia con proveedores en condiciones desiguales. El consumidor tiene una posición de vulnerabilidad porque se le recorta los elementos indispensables para que las partes desarrollen una negociación en igualdad de condiciones como si ocurre en las relaciones civiles.</p> <p>En ese sentido se ve claramente cuál es el rol de esta legislación, que surge como respuesta a situaciones de disparidad promulgando legislación proteccionista en favor de la parte débil de la relación en nuestra economía social de mercado establecida constitucionalmente.</p> <p>Es una herramienta de intervención del Estado en relaciones propias de una economía social de mercado que justifica esa regulación proteccionista dentro del mercado. Se reconoce la desigualdad de posiciones entre los ofertantes y los consumidores, donde existe desventaja por desinformación y una casi nula</p>

	cadena o dinámica, el consumidor no solo tiene un déficit de información, (...), sino también un déficit de negociación y de contratación»,	capacidad de negociación.
Categoría: Principio de igualdad		
Autor	Descripción	Análisis de la doctrina
Huerta (2015) p. 314	<p>No todo trato diferenciado implica una discriminación. Para que ese trato diferenciado no sea discriminatorio, debe analizarse si el mismo se encuentra justificado. El trato diferenciado debe llevarse a cabo respecto a personas que se encuentran en situación de desigualdad. El trato diferenciado debe sustentarse en un objetivo legítimo (principio de razonabilidad). Esto significa que la diferenciación debe basarse en causas o motivos objetivos y razonables. Estas causas o motivos pueden ser de diferente índole, no necesariamente relacionados con la necesidad de garantizar algún valor constitucional, sino orientados a enfrentar una situación de desigualdad. El trato diferenciado debe guardar una relación con el objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de racionalidad). El trato diferenciado debe aplicarse o llevarse a cabo en forma proporcional al objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de proporcionalidad). Por lo tanto, si un trato</p>	<p>Esto significa que la diferenciación debe basarse en causas o motivos objetivos y razonables. Estas causas o motivos pueden ser de diferente índole, no necesariamente relacionados con la necesidad de garantizar algún valor constitucional, sino orientados a enfrentar una situación de desigualdad. Por lo tanto, si un trato diferenciado no reúne estas características estaremos ante una situación de discriminación, contraria al derecho a la igualdad. El trato diferente debe tener un objetivo legítimo, es decir la razón de esta diferencia debe ser buscar el cubrir desventajas o inequidades que existan, lo cual justifica razonablemente que se produzca el trato diferenciado. A su vez implica que ese trato repercuta directamente en aquello que se pretende nivelar, es decir no basta que exista el motivo que lo justifica, sino a su vez es necesario que el trato diferente este directamente relacionado con equilibrar ese desnivel o desigualdad. Por último, debe ser proporcional es decir que el beneficio de alcanzar igualdad sea mayor que el de generar la diferencia.</p>

	diferenciado no reúne estas características estaremos ante una situación de discriminación, atentatoria del derecho a la igualdad.	
--	--	--

Categoría: Sanción Administrativa		
Autor	Descripción	Análisis de la doctrina
Rebollo (2001) p. 156	<p>Las sanciones administrativas son útiles como sistema de respaldo o tutela del ordenamiento (en especial en el ámbito administrativo) pues sirven para prevenir infracciones futuras y así de manera indirecta, proteger los intereses públicos confiados a la Administración.</p> <p>Existen dos vertientes, la individual o especial, tratando que el sancionado no vuelva a cometer infracciones (mediante la intimidación individual la corrección o la inocuización) y, la vertiente de la prevención general, respecto a toda la colectividad (prevención intimidatoria –amenaza o coacción psicológica– y prevención integradora que crea una actitud de respeto al Derecho)</p>	<p>La doctrina reconoce que las sanciones no son simples castigos sin sentido, finalidad primordial de la sanción administrativa es desincentivar las conductas contrarias al orden legal, es decir generar coerción en los sujetos para que estos cumplan la norma legal.</p> <p>La corriente individual ve la finalidad de la norma desde el punto de vista de desincentivar a la persona natural o jurídica que comete la infracción, y la visión de previsión general que asume que el imponer sanciones administrativas cumple un rol disuasivo para la sociedad en general, ya que al imponer sanciones estas sirven de ejemplo para que otros ciudadanos acaten la norma, efectuando un rol preventivo ya que será el mecanismo para impedir que se generalice el incumplimiento de la norma, velando por el orden público.</p>

3.4 Análisis de opinión de expertos

3.4.1. Análisis de Opinión de Experto en Derecho Constitucional

Entrevistado: Dr. Abraham García Chávarri Experto en Derecho Constitucional
--

<p>Asesor de la Corte Suprema, jefe de gabinete de Asesores del MINJUS, Docente Derecho Constitucional de la PUCP</p>
<p>Pregunta 01: Buenas tardes Dr. García Chávarri, usted que ya conoce las discrepancias de criterios que existen entre los tribunales de la Corte y el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Defensa de la Susalud e Indecopi respecto a la aplicación del Código de Protección al Consumidor en procedimientos sancionadores, como constitucionalista ¿Cuál es su opinión desde la perspectiva del principio de igualdad ante estas discrepancias?</p>
<p>Respuesta 01:</p> <p>Teniendo en cuenta primero que el derecho a la igualdad es un derecho que tiene diferentes dimensiones, hay una igualdad en un sentido formal y una igualdad en el sentido material, referente al caso quizá habría que ver en función del criterio de igualdad que apliquemos. Si aplicamos el criterio formal de igualdad, según la cual todos los ciudadanos, todos los seres humanos tienen que ser tratados igual, es decir debe haber una igualdad de trato, esta igualdad de trato reconoce a su vez que existan situaciones especiales para tratamientos diferentes y ahí de acuerdo con la teoría, no todo trato diferente es lesivo al derecho de igualdad. El derecho a la igualdad se lesiona frente a un trato diferente no justificado y ahí operaría una discriminación, un trato diferente no es un trato discriminatorio si es justificado. Aplicando ese criterio material al caso y a las posiciones, en lo referente a las posturas, estaría de acuerdo a la posición de Indecopi, en el sentido que si es una entidad pública no se aplica el código de consumo y si es una entidad privada si se aplica y la justificación estaría en función a la condición de público o privado de la entidad.</p>
<p>Análisis:</p> <p>Para el experto en derecho Constitucional el principio de igualdad tolera que se dé un trato diferente ante situaciones especiales, siempre y cuando este trato especial esté justificado y guarde relación con generar situaciones de equidad donde la realidad no genera condiciones de igualdad natural. A su vez, se considera como discriminación aquel trato diferenciado que no encuentra justificación. De esto se desprende claramente que el trato diferente no siempre es discriminación, sino esta última categoría va depender fundamentalmente de la existencia de justificación o no para su existencia.</p> <p>A su vez enfoca el tema de los centros de atención de salud considerando que existen diferencias naturales entre públicos y privados y esto amerita que el trato normativo que se dé a estas entidades no necesariamente sea el mismo.</p>
<p>Pregunta 02: ¿Considera usted que el trato diferente en este caso está justificado?</p>
<p>Respuestas</p> <p>Lo que básicamente se sostiene es que el Estado no ofrece una relación de consumo sino, ofrece un servicio público y en tanto ofrece un servicio público no está sujeto a estas relaciones de consumo, porque lo que tiene el Estado son obligaciones de satisfacer los servicios públicos. Ahí también hay otro elemento, las personas, los ciudadanos que son usuarios de estos servicios</p>

lo hacen también en aplicación del principio de subsidiaridad porque se entiende que no cuentan con recursos para acceder a un servicio público elaborado o desarrollado por privados, parte de esa presunción entonces no hay una suerte de elección. En un sentido de consumidor usuario, yo tengo una capacidad de elección, producto de que soy un consumidor razonable y escojo cual es la opción mejor; de ahí que hay una lesión a la simetría informativa si no se me da esta información. Pero si yo soy usuario de una entidad pública como un hospital público, no se me da la opción de escoger, es más, yo me tengo que atender en una posta que es más cercana a mi localidad, lo hago porque es más cercana y no porque es la que me guste o porque ahí la atención es más esmerada que en otra posta, sino porque no tengo condiciones para ir a otra entidad o a otro lugar, entonces es la que me corresponde. Igual en el caso de los hospitales, si yo no estoy en condiciones económica suficientes para acudir a un servicio médico privado y no escojo sino voy al hospital que me corresponde, que será el próximo dentro de mi localidad, entonces si yo no tengo capacidad de elección, porque estoy siendo un usuario del servicio que me presta el Estado, creo que ahí las reglas de consumidor usuario no serían aplicables, porque no tengo la capacidad de elección como si la tengo si acudo a un servicio privado, a una clínica A o una clínica B. Las relaciones de consumo o las relaciones de consumo-usuario se dan en una posibilidad de elección, en este caso de atención pública no hay esa posibilidad.

Si no hay esa posibilidad yo entendería que hay una justificación razonable en el sentido de un trato diferente que excluya a hospitales o centros de salud públicos del código del consumidor.

La justificación para el trato diferente está en que frente a este proveedor de servicios yo no estoy en capacidad de elección, tanto yo no sería un consumidor razonable porque no tengo opciones a evaluar porque sencillamente yo tengo un servicio al cual me voy a adscribir.

Análisis:

El entrevistado considera que el Estado al prestar servicios de salud a través de hospitales y centros de salud no genera relaciones de consumo, pues lo que hace es cumplir con subsidiar la prestación de un servicio público básico, por cuanto éste está dirigido a aquella población que no alcanza a pagar un servicio de salud privado; destaca el hecho de que el usuario del servicio público no realiza una elección del proveedor, por lo que no está ejerciendo un rol de consumidor razonable, que a través de la información que recibe toma la decisión de qué centro de salud lo atiende, sino recurre al centro de salud público más cercano o que le corresponde y recibe la atención de salud que necesita y no puede recibirla donde un privado por falta de recursos.

El entrevistado considera que el trato diferenciado entre las entidades prestadoras de servicios de salud públicas y privadas está plenamente justificado, ya que en el caso de las entidades públicas se brinda un servicio público que no se enmarca en una relación de consumo, considerando a su vez que en una relación de consumo la capacidad de elección del consumidor es esencial, ya que esto repercute en la actitud del consumidor, que puede ser o no diligente al realizar las acciones necesarias para la toma las decisiones, es justo en este punto donde cobra importancia la asimetría informativa, ya que la información que tengan el usuario será determinante

<p>para la elección del proveedor servicio de salud.</p> <p>Es decir, en el caso de los establecimientos públicos de salud la asimetría informativa no cobra importancia vital para aplicar normas de consumo ya que no define la selección que debiera realizar el consumidor en una relación de consumo.</p> <p>A su vez, al no tener posibilidad de elección desaparece los factores esenciales del mercado que son la elección dentro de negociaciones entre ofertas y demandas y en ese contexto no corresponde aplicarse las normas de consumidor y existe una razón justificada para no aplicar las normas de consumo a las entidades públicas.</p> <p>Debido a esto se considera que no es aplicable las normas de defensa del consumidor a la prestación de servicios de salud pública.</p>
<p>Pregunta 03: Cree usted que ¿el contenido económico es fundamental para determinar la posición de proveedor?</p>
<p>Respuestas</p> <p>Creo que en una relación de consumidor si hay por parte de la entidad privada que presta el servicio, evidentemente tiene una finalidad lucrativa. La finalidad del Estado cuando brinda un servicio de salud o educativo no tiene una finalidad lucrativa sino de cumplimiento de su tarea, en una lógica subsidiaria también no, porque ofrece un servicio ante la ausencia de o la posibilidad de los ciudadanos de acceder a otras vías. Yo lo vería así, de acuerdo con el principio de subsidiaridad el Estado ofrece los servicios que los privados no están en capacidad de ofrecer o asumir. El privado que está en condiciones puede optar por ir a la vía privada o a la vía pública, pero la persona que no está en condiciones económicas de poder asumir una educación privada o un sistema de salud privada más bien va reclamar que el Estado provea ese servicio porque no tiene ahí una elección que hacer como lo haría un consumidor razonable. Creo que las categorías de consumo no resultaran aplicables en un escenario público cuando se está buscando hacer un servicio sin finalidad lucrativa, diferente de un escenario privado donde ofrece un servicio público regulado, pero con una finalidad lucrativa.</p> <p>Por otro lado, eso no significa que se quiera excluir de la responsabilidad de una mala praxis por parte del servicio médico. Me parece que los criterios de consumo, consumidor y la asimetría informativa no son aplicables a una entidad pública. La tarea del Estado es ofrecer un buen servicio, al mal servicio se aplicará las medidas de corrección administrativa, pero no dentro de una lógica de consumidor. Creo que son no aplicables al sector público las multas.</p>
<p>Análisis:</p> <p>Se tiene en cuenta que la finalidad que buscan las entidades públicas es muy diferente a la de las entidades privadas, el Estado cumple su rol subsidiario de atender necesidades básicas en las condiciones y sectores que el sector privado no logra hacerlo, por eso este servicio no se desenvuelve en el mercado y el usuario de servicio de salud pública casi no tiene posibilidades de elección de centro al que acudirá.</p> <p>Se desprende que el elemento económico es importante pero no determinante, porque lo que más resalta es el tema de selección que hace el consumidor, pero esta se da dentro de un contexto de mercado en el cual</p>

existe finalidad de lucro, más la posibilidad de escoger que ejerce un usuario de servicio público en la mayoría de casos es nula.

Hay que tener en cuenta que el entrevistado resalta que el no aplicar las normas de consumo a entidades del estado cuando brinda servicios públicos no significa que el Estado no debe asumir responsabilidades por mala praxis médica, que debe resolverse por los mecanismos propios de la administración pública y no la de defensa del consumidor.

3.4.2. Análisis de Opinión de los expertos en Derecho de Defensa del Consumidor y en Derecho Administrativo

	Karolina Kriete Urruchi Experto en Defensa del Consumidor.	Arturo Cuba Torres Experto en Derecho Administrativo
Pregunta 01: Cuál considera es el fundamento de las normas de consumidor?	<p>El fundamento de las normas de protección especial a los consumidores es la situación real y concreta de asimetría de información del consumidor respecto del proveedor en relación al servicio o bien comercializado en el mercado.</p> <p>El acto de consumo como tal tiene ciertos elementos básicos cual es la entrega de un producto o servicio a cambio de una contraprestación económica. Sin embargo, considero que este carácter patrimonial no es el fundamento de las normas de protección al consumidor, es su condición de desventaja informativa respecto del producto o servicio que recibe del mercado a través de un proveedor lo que hace u obliga al Estado a protegerlo a través de normas que hagan que esa situación de desventaja informativa, natural en cada acto de consumo, sea cada vez menor.</p>	<p>Proteger los derechos de los consumidores, a efecto que reciban los productos y servicios idóneos, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten a intereses legítimos.</p>
<p>Análisis: Las opiniones de los expertos coinciden en que el fundamento del derecho del consumidor es la protección de derecho ante una situación de desventaja debido a la asimetría informativa, es decir que se trata de una rama especial cuyo objetivo es tuitivo ante una situación donde no existe equidad entre las partes sino de asimetría sobre la información del producto que resulta</p>		

<p>esencial en la adquisición de los bienes y servicios. A su vez esta relación está enmarcada en el mercado donde se produce la oferta y demanda de los bienes y servicios y estas normas buscan que estos sean provistos con idoneidad, sin embargo, en la opinión de uno de los expertos la contraprestación de carácter económico no es fundamento indispensable para que sea considerado derecho de consumidor sino lo esencial es la existencia de desventaja informativa para el consumidor. Es decir, el sentido tuitivo del derecho de consumidor es relevante y este se da ante situaciones de desventaja, por lo tanto, es posible enmarcar su ámbito de aplicación de situaciones donde la asimetría informativa está presente y de no darse esta protección legal puede afectarse derechos incluso fundamentales de los consumidores.</p>		
	Karolina Kriete Urruchi Experto en Defensa del Consumidor.	Arturo Cuba Torres Experto en Derecho Administrativo
Pregunta 02: Usted considera que existen diferencias entre las entidades prestadoras de salud públicas y privadas en las relaciones con los usuarios de sus servicios?	Considero que en la práctica si existen diferencias en las relaciones con los usuarios, en la forma de atención al usuario de las EPS Públicas respecto de las privadas. Es innegable que las entidades privadas tienen como incentivo el ofrecer un mejor trato al usuario con el fin de ganar preferencia y por ende incrementar sus ingresos económicos; Mientras que las públicas carecen de este incentivo ya que traten bien o mal al usuario, a este no le queda otra alternativa que seguir ateniéndose en dicha entidad a pesar que no reciba un buen trato o un buen servicio.	Existen diferencias que no están relacionadas al servicio en sí que prestan, sino a la motivación por el cual brinda dicho servicio y a la mejora en la calidad del servicio que brindan. Por un lado, las entidades prestadoras de salud privadas, cuyo fin principal es el lucro, compiten en el mercado entre ellas para la receptación del mayor número de consumidores, ello significa que el servicio brindado será renovado y mejorado de acuerdo a los requerimientos que el propio mercado establezca. Por otro lado, las entidades prestadoras de salud públicas, encuentran su fundamento en la necesidad del Estado de brindar este tipo de atención a los consumidores que no se encuentren en la capacidad de asumir los costos de una institución privada. El mismo que por ende se encuentra subvencionado y la mejora de estos va de acuerdo a la política del Estado.
Análisis:		

<p>Se reconoce que existe diferencias entre las entidades públicas y privadas que prestan servicios de salud, ya que el servicio que brinda es el mismo pero la motivación de ambas es diferente, mientras en la privada es el lucro a su vez estas tienen el incentivo de brindar un buen servicio ya que están inmersas en la competencia del mercado. Por su parte las entidades públicas lo que buscan es brindar un servicio público dirigido mayormente a la población de bajos recursos, asegurando su derecho a la salud a través de atenciones a bajo costo. No tiene fin lucrativo y los usuarios constituyen público cautivo, por lo tanto, estas entidades no están en competencia dentro del mercado y la calidad de su servicio está relacionada con el presupuesto público que le es asignado, siendo esta una decisión de gestión pública de los gobiernos.</p>		
	<p>Karolina Kriete Urruchi Experto en Defensa del Consumidor.</p>	<p>Arturo Cuba Torres Experto en Derecho Administrativo</p>
<p>Pregunta 03: Estas diferencias justifican un trato diferenciado en la normatividad de consumo?</p>	<p>No debería significar un trato diferenciado en la normatividad de consumo, pues los usuarios de las EPS públicas son tan iguales en dignidad que los usuarios de EPS privadas. El trato diferenciado debe sustentarse en actos objetivos, concretos que no mellen la dignidad del usuario, de lo contrario estaríamos ante una discriminación y ello no es aceptado por la Constitución Política y por el propio CPDC. Aparentemente el trato diferenciado se basaría en la falta de contraprestación económica del usuario del servicio público, lo cual no es tan real ya que el servicio en alguna medida si es cuantificado y asumido por el propio Estado a través de subvenciones u otros mecanismos, sin embargo, este hecho de naturaleza netamente económica no puede ser aceptado como justificación para un trato diferenciado ya que es contrario a la propia Constitución Política. Sin embargo, las normas de Defensa del Consumidor referidas a servicios públicos se orientan a dejar de lado a los consumidores o usuarios del Estado, no</p>	<p>Considero que deberían establecerse, que significa una relación de consumo y si dentro de esta, se debe considerar a las personas que acceden a un servicio que está siendo subsidiado por el Estado o si están dentro de esta las personas que por son atendidas por Essalud de forma obligatoria, pues como es sabido, la atención en dichas IPRESS, no son de libre elección de los consumidores</p>

	<p>encontrando una justificación valedera o realmente sustentada sino es simplemente el hecho que la inexistencia de la contraprestación económica los excluye. Es por ello que las nuevas tendencias en el mundo respecto de las normas de defensa del consumidor ya se evalúan a ser extendidas al ciudadano y no circunscribirlas sólo al consumidor, y con ello acabar con ese trato diferenciado existente.</p>	
<p>Análisis: En esta pregunta no existe conceso entre los entrevistados por un lado el especialista en derecho administrativo refiere que es necesario previamente determinar si los servicios subsidiados por el Estado y aquellos donde no hay libertad de elección del consumidor deben estar considerados como relaciones de consumo y por su parte la experta en Defensa del consumidor considera que dar trato diferente a los usuarios de entidades públicas y privadas resulta siendo discriminatorio ya que ambos gozan de la protección a su dignidad y que esta diferenciación sólo se basa en la existencia o no de una contraprestación económica. Asimismo, existe una referencia a nuevas tendencias internacionales que amplía los derechos de defensa del consumidor no únicamente a consumidores sino a todos los ciudadanos que vean afectados sus derechos fundamentales la recibir servicios, se entiende que en este caso no se hace distinción de la entidad que brinda el servicio y la protección está enfocada a la calidad del servicio que se recibe. Esta parte es crucial dentro de nuestra investigación porque se desprende una de las categorías claves que es la de “Relación de Consumo” y viene siendo relacionada con el pago de contraprestación económica, a su vez, se relaciona el ámbito de aplicación de derechos de defensa de consumidor a derechos fundamentales como la dignidad del usuario consumidor del producto o servicio. Queda claro entonces que va depender mucho de cómo se defina la categoría de consumidor y el ámbito del derecho de consumo lo que define la solución del problema de investigación planteado.</p>		

	<p>Karolina Kriete Urruchi Experto en Defensa del Consumidor.</p>	<p>Arturo Cuba Torres Experto en Derecho Administrativo</p>
<p>Pregunta 04: ¿Considerando que una de las finalidades de la sanción es desincentivar la conducta del infractor,</p>	<p>Yo pienso que sí, hay un tránsito de una posición a otra que debe entenderse con el transcurrir del tiempo y en la medida en que se concientice a la sociedad en su conjunto que no hay justificación para que unos</p>	<p>Las sanciones impuestas para el Estado, no resulta de un incentivo negativo para el propio establecimiento, sino evidencia un inadecuado manejo del sector o un inadecuado manejo de las</p>

<p>considera usted que al sancionar a entidades públicas se logra esta finalidad?</p>	<p>consumidores sean tratados de una forma y otros de otra, la sociedad y los gobernantes deben entender que la dignidad del ser humano es una y que éste se debe plasmar en igualdad de condiciones.</p> <p>A la larga las sanciones aplicadas van a tener que dar lugar a normas que protejan al ciudadano y no sólo al consumidor.</p>	<p>personas que estuvieron a cargo del establecimiento.</p> <p>Si se produce por el primer supuesto, la imposición de una sanción al establecimiento, sólo va a afectar su presupuesto, el cual, ya está comprometido por el propio sector, por lo que el incentivo va a ser mínimo o nulo en muchos casos, pues a efectos de implementar mejoras requeridas se requiere justamente de un mayor presupuesto.</p> <p>De ocurrir el segundo supuesto, el incentivo no recaería sobre quien ocasionó la infracción, cargándose el estado con el pago de una multa de forma indirecta.</p>
---	---	--

Análisis:

De una parte, en estas respuestas se evidencia que la sanción al Estado no cumple su finalidad de desincentivar la conducta, sino que evidencia malos manejos de gestión y de recursos y que, a la larga afecta a la entidad en su presupuesto, sin que esto necesariamente corrija la conducta. A la vez se reconoce que debe existir un tránsito entre la postura actual que diferencia la atención en entidades públicas y las de entidades privadas y que esto no puede modificarse únicamente con cambios legislativos, sino con cambios de posiciones y finalidades con las que se emiten las normas.

Es decir, se entendería que la finalidad de las normas de consumidor deben ampliarse y enfocar más desde una perspectiva de defensa de derechos y no de una protección ante una desigualdad entre las partes de una relación, esto a su vez repercutiría en el ámbito de alcance de la normas, ya que su carácter de norma especial no sólo se enmarcaría en el mercado sino estaría centrada a la defensa de derecho de los usuarios de servicios, a su vez sigue siendo necesario analizar este aspecto junto al concepto de servicio público y la finalidad de estos.

	<p>Karolina Kriete Urruchi Experto en Defensa del Consumidor.</p>	<p>Arturo Cuba Torres Experto en Derecho Administrativo</p>
<p>Pregunta 05: Considerando que en</p>	<p>La doctrina nos señala que para que haya una relación de consumo debe existir</p>	<p>No creo que se generen relaciones de consumo, pues de tratarse de un</p>

<p>procedimientos sancionadores la interpretación es restrictiva cree usted ¿que las entidades prestadoras de salud pública generan relaciones de consumo con sus usuarios?</p>	<p>necesariamente una contraprestación económica y esta se daría solo si el Estado está solventando dicha atención médica, ya sea a través de subsidio o asumiéndola directamente. Las atenciones que ofrecen las EPS públicas tienen un costo que es asumido por el Estado en favor de los ciudadanos, entonces debe haber una relación de consumo atípica, pero relación de consumo al fin, por ello considero que sí se generan relaciones de consumo y por ende deben ser protegidas por las normas de Protección y Defensa del Consumidor.</p>	<p>servicio prestado por ESSALUD, no existe una contraprestación por parte del usuario a quien se le brinda el servicio, pues este es pagado por el empleador, siendo en caso de entidades públicas, el propio estado quien da dicho aporte.</p> <p>De igual modo, sucede con las instituciones públicas, cuyo pago por el servicio es subsidiado por el estado.</p>
<p>Análisis: En esta pregunta las posturas de los expertos son contradictorias ya que para uno de ellos si existe una relación de consumo porque la contraprestación existe lo que en un caso es asumida por el propio usuario y en el otro por el Estado a través del subsidio, por su parte la otra postura considera que no existe una relación de consumo ya que el usuario no es quien efectúa la contraprestación. En resumen, ambos consideran que el contenido económico de la relación es fundamental, con la diferencia de que para un caso ese costo es asumido por el usuario y en el otro por el Estado, lo diferente en las entidades públicas es que el contenido económico no tiene finalidad lucrativa sino de subsidio para atender un servicio público.</p>		

3.5 Análisis triangulando por categorías

Categoría: Normas de consumidor		
Jurisprudencia	Doctrina Jurídica	Entrevistas
<p>El consumo se realiza dentro de relaciones que se producen en el mercado, donde existe una oferta de productos o servicios y una elección de estos para cubrir necesidades de los consumidores. Queda claro que el</p>	<p>El derecho de consumidor surge como respuesta a las acciones que se desarrollan en una economía social de mercado, es un derecho que surge dando un rol interventor al Estado, estableciendo normas que protejan al consumidor que</p>	<p>Las normas de defensa de consumidor tienen sustento en razón que existe una situación real de asimetría de información que genera la necesidad de protección al consumidor a través de normas que minimicen este desequilibrio entre</p>

<p>consumidor puede ser persona natural o jurídica que adquiere en forma onerosa productos o servicios ofrecidos en el mercado.</p> <p>Salta la naturaleza jurídica de esta relación que se enmarca dentro del mercado ya que nace en defensa de consumidores que necesitan herramientas legales que los protejan ante la evidente disparidad que existe entre ellos y los proveedores al realizarse las transacciones de mercado, es decir se trata de un derecho que genera protección ante la existencia de una desigualdad en el mercado, donde el Estado interviene como regulador de la actuación de los agentes proveedores y el correcto funcionamiento de esas relaciones comerciales.</p> <p>El tribunal ha reconocido que el Estado puede ser proveedor, pero a su vez enmarca que este surge en relaciones jurídicas generadas por el mercado.</p>	<p>interactúa y negocia con proveedores en condiciones desiguales. El consumidor tiene una posición de vulnerabilidad porque se le recorta los elementos indispensables para que se desarrolle una negociación en igualdad de condiciones de las partes como lo que ocurre en las relaciones civiles.</p> <p>En ese sentido se ve claramente cuál es el rol de esta legislación, que surge como respuesta en situaciones de disparidad otorgando legislación proteccionista a la parte débil de la relación, dentro del contexto de relaciones comerciales dentro de un mercado que se desenvuelve en el marco de nuestra economía social de mercado.</p> <p>Se reconoce la desigualdad entre las posiciones entre los ofertantes y los consumidores, donde existe desventaja por desinformación y una casi nula capacidad de negociación, razón por la cual surge esas normas como herramienta de intervención del Estado en relaciones propias de una economía social de mercado.</p>	<p>proveedores y usuarios. Por su parte la mayoría de especialistas entrevistados consideran que el Estado al prestar servicios de salud a través de hospitales y centros de salud no genera relaciones de consumo, ya que lo que hace es cumplir con subsidiar la prestación de un servicio público básico, que este está dirigido a la población que no alcanza pagar un servicio de salud privado, destaca el hecho de que el usuario del servicio público no realiza una elección del proveedor, por lo que no está ejerciendo un rol de consumidor razonable, que a través de la información que recibe toma la decisión de qué centro de salud lo atiende. Al no tener posibilidad de elección desaparece los factores esenciales del mercado que son la elección dentro de negociaciones entre ofertas y demandas y en ese contexto no corresponde aplicarse las normas de consumidor.</p>
<p>Resultado de la Triangulación</p> <p>Al realizar la triangulación de los resultados de las diferentes fuentes de información respecto a la categoría de Normas de consumo, se puede apreciar que en todas resalta que estas normas se emiten como respuesta</p>		

para solucionar la desventaja en que se encuentra el consumidor; es decir, se trata de un mecanismo legal que protege a una parte que en las relaciones de mercado es vulnerable ante la posición preferente de quien oferta sus productos y servicios.

Existen varios elementos esenciales que determinan que se trata de legislación de consumo, en primer lugar, es una norma protectora de un grupo en desventaja y por otro que se enmarca dentro de las relaciones de mercado ya que se protege al consumidor que es la parte débil en estas relaciones de oferta y demanda en la que se ve afectado por falta de información técnica respecto al producto o servicio que oferta el proveedor. Se considera fundamental la posibilidad de elección como factor de las relaciones de consumo.

Como ambos sujetos de las relaciones comerciales no se encuentran en igualdad de circunstancias el Estado tiene que intervenir legislativamente para proteger al que está en inferioridad de condiciones y generar equidad, por lo tanto, no cabe duda que estas normas se dan como resultado de una discriminación positiva ejercida por el Estado.

Categoría: Principio de igualdad		
Jurisprudencia	Doctrina Jurídica	Entrevistas
<p>En estas sentencias se destaca el concepto cuando se vulnera igualdad, ya que esto se produce cuando el trato desigual no tiene justificación, contrariamente a esto queda claramente establecido por el Tribunal Constitucional que no todo trato desigual es discriminación, dar un trato diferenciado cuando las situaciones son objetiva y razonablemente diferentes. Se resalta el rol del principio de igualdad como derecho fundamental subjetivo y como instrumento de base para la regulación, siendo válidamente reconocido que no se quiebra el principio de igualdad a producirse</p>	<p>Esto significa que la diferenciación debe basarse en causas o motivos objetivos y razonables. Estas causas o motivos pueden ser de diferente índole, no necesariamente relacionados con la necesidad de garantizar algún valor constitucional, sino orientados a enfrentar una situación de desigualdad. Por lo tanto, si un trato diferenciado no reúne estas características estaremos ante una situación de discriminación, contraria al derecho a la igualdad. El trato diferente debe tener un objetivo legítimo, es decir la razón de esta diferencia</p>	<p>El experto resalta que el trato diferente no es lesivo al derecho a la igualdad si este tiene un sustento que lo justifique válidamente, en ese sentido opta por considerar que sí es justificado aplicar de manera diferenciada el código de consumo a las entidades públicas y a las entidades privadas. Es decir, considera que existen razones suficientes y objetivas que justifican un trato diferente referido a normatividad de consumo, coincidiendo con el criterio que tiene Indecopi, tácitamente reconoce que las relaciones del público usuario de servicios de salud son diferentes si las brinda una entidad privada o una pública.</p>

<p>tratamientos legislativos distintos ante diferencias sustanciales, es más debe tenerse presente que el tratamiento diferenciado en determinadas circunstancias donde existe desigualdad, se tienen plenamente justificadas y en busca de generar igualdad de oportunidades o equiparar las diferencias reales en el propósito de una real igualdad.</p>	<p>debe ser buscar cubrir desventajas o inequidades que existan, lo cual justifica razonablemente que se produzca el trato diferenciado. Asimismo, implica que ese trato repercuta directamente en aquello que se pretende nivelar, es decir no basta que exista el motivo que lo justifica, sino también es necesario que el trato diferente este orientado a generar mayor equilibrio. A su vez debe ser proporcional, es decir que el beneficio de alcanzar igualdad sea mayor que el de generar la diferencia.</p>	
<p>Resultado de la Triangulación</p> <p>De todos los resultados se extrae como idea fundamental que, no todo trato desigual resulta siendo discriminación, sino por el contrario que en algunos casos es necesario tener normas especiales que den trato diferente a determinadas personas, pero estas están deben ser proporcionales a su propósito de equiparar relaciones sociales reales en la que se produce diferencias reales.</p> <p>Dentro de nuestro trabajo el concepto de igualdad ha sido fundamental pues lo se pretender es determinar cuál de los dos criterios administrativos es el que respeta el principio de igualdad. Cabe resaltar que este principio es remarcado como parte del criterio adoptado por el Tribunal de Susalud.</p> <p>A su vez debemos comprender que dentro del criterio de igualdad quedan comprendidas las normas que dan trato especial a situaciones en que las desigualdades existen, siendo la norma el instrumento legal que trata de equiparar las condiciones para lograr una igualdad real, así las normas de consumo no son normas generales sino especiales que se dan para determinado contexto en el cual los actores (proveedor y consumidor) no se encuentran en igualdad, por cuanto el proveedor es quien tiene el manejo de la información y el consumidor esta generalmente supeditado a que la contraparte sea quien le de la información que es muy importante para adquirir el bien o servicio, vale decir en estas relaciones existen condiciones de desigualdad, siendo ello el fundamento que justifica un trato normativo especial que protege al consumidor .</p>		

Categoría: Sanciones administrativas

Jurisprudencia	Doctrina Jurídica	Entrevistas
<p>Cuando se trata de aplicación de sanciones la interpretación normativa debe ser restringida, ya que toda sanción conlleva la imposición de un desmedro impuesto por el Estado a un administrado.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La doctrina reconoce que las sanciones no son simples castigos sin sentido, la finalidad primordial de la sanción administrativa es desincentivar las conductas contrarias al orden legal, es decir, generar coerción en los sujetos para que estos cumplan la norma legal. • La corriente individual ve la finalidad de la norma desde el punto de vista de desincentivar a la persona natural o jurídica que comete la infracción, y la visión de previsión general que asume es que el imponer sanciones administrativas cumple un rol disuasivo para la sociedad en general, ya que éstas sirven de ejemplo para que otros ciudadanos acaten la norma, jugando un rol preventivo que será el mecanismo para impedir que se generalice el incumplimiento de la norma, velando por el orden público. 	<p>Las sanciones impuestas para el Estado, no resulta de un incentivo negativo para el propio establecimiento, sino evidencia un inadecuado manejo del sector o un inadecuado manejo de las personas que estuvieron a cargo del establecimiento. Si se produce por el primer supuesto, la imposición de una sanción al establecimiento, sólo va a afectar su presupuesto que ya está comprometido por el propio sector, por lo que el incentivo va a ser mínimo o nulo en muchos casos, pues a efectos de implementar mejoras requeridas se necesita justamente mayor presupuesto. De ocurrir el segundo supuesto, el incentivo no recaería sobre quien ocasionó la infracción, cargándose el Estado de forma indirecta con el pago de una multa.</p>
<p>Resultado de la Triangulación:</p> <p>De la triangulación de resultados se obtiene que la función primordial de las sanciones administrativas son restablecer el respeto al orden legal, en el caso concreto que las entidades prestadoras de salud presten un servicio cumpliendo con las normas técnicas de salud y otras que aseguren un servicio idóneo a los usuarios de sus servicios.</p> <p>Muchas de las deficiencias de estos servicios de salud pública que presta el Estado son a causa de los escasos recursos económicos que se les asigna, siendo así, es poco probable que la imposición de multas mejore los servicios que brindan. Dicho de otro modo, aplicar las normas de consumidor con fines sancionadores no lograría su finalidad.</p> <p>Un privado lo que busca es mejorar su posicionamiento en el mercado, las normas de consumo que lo multan o evidencia sus deficiencias de atención</p>		

generan como respuesta que la empresa mejore su servicio, pero esto no necesariamente ocurre en los establecimientos públicos, ya que no compiten con otro similar para brindar el servicio de salud en el mercado, sino que cubren las necesidades de la población que acude a ellos porque lo necesitan y en muchos casos ser la única alternativa que tiene para recibir atención a sus problemas de salud.

Del análisis de las categorías se desprende la necesidad de determinar la naturaleza jurídica del derecho de consumo y a partir de ello definir su ámbito de aplicación.

De la triangulación de esta categoría se obtuvo que estas normas surgen para proteger a los consumidores, debido a que, en las relaciones de consumo, esta parte tiene desventaja ante el proveedor en lo que a información del producto o servicio se refiere. Es decir que este derecho es una respuesta de derecho tuitivo que busca equidad en las relaciones dentro del mercado. A su vez, se tiene que las relaciones de consumo se dan en relaciones comerciales dentro del mercado, en contraposición con las normas generales (civiles) y parte de la situación de desventaja que tiene el consumidor en sus negociaciones, por ello es que estas normas delimitan quienes son consumidores y en qué circunstancias se da ello, ya que no se aplican a toda negociación de bienes y servicios sino dentro de determinadas circunstancias.

Lo anterior muestra que estas normas se dan como discriminación positiva sustentada en la asimetría de la información que se produce en la relación proveedor – consumidor en la que se genera la desventaja para el consumidor.

A su vez, del análisis de datos tanto de doctrina, como de la jurisprudencia y entrevistas se desprende que el trato diferenciado a través de normas especiales, no es discriminación cuando están justificadas, es así, que las normas de consumo de discriminación positiva tienen fundamento y por lo tanto su ámbito de aplicación debe ser dado dentro del contexto que la fundamenta.

Por último, en lo referido a la finalidad de las sanciones administrativas ésta es desincentivar las conductas de incumplimientos normativos, teniendo como resultados de la triangulación que las sanciones de multas a establecimientos de salud pública no logran la finalidad deseada, ya que no desincentivan la conducta infractora porque no están compitiendo en el mercado, pero si inciden negativamente en el presupuesto que tiene la entidad para brindar la atención de salud para la que fue creada.

IV. Discusión

Esta investigación surge a raíz de experiencias laborales en SUSALUD, en las cuales se advierte la existencia de criterios discrepantes entre los tribunales de Susalud e Indecopi sobre la aplicación del código de Defensa del Consumidor a prestaciones de servicios de salud en entidades públicas; al ser éste un tema de mucha importancia dentro de la actuación de la administración pública, así como reciente, es fundamental determinar cuál de las posturas tiene mayor sustento jurídico. La relevancia del tema radica en que conseguir una postura fundamentada sobre el tema proveerá de sustento teórico que pueda coadyuvar a una mejor interpretación y aplicación de las normas.

Siendo el tema propicio para indagar por la esencia de la norma así como realizar interpretaciones con bases doctrinarias como filosóficas que nos permitan determinar su real y correcto ámbito de aplicación, el trabajo se desarrolla dentro del paradigma hermenéutico de enfoque cualitativo y diseño de teoría fundamentada que nos permita construir un fundamento teórico para comprender datos obtenidos de sentencias, entrevistas a especialistas y consulta de fuentes bibliográficas sobre la naturaleza jurídica de las normas de consumo en contraste con el principio de igualdad y que nos ayude a discernir cuál de las posturas de interpretación sobre la aplicación de las normas de consumo es la adecuada.

En síntesis, podemos decir que la investigación busca generar una interpretación teórica que nace de datos y el análisis de los mismos, buscando teorizar la naturaleza jurídica de las normas de consumo y dentro de ello resolver la discrepancia de su aplicación al ámbito público.

El trabajo toma como base el análisis de los datos obtenidos en los criterios emitidos tanto en el acuerdo de sala plena N° 009-2017 emitido por Tribunal de Susalud y la Resolución N° 1818-2006—TDC/INDECOPI emitida por Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, documentos en los cuales se muestran los argumentos y criterios que cada tribunal ha considerado como fundamento de su posición; a su vez tenemos en resultados el análisis de doctrina donde se obtienen como datos

fundamentales, categorías básicas que se requieren para la triangulación y por último, como una fuente importante se tiene las entrevistas a tres abogados especialistas; el Dr. Abraham García Chávarri, prestigioso Constitucionalista quien fue asesor de la Corte Suprema en temas constitucionales y actualmente es Jefe de Asesores del Ministerio de Justicia; el segundo entrevistado el Dr. Arturo Cuba Torres, con amplia experiencia en derecho administrativo sobre todo en derecho administrativo sancionador siendo actualmente Intendente de la Intendencia de Fiscalización y Sanciones de la Susalud y, el tercer entrevistado fue la Dra. Carolina Kriete docente de la UNIFE y secretaria técnica de la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso de la República por más de 5 años.

Luego se realiza el análisis por categorías triangulando los diversos resultados obtenidos del análisis de la jurisprudencia, las entrevistas y la doctrina, para posteriormente realizar el análisis conjunto de las categorías que nos permita construir el fundamento teórico que es el aporte de esta investigación.

Por último, se efectuó la discusión de resultados en contraste con la doctrina, investigaciones precedentes y los criterios de las jurisprudencias administrativas que fueron el punto de partida de este trabajo:

En la Primera conclusión afirmamos que habiéndose generado las normas de consumo para un contexto determinado que tiene como escenario el mercado, debe ser aplicado en ese contexto ya que de lo contrario se afecta su naturaleza jurídica. Siendo así, compartimos el criterio de Indecopi, por considerarlo acorde con el principio de igualdad. Esta conclusión es la respuesta a nuestro problema general que buscaba establecer si el criterio del Tribunal de Susalud o el de Indecopi respecto a la posibilidad de aplicación de normas de consumo en entidades públicas era más acorde al principio de igualdad.

Arribamos a dicha conclusión luego de habernos abocado a los problemas específicos que nos permitieron desarrollar la naturaleza jurídica de las normas de consumo y establecer si en las prestaciones de salud brindadas por entidades públicas se desarrollaba propiamente una relación de consumo. No podemos contrastar esta conclusión de manera directa con resultados anteriores ni con la doctrina pues la misma como tal no la tenemos desarrollada, sin embargo, refleja nuestra postura discrepante al razonamiento de interpretación del Tribunal de Susalud y es acorde con el de Indecopi; a su vez el desarrollo de las siguientes conclusiones nos permite llegar a esta conclusión general.

La segunda conclusión afirma que las normas de defensa al consumidor son normas diferenciadoras ya que regulan un trato preferencial (no igualitario) al consumidor, en ejercicio de la discriminación positiva, ésta se sustenta en la desventaja en que se encuentra el consumidor dentro del mercado, donde existe asimetría informativa que no permite que las negociaciones se den en igualdad de condiciones y también en el hecho de que las sociedades modernas comercialmente avanzadas en su dinámica han disminuido sustancialmente la capacidad de negociación entre el consumidor y el proveedor por lo cual es necesario la aplicación de normas especiales, ya que las generales (civiles) se dan para un escenario donde existe igualdad de partes.

En nuestra investigación ha sido indispensable determinar cuál es la naturaleza jurídica de las normas de consumo y en esto necesariamente tiene que ver el tema de consumidor y relaciones de consumo.

Históricamente tenemos que el derecho de consumo surge con la necesidad de regulación, comenzando con una activa intervención del Estado en las relaciones de consumo, para corregir desigualdades. Es indiscutible que esta rama el derecho surge de las relaciones comerciales en las que el consumidor necesita protección.

En las sociedades modernas, todos somos consumidores, pues mediante el consumo buscamos satisfacer nuestras necesidades y alcanzar una adecuada calidad de vida, desenvolviéndonos necesariamente en el ámbito llamado mercado e ingresando en éste el consumidor está expuesto a sufrir abusos en esa situación y a la imposición de condiciones desfavorables por parte de los proveedores.

La gran desventaja en que se encuentra el consumidor es respecto a la información del producto o servicio que requiere, ya que por lo general no tiene conocimiento especializado y está expuesto a excesos del mercado por ejemplo con la imposición de condiciones que reducen o anulan la capacidad de negociación de los consumidores. El comprador se encuentra a merced del proveedor para que éste le brinde la información general y mucho más si se trata de información especializada como calidades, formas de producción, composición de materiales, etc; que lo pone en desventaja frente a la otra parte en la negociación. Esto se agrava con la intervención de factores como la publicidad y los contratos de adhesión entre otros, que no permiten una negociación transparente sino impuesta mediante formatos preestablecidos para venta masiva.

Esta situación de facto, sitúa al consumidor como la parte más vulnerable en la relación proveedor – consumidor y ante esta desigualdad, surge el derecho de consumo que busca corregirla con medidas de desigualdades jurídicas basadas en principios proteccionistas.

Según López (2012) Crear derecho partiendo de la base de esta desigualdad, implica un quiebre al clásico principio de igualdad ante la ley y recoge el nuevo criterio de igualdad de oportunidades, promoviendo cuidar a aquel que en los hechos está en situación desventajosa. (p. 24)

En ese sentido se puede considerar que el derecho de consumo nace como un ejercicio de la aplicación del derecho a la igualdad, generando una norma que regula sobre la base de la diferencia existente entre las partes en

una negociación de consumo, por lo cual se da un trato privilegiado, basado en principios proteccionistas a la parte que se considera vulnerable, es decir un trato preferencial al consumidor. Es necesario tener en cuenta que estas normas de protección al consumidor nacen dentro de un contexto específico.

Por ello, hablar de consumidores, no hace referencia a sujetos poseedores de características o cualidades personales previamente determinadas, sino más bien a individuos que en un contexto particular cumplen un rol en la economía asociado a la demanda de bienes y servicios”, por lo tanto, al hablar de derechos de consumidores, estos sólo corresponden a aquellas personas que se encuentran en circunstancias que hacen que la situación sea una de consumo.

Por el lado del Poder Judicial, ha concluido que el Código de Protección y Defensa al Consumidor no solo busca resolver el problema de la asimetría informativa, sino además protege la situación de vulnerabilidad del consumidor en el mercado, es decir, la desventaja en que se encuentra el consumidor frente al poder contractual del proveedor en relaciones de consumo particulares, esto como consecuencia que los tribunales judiciales reconocen de manera expresa el estado de vulnerabilidad del consumidor, como resultado de un conjunto de situaciones en las cuales se encuentra éste al incursionar en el mercado.

Es indispensable por lo tanto establecer cuando estamos ante una relación de consumo, en tal sentido la relación jurídica de consumo es el vínculo que se establece entre un consumidor en última instancia o entes a él equivalentes, y un proveedor profesional, resultante de un acto de consumo o como un reflejo de un accidente de consumo, que tiene el efecto de la norma jurídica específica, con el objetivo de armonizar las interacciones naturalmente desiguales de la sociedad moderna de masas.

De todo esto se colige claramente que las normas de consumo se dan como normas de protección basadas en criterios que diferencian a las partes

en una relación de consumo, y estas relaciones de consumo se dan dentro de contextos de negociaciones contractuales especiales que ponen en desventaja al consumidor; la protección se basa en que la ley de oferta y demanda propia de las negociaciones de libre mercado no son suficientes para generar un ambiente de igualdad en estas transacciones, que se ven afectadas por asimetría en la información y porque en estas sociedades de consumo (insertas en el mercado) los contratos en muchos casos pasan a ser masivos con casi anula posibilidad de negociación de los consumidores. Ante este escenario de desventaja y claramente marcado en un contexto social de negociaciones comerciales que afectan las leyes del mercado es que surge el derecho de consumo desde un rol protagónico activo del Estado generando normas de diferenciación que aseguren equidad en la disparidad que se producen en los hechos.

Todo esto que deriva de la doctrina se confirma por la entrevista a la especialista en derecho de consumo que considera a la norma de protección a los consumidores como fundamental en la superación de la asimetría de información que se produce en la relación proveedor – consumidor en el mercado que obliga al Estado proteger al consumidor, con el objetivo de reducir la situación de desventaja.

El principio de igualdad desde el punto de vista jurídico tiene diversas manifestaciones generando las diferentes formas de igualdad en el derecho. Así encontramos las corrientes constitucionalistas modernas como de la igualdad sustancial que viene a ser el deber del Estado luchar contra la discriminación exigiéndose a los poderes públicos tener acciones positivas basadas en la implementación de medidas que generen situaciones que disminuyan las diferencias reales de la sociedad, es decir, se refiere a la discriminación inversa, como la dación de normas que regulan trato desiguales en favor de aquellos que son víctimas de discriminación o se encuentran en situaciones de vulnerabilidad en relación a otro grupo social.

Alexy citado por Prieto (2006) concreta esta asimetría en las dos reglas siguientes:

Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”; “si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”, reglas que en su opinión encarnan un postulado básico de la racionalidad práctica, que es la “carga de la argumentación para los tratamientos desiguales. (p. 32)

Siendo así, la igualdad se entiende de diversas formas, el enfoque que interesa en esta investigación es la conocida como igualdad formal y la discriminación inversa y esta última debe tener necesariamente fundamentos para que sea válida y no se considere como una discriminación negativa.

Existe una correlación directa entre el trato desigual y el principio de igualdad, por cuanto de un lado surge el derecho al trato por igual y segundo al trato diferente ante circunstancias diferentes. Esto hace que doctrinaria e internacionalmente se reconozca que existe congruencia al unir el principio de igualdad y el establecimiento de medidas de equiparación que surgen ante situaciones particulares de desmedro a algunos sectores, buscando con la implementación de medidas que el goce de los derechos a la igualdad no sea sólo nominal. Es decir, ese tratamiento diferente que se da al amparo de la discriminación positiva como parte integrante de la búsqueda efectiva de igualdad en la sociedad, se desarrolle en contextos específicos en los cuales se verifica la existencia de disparidad y la afectación al goce de manera equitativa del derecho por algún grupo social. Este contexto es la razón que justifica el trato diferente.

Se debe tener en cuenta que este tratamiento diferenciado de protección al consumidor surge al determinarse que bajo determinadas circunstancias la igualdad que es un principio fundamental en las negociaciones comerciales en el marco de derecho civil, se ha desvanecido y

el consumidor no está en igualdad de condiciones que el proveedor, por ello es que la doctrina y jurisprudencia en defensa del consumidor ha desarrollado ampliamente el concepto de consumidor y proveedor, porque no toda transacción en la que se obtiene bienes o servicio enmarca en defensa del consumidor, sino sólo aquellas en las cuales se dan la desigualdad real entre las partes, es ahí donde interviene el derecho y busca equiparar estas relaciones dando protección a los consumidores y los aleja del trato del derecho común.

Habiendo determinado que por esencia las normas de consumo generan trato preferente a una de las partes que intervienen en la relación comercial, este ámbito en el cual se desarrollan estas relaciones se convierte en parte sustancial de la diferenciación normativa. El consumo se da en un contexto de negociaciones enmarcado en una economía y normativa que se sustenta en el mercado, es decir en una situación de oferta y demanda con libertad de selección, circunstancia en la cual se produce la posición desventajosa del consumidor y surge por tanto la necesidad jurídica de crear tales normas de protección debiendo resaltarse que éstas, incluso en una situación de mercado deben emitirse bajo ciertos parámetros entre los cuales tenemos la definición de consumidor, que no alcanza a que todo comprador adquiera la protección especial de esta normatividad.

Siendo la justificación racional el contexto social en el que se dan las relaciones de consumo en negociaciones comerciales, la aplicación de normas especiales por su tratamiento diferenciado no puede trasladarse a otro contexto, ya que se desnaturalizaría la esencia que la justifica. En ese sentido no corresponde aplicar las normas de consumo a situaciones que no se dan bajo circunstancias propias de consumo (oferta, demanda, asimetría informativa y elección de contratación), por lo tanto, no es posible aplicar las normas de consumidor a entidades que prestan servicio de salud en un contexto de prestación de servicio público.

Analizando otros aspectos, tenemos que los autores coinciden en que las sanciones administrativas tienen como finalidad desincentivar conductas que resultan incumpliendo normas, en ese sentido los entrevistados coinciden que la aplicación de sanciones como multas a entidades públicas no logran la finalidad que las sanciones administrativas persiguen, pues en el caso concreto de las entidades públicas prestadoras de servicios de salud éstas tienen como uno de sus problemas más reiterados la falta de presupuesto y la imposición de multas sólo incrementa el problema.

Nuestra tercera conclusión afirma que las entidades prestadoras de salud brindan servicios públicos que no pueden ser comprendidos como relaciones de consumo, para lo cual primero debemos definir que entendemos por relaciones de consumo. La relación de consumo, es una relación jurídica y como tal viene a ser el vínculo que se establece entre el proveedor, quien es el que provee el producto o presta el servicio de manera onerosa y de otra el consumidor, quien es el que adquiere o utiliza el producto o goza del servicio, siendo el destinatario final. Esta relación de consumo debe darse entre los sujetos que intervienen en el mercado, es decir entre proveedores y consumidores y es a ellos a quienes están dirigidas las normas de defensa de consumidor.

La legislación y la doctrina han desarrollado a detalle la definición de consumidor, así tenemos que el artículo 4 de la Ley N° 29571 considera como consumidor a las personas sean estas naturales o jurídicas que para su beneficio propio o de su grupo familiar, compran productos o servicios como destinatarios finales, en ese sentido están excluidas las actuaciones que se realicen como parte de actividades empresarial o profesionales, ya que se entiende que éste si tiene el conocimiento suficiente de lo que adquiere y no estaría afectado por asimetría informativa señalando el mismo artículo señala quien no es considerado consumidor. Luego de puntuales modificatorias se ha incluido en la definición de consumidor a los microempresarios, siempre y cuando sufran la situación de asimetría informativa con el proveedor y esto

debe ser respecto de productos o servicios que no sean del giro propio del negocio.

En el caso de nuestra investigación, los consumidores vienen a ser los pacientes que requieren la atención de salud en los establecimientos públicos, respecto de a ellos podemos apreciar que, si existe el elemento de asimetría informativa que, según lo analizado en la conclusión anterior es la justificación razonable de la norma de defensa del consumidor como parte de una discriminación positiva.

A su vez el otro sujeto que entra en la relación de consumo es el proveedor, nuestra legislación considera en el artículo 4 de la Ley N° 29571, como proveedores tanto a personas naturales o jurídicas, pudiendo estas últimas a su vez ser de derecho público o privado. Otro elemento en la definición es que elaboren, fabriquen, manipulen, acondicionen, mezclen, envasen, almacenen, preparen, expendan o suministren productos o presten servicios a consumidores. Esta norma realiza un listado enunciativo de proveedores considerando entre ellos a distribuidores o comerciantes, productores o fabricantes, importadores, prestadores de servicio.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el consumo viene a ser el conjunto de procedimientos socioculturales a título oneroso en los cuales se goza o dispone respecto de productos o servicios ofrecidos en el mercado; siendo así, esto se produce en la fase final del proceso productivo. Por ello el consumidor es quien concluye el círculo económico, logrando satisfacer sus necesidades con los productos o servicios obtenidos en el mercado. Como puede verse ambas categorías, tanto la de consumidor como la de usuario están enmarcadas en relaciones contextualizadas en el mercado, es decir bajo las reglas de oferta y demanda.

Ahora bien, es necesario tener presente las semejanzas y diferencias que encontramos cuando se relaciona un paciente con la entidad que le presta el servicio de salud en los dos escenarios probables, el público y el privado.

Entre las semejanzas tenemos que ambas prestan el servicio de la misma naturaleza (atención de salud) y que esa prestación debe cumplir las normas básicas de seguridad y desempeño del servicio establecido en las guías y normas técnicas de salud. En ambos tipos de escenarios los usuarios esperan encontrar alivio o cura a sus problemas de salud. Así mismo, otra semejanza es que ambos servicios son prestados por personal profesional y técnico del mismo ámbito.

Entre las diferencias resaltan como señala INDECOPI, que las entidades privadas tiene una finalidad distinta de las públicas ya que las primeras buscan obtener un lucro por la prestación del servicio, elemento propio del mercado y a su vez el usuario tiene la opción de escoger al proveedor que considere mejor para la satisfacción de sus necesidades, situación propia de una relación que se desarrolla bajo las reglas de la oferta y demanda, ya que sin posibilidad de elección el mercado desaparece; asimismo, las entidades privadas se sostienen con los recursos que obtienen como empresa a través de las atenciones brindadas. Por su parte las entidades del Estado tiene como finalidad subsidiar el servicio de atención de salud a las personas que no pueden cubrirlos de manera particular, dicho de otro modo, estas entidades no tienen ánimo de lucro sino brindar un servicio público, de otra parte, el usuario dependiendo del sistema de salud público al que pertenece y su ubicación geográfica tendrá mayor o menor posibilidad de escoger el centro de salud en el que se atenderá, no siendo en ningún caso el precio determinante para esta elección, por lo cual la selección del servicios públicos por el usuario se ve reducida considerablemente. Como se aprecia, las relaciones que entablan los usuarios con las entidades públicas de salud no tienen los elementos esenciales de mercado como son, el ánimo de lucro y la posibilidad de selección de las entidades prestadoras de salud por los usuarios, no llegando por lo tanto a ser relaciones de consumo por estar fuera del mercado de bienes y servicios. La última conclusión a la que se llega es que la imposición de multas a entidades públicas como resultado de procesos sancionadores, no alcanza la finalidad de desincentivar las conductas

contrarias a la norma que se busca con el procedimiento administrativo sancionador.

En relación a esto, según la doctrina encontramos que las sanciones son siempre de naturaleza constitutiva, pues instituyen al infractor en una posición jurídica nueva y desfavorable, puesto que es considerado como el mal infligido impuesta por la administración pública a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita, a través de un procedimiento administrativo, con una finalidad represora, y consistiendo la sanción en la privación de un bien o derecho, o la imposición de un deber.

En ese sentido el Especialista en derecho administrativo considera que las sanciones impuestas al Estado, no resultan de un incentivo negativo para el propio establecimiento, sino evidencia un inadecuado manejo del sector o un inadecuado manejo de las personas que estuvieron a cargo del establecimiento. Si la sanción se produce por el primer supuesto, la imposición de la sanción al establecimiento sólo va afectar su presupuesto, que ya está comprometido por el propio sector, por lo que el incentivo va tener efecto mínimo o nulo en muchos casos, pues para implementar las mejoras requeridas se requiere justamente de mayor presupuesto. De ocurrir el segundo supuesto, el incentivo no recaería sobre quien ocasionó la infracción, cargándose al Estado de forma indirecta con el pago de una multa, siendo esto contraproducente con los fines de la sanción en sí.

V. Conclusiones

Primera: Las Normas de consumo son dadas en un contexto jurídico de discriminación positiva en defensa del consumidor, ya que este se considera en desventaja dentro de las relaciones de consumo por existir asimetría informativa, distorsionando ello la elección que pueda efectuar el consumidor en el mercado, dado esta naturaleza de las normas de consumo que se dan en el marco de un escenario de reglas de mercado, es que estas no deben ser aplicadas en un contexto diferente que no obedezca a su naturaleza ni su justificación como normas protectoras, por lo tanto en relaciones de servicios públicos en los cuales el usuario no tiene posibilidad de selección y las relaciones no están dadas dentro de reglas del mercado no es factible la aplicación de dichas normas. Siendo así compartimos el criterio de Indecopi, por considerarlo acorde con la naturaleza de estas normas y al principio de igualdad.

Segunda: La normas de defensa al consumidor son normas diferenciadoras ya que se regulan un trato preferencial (no igualitario) al consumidor en ejercicio de la discriminación positiva, esta se sustenta en la desventaja en la que se encuentra el consumidor dentro del mercado, donde existe asimetría informativa que no permite que las negociaciones se den e igualdad de condiciones y también el hecho de que las sociedades modernas comercialmente avanzadas en su dinámica han disminuido sustancialmente la capacidad de negociación entre el consumidor y el proveedor por lo cual es necesario la aplicación de normas especiales, ya que las generales (civiles) se dan para un escenario donde exista igualdad de partes.

Tercera: Las entidades prestadoras de salud brindan servicios públicos que no pueden ser comprendidos como relaciones de consumo, debido que no se presentan dentro de ellas elementos esenciales de mercado como son el ánimo lucrativo de quien brinda el servicio y la facultad de selección de proveedor que tiene el consumidor. Sin embargo, ello no conlleva a que estas relaciones no generen responsabilidades entre las partes intervinientes en la misma, pero dichas responsabilidades deben

ser reguladas por las normas propias del sector o las generales de responsabilidad.

Cuarta: La interposición de multas a entidades públicas como resultado de procesos sancionadores no alcanza la finalidad de desincentivar las conductas contrarias a la norma que se busca en el procedimiento administrativo sancionador. Siendo así debe revisarse las infracciones que se aplican a entidades públicas, ya que además de no lograr su finalidad pueden ser perjudiciales para el mismo sostenimiento del servicio público.

VI. Recomendaciones

Primera: Tener una posición unificada legislativa y jurisprudencialmente sobre la naturaleza jurídica de las normas de consumo y los alcances del Código de Defensa al Consumidor en el ámbito público, lo cual puede lograrse en vía jurisdiccional judicializando los criterios adoptados, sin embargo también puede darse si ambas entidades (Indecopi y Susalud) recurren en consulta dirimente ante el Ministerio de Justicia para poder tener un criterio unificador a vía administrativa y así dar mayor certeza a los administrados.

Segundo: Propiciar una modificatoria normativa al código de consumo que permita esclarecer el ámbito de las normas de consumo en entidades públicas, este es el mecanismo más idóneo ya que esclarece el sentido de las normas definiendo claramente su ámbito de aplicación, lo que genera seguridad jurídica, tanto a los administrados y a los propios usuarios de los servicios públicos.

VII. Referencias

- Bustos, J. (2015). *Los derechos humanos y la doctrina del derecho subjetivo*. Recuperado de: https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/derechos_bustos_AFDUA_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=pdf.
- Cabrera, M. (2005). *Material Didáctico Sobre La Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444*. Lima: Ediciones legales.
- Carbonel, M. (2003). *El principio constitucional de igualdad*, México: Comisión Nacional de los Derecho Humanos.
- Carmona, E. (2004). *El principio de igualdad material en la Constitución Europea*. Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, España: Universidad Carlos III de Madrid.
- Carpio, L. (2014). *Alcances del Principio de Igualdad*. (Tesis doctoral). Perú: Universidad San Martín de Porres.
- Casares (2014). *Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes institucionales y corporativos*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo.codigo=4240719&orden=1&info=lin.pdf>.
- Cervantes, O. (2013). *Aplicaciones de los principios a la defensa de los derechos de los consumidores*. (Tesis doctoral). Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Código Civil. (2009). *Código civil. Personas*. Recuperado de: <https://derecho peru.wordpress.com/pdf>.
- Cordero, E. (2012). *El derecho administrativo Sancionador y su relación con el Derecho Penal*. Valdivia. Vol. XXV, N° 2. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf>

Chocero, S y Sanchis, A. (2016). *Principio de igualdad*. Recuperado de: https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/51975/Pages%20from%20Investigacion_Genero_16-13.pdf.

Delgado, J. (2013). *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales*. España: Síntesis.

Decreto Legislativo N.º 1158, Decreto Legislativo que dispone medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, publicado el 06 de diciembre de 2013 en el diario oficial El Peruano.

Decreto Legislativo N.º 1045, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor. Publicado el 26 de junio de 2008 en el diario oficial El Peruano.

Decreto Legislativo N.º 716, Promulgan norma sobre Protección al Consumidor. Publicado el 09 de noviembre de 1991 en el diario oficial El Peruano.

Decreto Supremo N.º 026-2015-SA, Decreto Supremo que aprueba Reglamento del Procedimiento de Transferencia de Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI a la Superintendencia Nacional de Salud - SUSALUD, en el marco del Decreto Legislativo N.º 1158. Publicado el 13 de agosto de 2015 en el diario oficial El Peruano.

Decreto Supremo 036-1983-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor. Publicado el 28 de julio de 1983 en el diario oficial El Peruano.

Estébanez, A. (2013). *Los consumidores y usuarios*. (Tesis doctoral). España: Universidad de Valladolid.

Figuroa, E. Granados, M., Gómez, H., Hernando, E y Tirado, J. (2015). *El Principio De Igualdad Constitucional - Límites Al Trato Diferenciado*. Perú: Asociación gráfica educativa.

Gómez, A. y Gutiérrez, H. (2015). *Afectación al principio de igualdad, respecto a la estabilidad laboral reforzada en personas con limitación en el cumplimiento de sus actividades*. (Tesis doctoral). Colombia: Universidad de Manizales.

Gonzales, E. (2014). *La discriminación en los servicios de educación básica regular, una valoración crítica de las resoluciones en casos que han llegado a segunda instancia, a partir de la competencia de Indecopi*. (Tesis doctoral). Perú: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Huerta, L. (2005). *El principio de Igualdad*, *Revista Pensamiento Constitucional*. Recuperada de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional>

Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Publicada el 02 setiembre de 2010 en el diario oficial El Peruano. Recuperado de: <https://www.indecopi.gob.pe/pdf>.

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Publicada el 11 de abril de 2001 en el diario oficial El Peruano. Recuperado de: <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Ley-de-Procedimiento-Administrativo-de-PersonalLey27444.pdf>.

López, S. (2006). *Sanciones Administrativas*, Argentina, Fondo Editorial Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas - UNNE.

- Malpartida, V. (2013). *El Derecho del Consumidor en el Perú y en el Derecho Comparado* (Tesis doctoral). Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Muñoz, D. (2010). *Igualdad jurídica o igualdad material*, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época.
- Nogueira, H. (2015). *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*. (Tesis doctoral). España: Universidad de Coruña.
- Okuda, M. y Gómez, C. (2009). *Metodología de investigación y lectura crítica de estudios*. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf>.
- Packer, M. (2011). *La ciencia de la investigación cualitativa*. Colombia: Nomos impresores.
- Prieto, L. (2006). *Los derechos sociales y el principio de igualdad en Los derechos sociales y los derechos de las minorías*. (Tesis doctoral) España: Universidad Castilla Ediciones La Mancha.
- Resolución N° 1818-2006/TDC-INDECOPI*. (2006). Recuperada de <https://www.consumidor.gob.pe/documents/20182/143803/bcpc0610.pdf>
- Resolución N° 422-2004-TDC-INDECOPI*. (2004). Recuperada de https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/165388/pres_res_0422-2003-TDC.pdf/86fa67c0-e055-4155-a50d-04a86fef792a
- Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI* (2001). Recuperado de http://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4176/1350_CC_D_LIN_Resolucion_001-2001-LIN-CCD-INDECOPI.pdf?sequence=3&is
- Rojas, H. (2014). *Los principios constitucionales limitadores del Ius Puniendi* (Tesis doctoral). Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tribunal de Superintendencia Nacional de Salud, (2017). *Acuerdo de Sala Plena N° 009-2017*. Espacio informativo del tribunal de SUSALUD. Recuperado de: <http://portal.susalud.gob.pe/blog/tribunal-acuerdos-plena/>

Ruiz, J. (2012). *Metodología de la investigación cualitativa*. España: Deusto.

Sapag, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al Poder del Estado: Un estudio comparado*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2975899.pdf>.

Tribunal Constitucional. (2009). *Sentencia de Pleno Jurisdiccional en el expediente N° 00014-2009-PI/TC*. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00014-2009-AI.html>

Tribunal Constitucional. (2006) *Sentencia de pleno jurisdiccional en el expediente N° 00027-2006*. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00027-2006-AI.html>

Tribunal Constitucional. (2006) *Sentencia de Pleno Jurisdiccional en el expediente N.º 00018-2003-AI*. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>

VIII. Anexos

Anexo 1:
Proyecto de innovación



ESCUELA DE POSGRADO
UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

Proyecto de innovación/mejoramiento

Título

Proyecto de ley que modifica el Artículo III del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor

Autor:

Mg. Liz Ninoska Cornejo Ortega

Asesor:

Dr. Rodolfo Fernando Talledo Reyes

Lima - 2018

Título

1. Datos de identificación

Título del proyecto: Proyecto de ley que modifica el Artículo III del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor		
Nombre del ámbito de atención: Legislación Nacional de Consumo		
Región:	Provincia:	Localidad:

2. Financiamiento

Monto total: Sin costos	
-------------------------	--

3. Beneficiarios

Directos: Entidades Públicas que prestan servicios públicos	Indirectos: Usuarios de servicios públicos brindados en entidades públicas.
--	--

4. Justificación

En la actualidad existen dos criterios opuestos referidos al alcance de las normas contenidas en el Código de Defensa del Consumidor, una primera que es la de INDECOPI como la que se tiene en la Resolución N.º 1818-2006/TDC-INDECOPI, en el Expediente N.º 1504-2005/CPC, considera que la ley de defensa al consumidor solo debe aplicarse a las actividades que se encuentren dentro del marco del propio derecho privado, mientras que las actividades donde la regulación estatal sea exorbitante, esto es de derecho público, y en específico las actividades calificadas como servicios públicos asistenciales deben únicamente aplicarse las normas propias de su ámbito, por lo tanto para Indecopi estas normas no deben aplicarse para los casos de prestación de servicios públicos brindados. De otra lado está la posición adoptada por Susalud mediante acuerdo N.º 009-2017 tomada en Sesión de Sala Plena N.º 011-2017, de fecha 09 de junio de 2017 por unanimidad acordaron como criterio interpretativo que la Ley N.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en aspectos referidos a presuntas infracciones a los derechos de los consumidores y que se encuentran dentro de las competencias transferidas a SUSALUD, también, será de aplicación para los establecimientos de salud públicos, en forma supletoria a las establecidas por el Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD, ya que consideran que si existe una relación de consumo entre estas entidades y los usuarios que reciben esos servicios. Estos criterios opuestos referidos a las situaciones similares vienen recibiendo trato legal diferente, lo cual quiebra el principio de igualdad y a su vez incertidumbre jurídica ya que no queda claro cuál de las posturas es la correcta. Lo que pretende el proyecto legal propuesto es acabar con esa ambigüedad y al

modificar el ámbito legal determinar claramente que estas no alcanzan a las relaciones que surgen de la atención de servicios públicos prestados por entidades de públicas.

El tribunal de SUSALUD considera dentro de sus fundamentos que el criterio de INDECOPI respecto a que los servicios asistenciales brindados por IPRESS públicas no se encuentran bajo la normativa sobre protección al consumidor, no siendo proveedores dichas entidades, obedece a la interpretación sesgada de la norma, ya que sostener que en el caso de los servicios asistenciales no cabe la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, implica, que se está desconociendo que el Estado también puede asumir la posición de proveedor, y que se pueda configurar una relación de consumo. Considerando que no hay razón para dar al Estado una disparidad de tratamiento en una situación de igualdad de condiciones con centros sanitarios privados. Considerando a su vez que el hecho de que se cuente con una subvención no es argumento válido para sustraer al Estado de la aplicación de las normas de defensa al consumidor. Que a efectos de determinar si el Estado califica como proveedor hay que determinar si está ejerciendo (o no) su ius imperium, caso contrario, actúa como cualquier agente del mercado y no debe tener privilegio alguno.

Esto permitirá que las decisiones de administración pública guarden coherencia con el resto del ordenamiento jurídico.

5. Diagnóstico

Existe en la actualidad criterios discrepantes que se dictan en tribunales administrativos ante casos similares, lo que resulta siendo contrario al principio de igualdad porque a casos similares se aplica normas diferentes, dándole tratos legales diferenciados, asimismo el esto genera incertidumbre jurídica porque no se saben si el administrativo va con a aplicar el Código de Protección y Defensa al consumidor para entidades públicas.

Cada postura presenta diversos argumentos jurídicos, sin embargo, a raíz de una investigación cualitativa se ha validado con análisis jurídico la postura de Indecopi como el correcto acorde con el principio de igualdad.

Adjunto al final del documento (Anexo 01)

Árbol de problemas y objetivos.

6. El problema

¿Cuál de los criterios discrepantes entre los tribunales de Susalud e Indecopi sobre la aplicación de normas de consumo a entidades públicas prestadoras de salud, es conforme al principio de igualdad?

7. Impacto del proyecto en los beneficiarios directos e indirectos

beneficiarios directos	Proporciona a las entidades públicas un marco legal que no las incluye en el ámbito de aplicación del Código de Protección y Defensa del consumidor y a su vez esto protege el presupuesto de estas entidades públicas
beneficiarios indirectos	Los usuarios de los servicios públicos prestado por entidades estatales que tendrán certeza respecto que en su caso no se aplica las normas de consumo.

8. Objetivo

Objetivo General
Determinar un criterio uniforme sobre la aplicación de normas de consumo a entidades públicas cuando se trata de prestaciones de servicios públicos.

9. Resultados esperados

Objetivo	Descripción Resultado Esperado
Determinar un criterio uniforme sobre la aplicación de normas de consumo a entidades públicas cuando se trata de prestaciones de servicios públicos.	Que los tribunales administrativos y hasta jurisdiccionales tengan una aplicación sobre el Código de Protección y Defensa del Consumidor

10. Presupuesto

La realización de esta propuesta no genera gastos, su ejecución está dentro de las funciones propias del Congreso de la República.

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO III DEL TÍTULO PRELIMINAR DE LA LEY N° 29571

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En la actualidad se viene tomando en vía administrativa interpretaciones diferentes sobre el ámbito de aplicación de las normas del Código de Protección y Defensa del Consumidor a entidades prestadoras de salud de naturaleza pública, por un lado Indecopi que en reiterada jurisprudencia ha considerado que el Código de Consumo se encuentra referida a la regulación de operaciones de consumo y por lo tanto excluye de su ámbito a las entidades públicas, cuando estas cumplen un rol de prestación de servicio público y de otra parte esta la posición opuesta de Susalud donde proveedores y consumidores intercambian bienes o servicios por dinero, en busca de la satisfacción de sus necesidades. Siendo así, resulta absurdo aplicar esa Ley a operaciones que corresponden a la prestación de servicios públicos de carácter asistencial por parte del Estado y de otro lado el Tribunal de Susalud contradice la postura anterior, considerando que el Estado puede asumir la posición de proveedor generando una relación de consumo. En ese sentido, en la actualidad ante la aplicación de una misma norma existe dos posiciones contrarias en vía administrativa, si bien este tema llegue aún a la vía jurisdiccional o al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, esta situación afecta a la seguridad jurídica ya que desestabilizan la predictibilidad en los procesos administrativos que involucren a estas entidades, generando incertidumbre jurídica que afecta a entidades públicas que prestan servicios de atención en salud y a su vez a los propios usuarios de estos servicios, porque no se sabe que trato normativo le darán a estas entidades.

Dado esta problemática es necesario realizar una modificación en el Código de Defensa y Protección del Consumidor esclareciendo que el alcance de las normas de dicho cuerpo normativo no es aplicable a las relaciones que se producen entre usuarios de servicios públicos brindados en entidades

públicas. Esta postura se da en relación al siguiente análisis jurídico: Tenemos que históricamente el derecho de consumo surge como ante la necesidad de regulación, partiendo de una participación activa del Estado que interviene en las relaciones de consumo, para corregir desigualdades. Es indiscutible que esta rama el derecho surge de las relaciones de comerciales en las que el consumidor necesita protección.

Las sociedades modernas, se dinamizan en torno al mercado, ya que la población al buscar satisfacer sus necesidades busca los productos o servicios necesarios que se encuentran en el mercado, en ese escenario, se ha definido que el consumidor se encuentra en desventaja frente a la posición del proveedor, esto debido a que generalmente no tiene conocimiento suficiente sobre el producto o servicio que necesita, y la información que recibe básicamente proviene del propio proveedor que busca colocar su producto en el mercado, esta situación coloca al consumidor en una posición de desventaja dentro de las relaciones de consumo, afectando directamente en la decisión que tiene que tomar el consumidor. Es ahí donde surge el derecho de defensa del consumidor que busca corregirla dando medidas con desigualdades jurídicas, basadas en principios proteccionistas a la parte que se encuentra en desventaja, es decir protege al consumidor.

Según López (2012) Crear derecho partiendo de la base de esta desigualdad, implica un quiebre al clásico principio de igualdad ante la ley y recoge el nuevo criterio de igualdad de oportunidades, promoviendo cuidar a aquel que en los hechos está en situación desventajosa. (p. 45)

En ese sentido se puede considerar que el derecho de consumo nace como un ejercicio a la aplicación del derecho a la igualdad, generando una norma que regula sobre la base de la diferencia que existe en las partes de la negociación en las relaciones de consumo, por lo cual se da un trato privilegiado, basado en principios proteccionistas a la parte que se considera vulnerable, es decir un trato preferencial al consumidor. Es necesario tener en

cuenta que estas normas de protección al consumidor nacen dentro de un contexto específico.

En tal sentido, hablar de consumidores, no hace referencia a sujetos poseedores de características o cualidades personales previamente determinadas, sino más bien a individuos que un contexto particular cumplen un rol en la economía asociado a la demanda de bienes y servicios”, por lo tanto, al hablar de derechos de consumidores, estos sólo corresponden a aquellas personas que se encuentran en circunstancias que hagan que la situación sea una de consumo. Existe pronunciamientos del Poder Judicial en los cuales se considera que el Código de Protección y Defensa al Consumidor cumple un rol de protección de la vulnerabilidad a la que está expuesta el consumidor en el mercado.

En resumen, las normas de consumo se dan en el marco de una discriminación positiva que tiene como finalidad equilibrar a las partes que participan en relaciones de consumo, generándose estas relaciones en contextos de negociaciones contractuales en el mercado, bajo leyes de oferta y demanda y a su vez de selección informada del consumidor, la protección se basa en que la ley de oferta y demanda propia de las negociaciones de libre mercado no son suficientes para generar un ambiente de igualdad para estos negocios, que se ven afectados por asimetría en la información y porque en estas sociedades de consumo insertas en el mercado donde los contratos en muchos casos pasan a ser masivos casi anula las posibilidades de negociación de los consumidores. Ante este escenario de desventaja y claramente marcado en un contexto social de negociaciones comerciales que afectan las leyes del mercado es que surge el derecho de consumo desde un rol protagónico activo del Estado generando normas de diferenciación que aseguren equidad en la disparidad que se producen los hechos.

Habiendo determinado que por esencia las normas de consumo son normas que generan un trato preferente a una de las partes que intervienen en el trato comercial, este ámbito en el cual se desarrollan las relaciones se convierte en parte sustancial de la diferenciación normativa. Se ha considerado

que el consumo se da en contexto de negociaciones en una economía y normativa que se sustenta en el mercado, es decir en una situación de oferta y demanda con libertad de selección, es ahí donde se produce la posición desventajosa del consumidor y por lo tanto surge la necesidad jurídica de crear esas normas de protección, cabe resaltar que estas incluso en el mercado deben darse bajo cierto parámetros entre los cuales tenemos la definición de consumidor, no siendo susceptible que cualquier comprador adquiriera la protección especial de esta normatividad.

Siendo la justificación racional el contexto social en este caso las relaciones de consumo en negociaciones comerciales, la aplicación de normas especiales por su tratamiento diferenciado no puede trasladarse a otro contexto, ya que se desnaturaliza la esencia que la justifica. En ese entender no corresponde aplicar las normas de consumo a situaciones que no desenvuelven bajo circunstancias propias de consumo (oferta, demanda, asimetría informativa y elección de contratación), por lo tanto, no es posible aplicar las normas de consumidor a entidades que prestación de servicio de salud en un contexto de prestación de servicio público.

Existiendo el sustento teórico y la necesidad social jurídica de aclarar el ambito de aplicación de estas normas para generar seguridad jurídica es necesario modificar el artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, excluyendo la aplicación de esta norma a situaciones de prestaciones de servicios públicos por entidades del Estado.

FORMULA LEGISLATIVA

El Congreso de la República

Ha dado la ley siguiente:

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO III DEL TÍTULO PRELIMINAR DE LA
LEY N° 29571**

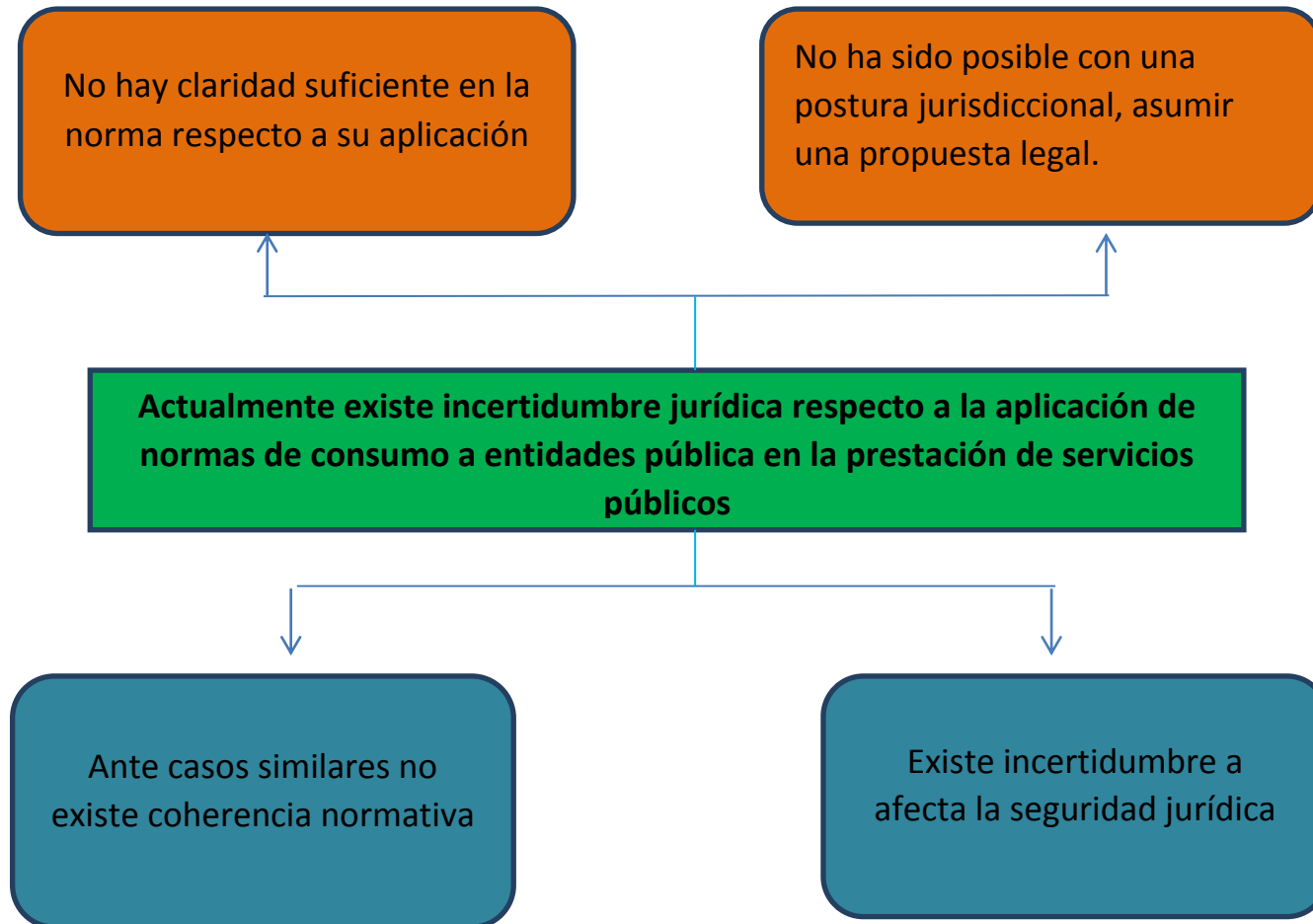
Artículo Único: Modificación de la Ley N° 29571

Modifícase el artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, quedando redactado de la siguiente manera:

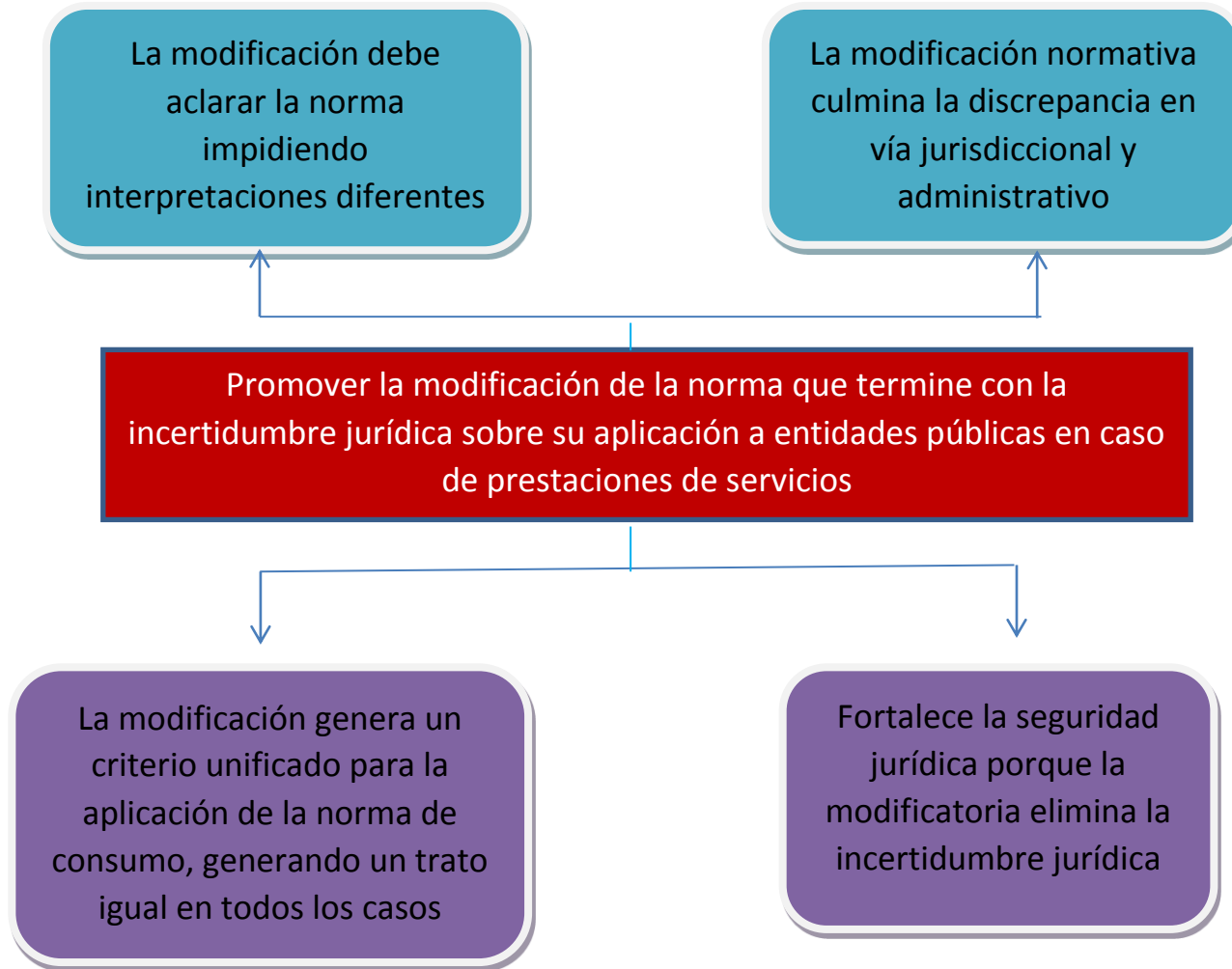
Artículo III.- **Ámbito de aplicación**

1. El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta. No existe relación de consumo en los casos en los que entidades públicas brinden servicios públicos en cumplimiento de sus funciones.
2. Las disposiciones del presente Código se aplican a las relaciones de consumo que se celebran en el territorio nacional o cuando sus efectos se producen en éste.
3. Están también comprendidas en el presente Código las operaciones a título gratuito cuando tengan un propósito comercial dirigido a motivar o fomentar el consumo

Árbol de problemas



Árbol de objetivos



Anexo 2

Resoluciones y sentencias

Aplicación supletoria del Código de Protección y Defensa del Consumidor a las IAFAS, IPRESS y UGIPRESS públicas

En Sesión de Sala Plena N° 011-2017, de fecha 09 de junio de 2017, los Vocales del Tribunal de SUSALUD, han aprobado el siguiente Acuerdo:

ACUERDO N° 009-2017

ANTECEDENTES

1. En la Superintendencia Nacional de Salud -SUSALUD se vienen gestionando dos tipos de procedimientos, el primero, el procedimiento administrativo sancionador que se genera a consecuencia de una supervisión o denuncia y que busca sancionar la comisión de infracciones, desincentivando a que éstas se produzcan; y, el segundo, el procedimiento trilateral que se genera por una queja, que persigue la atención de una reclamación efectuada por un paciente o asegurado, en búsqueda de tutela administrativa de sus derechos a través de una medida correctiva, y que inclusive puede dar lugar a la imposición de una sanción en caso de tipificarse los hechos como una infracción.
El recurso de apelación de los procedimientos trilaterales es de competencia de la Tercera Sala del Tribunal de SUSALUD, especializada en la Defensa de los Derechos en Salud de los Usuarios. Mientras que el recurso de apelación de los procedimientos administrativos sancionadores es competencia de la Primera y Segunda Sala Especializada del Tribunal.
2. El Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD, aprobado por Decreto Supremo N° 031-2014-SA, establece en su Primera Disposición Complementaria Final, referida a la normatividad aplicable, que **en todo lo no previsto** en el presente Reglamento se aplicarán las disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General, así como de la Ley General de Salud, Ley N° 26842; y del **Código de Protección y Defensa del Consumidor**, Ley N° 29571, sus modificatorias, complementarias y conexas, en lo que resulten pertinentes.
3. Conforme a lo establecido en el artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, que regula su ámbito de aplicación, “1. El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una **relación de consumo** o en una etapa preliminar a ésta. 2. Las disposiciones del presente Código se aplican a las **relaciones de consumo** que se celebran en el territorio nacional o cuando sus efectos se producen en éste. (...)”.
4. Ahora bien, qué debemos entender por relación de consumo, según las Definiciones establecidas en el artículo IV del acotado Código, numeral 5, “**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**. (...)”. En ese sentido, esta norma, en su numeral 2, define a los proveedores, como “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. (...)

5. De otro lado, el Reglamento del Procedimiento de Transferencia de Funciones del INDECOPI a SUSALUD en el marco del Decreto Legislativo N° 1158, aprobado por el Decreto Supremo N° 026-2015-SA, estableció en el artículo 10° la aplicación supletoria del Código de Protección y Defensa del Consumidor, señalando que “las disposiciones contenidas en la Ley N° 29571, como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas, referidas a presuntas infracciones a los derechos de los consumidores, que se encuentren dentro de las competencias transferidas a SUSALUD, se aplicarán supletoriamente a las establecidas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD. (...)”.
6. No obstante, conforme se puede apreciar de la Resolución N° 1818-2006/TDEC-INDECOPI (Expediente N° 1504-2006 (15.11.2006), el criterio de interpretación del INDECOPI sobre su competencia para conocer los casos referidos a infracciones a la Ley N° 29571 –Código de Protección al Consumidor- por parte de las personas de derecho público, incurridas en la prestación de servicios asistenciales, es improcedente, porque esta Ley es aplicable sólo si estas personas prestan servicios de contenido económico, es decir, a cambio de una retribución.
7. En efecto, la Resolución N° 1818-2006/TDEC-INDECOPI (Expediente N° 1504-2006 (15.11.2006) señala lo siguiente: “De acuerdo con el marco legal contenido en la Ley de Protección al Consumidor, resultaría absurdo aplicar esta ley a operaciones que no se dan en un mercado determinado, sino que más bien corresponden a la prestación de servicios públicos de carácter asistencial por parte del Estado.
Así, en el caso de las personas de derecho público, la Ley se aplica cuando éstas actúan como agentes del mercado y no cuando prestan servicios de corte asistencial, los mismos que no se brindan en un esquema de mercado u operaciones de consumo.

Es improcedente pretender encauzar a una dependencia pública por la vía de la Ley de Protección al Consumidor”.

8. En consecuencia, considerando que se encuentran bajo el ámbito de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS), las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) y las Unidades de Gestión de IPRESS (UGIPRESS), públicas, privadas o mixtas¹, y que según lo interpretado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI, una relación de consumo se advierte claramente en una IAFAS, IPRESS o UGIPRESS privadas; siendo que SUSALUD tiene competencia para sancionar administrativamente, también, a las IAFAS, IPRESS o UGIPRESS públicas, por ende, ¿las disposiciones del Código de Protección al Consumidor se pueden aplicar

¹ Establecido en los Artículos 5° al 7° del Decreto Legislativo N° 1158, que dispone Medidas destinadas al Fortalecimiento y Cambio de Denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud.

supletoriamente a éstas últimas, por encontrarse en ellas, también, una relación de consumo?

ANÁLISIS

1. El criterio del INDECOPÍ establecido en diversa jurisprudencia respecto a que los servicios asistenciales brindados por IAFAS, IPRESS o UGIPRESS públicas no se encuentran bajo la normativa sobre protección al consumidor, no siendo proveedores dichas entidades, obedece a la interpretación sesgada que hacen de la norma, pues consideran que ésta exige que los servicios se ofrezcan en el mercado a cambio de una retribución, lo que no sucede en los llamados servicios asistenciales, en los cuales “la actividad es requerida con fines sociales y tiene por finalidad equilibrar diferencias sociales, alcanzando salud, educación, transporte a los sectores más necesitados”, a cambio de una subvención. Calificando a esta actividad de “obligación irresistible” por parte del Estado prestador de servicios y de la situación de “ninguna posibilidad de elección” del consumidor.
2. Sostener que en el caso de los servicios asistenciales no cabe la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, implica, necesariamente que se está desconociendo que el Estado también puede asumir la posición de proveedor, incluso, en esos supuestos y que se pueda configurar una relación de consumo. No se entiende por qué se le quiera dar al Estado una disparidad de tratamiento en una situación de igualdad de condiciones con centros sanitarios privados.
3. Además, el hecho de que se cuente con una subvención no es argumento válido para sustraer al Estado de la aplicación de la referida Ley, excluyendo, injustificadamente, al Estado de la categorización de proveedor en situaciones que, sin lugar a dudas, lo califican como tal; toda vez que a efectos de determinar si el Estado califica como proveedor hay que determinar si está ejerciendo (o no) su *ius imperium*, caso contrario, actúa como cualquier agente del mercado y no debe tener privilegio alguno.
4. Asimismo, si bien en las prestaciones asistenciales que brinda las IPRESS o IAFAS públicas no existe un ánimo lucrativo en la prestación del servicio; sin embargo, esto no quiere decir que el servicio asistencial sea gratuito para quien lo reciba, pues normalmente existirá algún tipo de retribución directa o indirecta destinada al sostenimiento de la actividad y mantenimiento operativo de la misma, en función de la capacidad económica del beneficiado.
5. Sin perjuicio de lo antes mencionado, cabe señalar que en el caso de los asegurados potestativos afiliados a ESSalud y las prestaciones derivadas de dicha relación contractual, estas obedecen a la libre voluntad de las partes, quienes han acordado a través de un contrato que tiene naturaleza privada la prestación de un servicio de salud, a cambio de una contraprestación pecuniaria por parte del asegurado potestativo. Entonces, tenemos que ESSalud presta servicios con contenido asistencial y con contenido económico. La distinción entre servicios con contenido asistencial versus servicios con contenido económico en materia de salud es falaz: el consumidor sí paga una

contraprestación. El hecho de que el consumidor esté parcialmente subvencionado no lo descategoriza como tal.

6. De otro lado, la calificación de “obligación irresistible” por parte del Estado prestador de servicios y de la situación de “ninguna posibilidad de elección” del consumidor, no desnaturaliza la relación de consumo; puesto que no se puede crear un requisito donde la ley no lo pide, dejando desprotegido al consumidor que acude al Estado demandando una prestación de servicios en salud. Además, cabe precisar que, en la prestación de servicios médicos, el Estado no ejerce su imperium: está actuando como cualquier particular; por lo tanto, no hay razón jurídica alguna que justifique esta intolerable disparidad de tratamiento.
7. Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 60° de la Constitución Política que establece que la actividad empresarial –pública o no pública– recibe el mismo tratamiento legal y, al principio pro consumidor, el cual señala que en cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores, no se ve razón que justifique la desprotección a aquellos consumidores de los servicios con contenido asistencial, más aún si no existe norma legal que declare falta de competencia primaria de la autoridad administrativa en estos casos. No debiendo olvidar que es un principio admitido dentro del Derecho de los Consumidores el de “vulnerabilidad del consumidor en el mercado”, el mismo que de alguna manera se asimila con el de “asimetría informativa”.
8. En conclusión, se considera que la Superintendencia Nacional de Salud – SUSALUD, como parte de su facultad sancionadora, también, deberá aplicar supletoriamente el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, sus modificatorias, complementarias y conexas, a las IAFAS, IPRESS y UGIPRESS públicas, en todo lo no previsto por el Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD, en materia de presuntas infracciones a los derechos de los consumidores y que se encuentren dentro de las competencias transferidas a SUSALUD; no existiendo argumento alguno que se oponga a ello.

ACUERDO N° 009-2017:

Visto y considerando los fundamentos antes expuestos, luego del debate correspondiente, los vocales del Tribunal reunidos en Sala Plena, por unanimidad, acordaron establecer el siguiente criterio interpretativo:

1. Que la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en aspectos referidos a presuntas infracciones a los derechos de los consumidores y que se encuentran dentro de las competencias transferidas a SUSALUD, también, será de aplicación para las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS), las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) y las Unidades de Gestión de IPRESS (UGIPRESS), públicas, en forma supletoria a las establecidas por el Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD.
2. Encargar a la Secretaria Técnica del Tribunal comunicar este Acuerdo a la Superintendente Nacional de Salud, para la difusión correspondiente.

3. Disponer la publicación del presente Acuerdo en el Portal web de la Superintendencia Nacional de Salud.

Firmado: RODRÍGUEZ SIFUENTES, ARÓSTEGUI GIRANO, BUSTAMANTE ZAVALA, ESPINOZA ESPINOZA, GUZMÁN NAPURÍ, LEÓN HILARIO, QUIMPER HERRERA, RODRÍGUEZ BRIGNARDELLO y VARSÍ ROSPIGLIOSI.

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR (LA COMISIÓN)
DENUNCIANTE : MARTHA GOYA URETA CABRERA VDA. DE CABRERA (LA SEÑORA URETA)
DENUNCIADO : SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD (ESSALUD)
MATERIA : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
IDONEIDAD DEL SERVICIO
ACTIVIDAD : SERVICIOS MÉDICOS

Lima, 15 de noviembre de 2006

ANTECEDENTES

El 13 de octubre de 2005, la señora Ureta denunció a Essalud por infringir la Ley de Protección al Consumidor al no diagnosticarle oportunamente el cáncer de mama que padecía. Señaló que el 11 de noviembre de 2004 acudió al departamento de Ginecología de la Clínica San Luis de Essalud para su chequeo anual, donde se le ordenó que se practique una mamografía. Cuando acudió al Hospital Guillermo Almenara Irigoyen, le indicaron que el equipo se encontraba fuera de servicio, por lo que se realizó la mamografía en el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas, encontrándole un tumor maligno en la mama izquierda. El 27 de enero de 2005 se practicaron una mastectomía, siendo posteriormente sometida a sesiones de quimioterapia y radioterapia.

La señora Ureta refirió que de la revisión de las placas, se pudo concluir que el tumor pudo haber sido tratado desde el año 2002. No obstante, en Essalud se le había entregado un diagnóstico erróneo derivado de la mala interpretación de las mamografías y ecografías que le tomaron en los años 2002; 2003 y 2004¹.

Presentados los descargos, mediante Resolución N° 675-2006/CPC del 18 de abril de 2006, la Comisión declaró fundada la denuncia contra Essalud por infracción al artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor, sancionándola con una multa de 50 UIT. Asimismo le ordenó, como medida correctiva, que cumpla con devolver a la denunciante los gastos médicos incurridos con motivo de su tratamiento contra el cáncer, los cuales ascienden a S/. 10 285,50, así como el pago de costos y costas incurridos por la denunciante en el presente procedimiento².

¹ La denunciante solicitó como medida correctiva, el reembolso de los S/. 10 285,50 que le iba a demandar el tratamiento contra el cáncer los próximos 5 años. Asimismo, solicitó el pago de una reparación civil por los daños y perjuicios que le ocasionaron, así como el pago de las costas y costos del procedimiento.

² La Comisión declaró improcedente la solicitud presentada por la señora Ureta para que ordene a Essalud el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados

El 8 de mayo de 2008, Essalud apeló la resolución de la Comisión. Solicitó tener en cuenta que en la seguridad social, entendida como el derecho que asiste a toda persona de acceder por lo menos a una prestación básica para satisfacer estados de necesidad, existían asegurados obligatorios y potestativos. En el caso de los asegurados obligatorios, su condición nacía del supuesto establecido en la Ley, teniendo esa condición, por ejemplo, los trabajadores dependientes o los pensionistas, y las prestaciones a las que éstos accedían también venían establecidas por la propia ley.

Essalud manifestó que si bien la Ley de Protección al Consumidor definía como consumidores a quienes utilizaban productos y servicios, era necesario tomar en cuenta que la seguridad social no formaba parte de su ámbito de aplicación. Prueba de ello era que no correspondía afirmar que, en el marco de la seguridad social, se podía acceder a servicios valorativamente competitivos o que los asegurados pudieran elegir libremente los que desearan. Ello no implicaba que los asegurados no contaran con organismos donde recurrir para presentar sus quejas y reclamos, pues además de contar con la vía jurisdiccional, podían recurrir a la Defensoría del Pueblo o a la Defensoría del Asegurado.

Respecto a la supuesta falta de idoneidad en el servicio, Essalud señaló que la calificación del tratamiento brindado a la señora Ureta se basó únicamente en los argumentos de la denunciante y no en informes o peritajes profesionales. Manifestó que de la revisión de la historia clínica de la denunciante se observaba que Essalud había actuado con la diligencia debida, efectuando todos los exámenes y tratamientos (ecografías, mamografías). Añadió que no resultaba posible ordenarle la devolución de los gastos médicos en los que incurrió la denunciante, toda vez que de acuerdo al artículo 3° de la Ley General de Salud, sólo procedía el reembolso en casos de emergencia o cuando Essalud determinara de acuerdo a sus normas internas que un paciente deba ser derivado a atención fuera de la Institución por no contar con el tratamiento correspondiente.

ANÁLISIS

La ley que establece sanciones y faculta a que la autoridad administrativa imponga las mismas debe ser siempre interpretada de manera restrictiva, independientemente de su vocación para regular de manera general un ámbito de la actividad económica de los ciudadanos. La Ley de Protección al Consumidor (en adelante, la Ley) responde a dicha característica pues, si bien se presenta como un marco legal aplicable de manera general a todas las operaciones de consumo, debe estarse a su aplicación restrictiva en cuanto establece sanciones a determinadas personas. No puede perderse de vista que la sanción es la imposición de un desmedro desde el Estado a un agente y que, como tal, en su imposición debe primar el criterio restrictivo.

De otro lado, las normas deben interpretarse en coherencia con el sistema legal al cual pertenecen, no siendo posible en este caso, dejar de lado en su aplicación la estimación sobre que la Ley se encuentra referida a la regulación de operaciones de consumo. Las operaciones de consumo son la expresión más nítida de la existencia de un mercado en donde proveedores y consumidores intercambian bienes o servicios por dinero, en busca de la satisfacción de sus respectivas necesidades. Siendo este el marco legal, resultaría absurdo aplicar la Ley a operaciones que no se dan en un mercado determinado, sino que más bien corresponden a la prestación de servicios públicos de carácter asistencial por parte del Estado. Lo anterior, sin perjuicio de que la vía para establecer una sanción por conductas inapropiadas pueda ser distinta o se canalice por otros ámbitos jurídicos.

En la línea de los señalado, el artículo 1° de la Ley fija su campo de aplicación a las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que se dediquen en establecimientos abiertos al público o en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios en el territorio nacional. La norma deja abierta la posibilidad de su aplicación a personas de derecho público, lo cual resulta muy acertado pues estas personas también realizan actividades dentro de un marco de consumo, como por ejemplo, la prestación de servicios de transporte aéreo, suministro de combustibles o prestación de servicios postales. Sin embargo, en todos estos casos y los demás que pudieran mencionarse las personas de derecho público actúan como agentes del mercado y, en ese sentido, se someten a la legislación aplicable. Resulta natural pensar que es posible reclamarle a una entidad pública que organiza un evento académico anunciando expositores extranjeros que luego no asisten por una infracción a normas de protección al consumidor. Incluso en este caso, habría que evaluar la habitualidad del ofertante del servicio.

Asimismo, también es importante notar que el texto legal pone énfasis en la comercialización de bienes o servicios, es decir, que se refiere a operaciones que se realizan en el mercado.

¿Puede la Ley aplicarse a la prestación de servicios públicos de carácter asistencial?

En primer lugar, debe tenerse en consideración que los servicios públicos pueden catalogarse de dos maneras: servicios con contenido económico y servicios con contenido asistencial. Los servicios con contenido económico son aquellos en los cuales el gestor de los servicios obtiene beneficios económicos y, precisamente por ello, es en estos servicios en los cuales el Estado puede obtener el concurso de particulares vía la concesión, como por ejemplo, telefonía, energía eléctrica, etc.; por el contrario, los servicios con contenido asistencial son aquellos en los cuales la actividad es requerida con fines sociales y tiene por finalidad equilibrar

diferencias sociales alcanzando salud, educación, transportes a los sectores más necesitados. En este caso, la participación de los particulares no es posible ni atractiva, toda vez que no existe un ánimo lucrativo en la prestación del servicio. Es de notar que esto no quiere decir que el servicio asistencial sea gratuito para quien lo reciba, pues normalmente se exigirá algún tipo de retribución destinada al sostenimiento de la actividad en función a la capacidad económica del beneficiado³.

En segundo lugar, estos servicios de contenido asistencial no se brindan en un esquema de mercado u operaciones de consumo. En efecto, el prestador del servicio asistencial está en la obligación irresistible de prestarlo siempre que le sea requerido, con lo que no tiene ninguna posibilidad de selección de su contraparte. Igualmente, el beneficiado con el servicio acude a una dependencia estatal respecto de la cual no tiene ninguna posibilidad de elección. En otras palabras, el beneficiado toma el servicio que se le ofrece sin posibilidad de que pueda elegir las condiciones del mismo. Finalmente, en cuanto al precio, el usuario no paga un precio, sino más bien una compensación por el servicio que recibe, destinada a mantener la operatividad del mismo. En el supuesto extremo, el usuario no entrega ni la contraprestación por la atención recibida, y sigue siendo obligación del Estado atenderlo adecuadamente por los aportes realizados.

Otro aspecto que debe considerarse es que el sostenimiento de los servicios públicos asistenciales se realiza sobre la base del presupuesto que el Tesoro Público asigna a dicha entidad. En el caso que se impusiera una multa a la entidad, la misma tendría que ser honrada con dineros del propio Tesoro Público. En ese sentido, no resulta razonable que una entidad del Estado sancione pecuniariamente a otra entidad estatal en tanto que los fondos de ambas instituciones proceden de un mismo lugar, a saber, el Tesoro Público.

Asimismo, debe considerarse que la función de la sanción es desincentivar conductas, para que los particulares al momento de realizarla tengan presente los costos de la misma. Pero, dicha facultad se encuentra reservada al Estado. Sólo el Estado es titular del *ius puniendi*, esto es, nadie más que él puede sancionar. En este orden de ideas, no cabe que las entidades del Estado se sancionen entre sí, pues en última instancia es el Estado sancionándose a sí mismo.

¿Esta posición significa la impunidad del Estado en la prestación de servicios asistenciales? La respuesta es negativa. El ordenamiento prevé diversos mecanismos para sancionar a los funcionarios públicos que realizan inadecuadamente sus labores, tales como las acciones de control, el procedimiento disciplinario, etc. Mediante estos mecanismos se determinará si

³Ver GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, TECNOS, Madrid, 1992, volumen II, pág. 347-375.

hay o no responsabilidad administrativa del funcionario público. Asimismo, la administración pública esta sujeta a la indemnización de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil de la entidad, pues en este tipo de procesos lo que se busca es compensar a la víctima por el daño sufrido producto de la actividad administrativa. Así, de determinarse la responsabilidad civil de la entidad, el monto que el Juez ordene pagar a la entidad deberá ser entregado a la víctima. Los fondos que deben cubrir la indemnización saldrán del tesoro pero irán directamente a la víctima.

Como puede apreciarse, existe una sustancial diferencia entre un proceso por indemnización de daños y perjuicios y un procedimiento de protección al consumidor seguido contra entidades que forman parte del Estado.

En consecuencia, la Ley sólo debe aplicarse a las actividades que se encuentren dentro del marco propio del derecho privado, mientras que las actividades donde la regulación estatal sea exorbitante, esto es, de derecho público y, en específico, las actividades calificadas como servicios públicos asistenciales deben únicamente aplicarse las normas propias de su ámbito.

En el Título Preliminar de la Ley General de Salud se indica que sus normas son de interés público, siendo responsabilidad del Estado regular, vigilar y promover la salud. Asimismo, dicha ley establece una serie de obligaciones para las personas (privados o públicos) que presten servicios de salud, las cuales escapan a una simple regulación de derecho privado. En consecuencia, es improcedente pretender encauzar a una dependencia pública por la vía del la Ley de Protección al Consumidor.

RESUELVE: revocar en todos sus extremos la Resolución N° 675-2006/CPC emitida el 18 de abril de 2006 por la Comisión de Protección al Consumidor y, reformándola, declarar improcedente la denuncia contra el Seguro Social de Salud – ESSALUD.

Con la intervención de los señores vocales: Juan Francisco Rojas Leo, Julio Baltazar Durand Carrión, Sergio Alejandro León Martínez, José Alberto Oscátegui Arteta, Luis Bruno Seminario de Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.

JUAN FRANCISCO ROJAS LEO
Presidente

Exp. N.º 00027-2006-PI

**SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2007

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

**Colegio de Abogados de Ica (demandante)
Contra el Congreso de la República (demandado)**

Asunto:

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Oscar Loayza Azurín, Decano del Colegio de Abogados de Ica, contra el artículo 7º, numeral 7.2, literales a, b y c del Título III de la Ley Nº 27360, titulada 'Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario', y que en los artículos invocados en específico regula el régimen laboral para los trabajadores del sector agrario, publicada en el diario oficial 'El Peruano' el 31 de octubre del año 2000.

**LANDA ARROYO
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.º EXP. N.º 00027-2006-PI
ICA
COLEGIO DE ABOGADOS DE ICA**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, integrado por los magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli

I. ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Óscar Loayza Azurín, Decano del Colegio de Abogados de Ica, contra el artículo 7º, numeral 7.2, literales a, b y c del Título III de la Ley N.º 27360, titulada 'Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario', y que en los artículos invocados en específico regula el régimen laboral para los trabajadores del sector agrario, publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de octubre del año 2000.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso : Proceso de Inconstitucionalidad
Demandante : Colegio de Abogados de Ica
Norma sometida a control : Ley N.º 27360
Normas constitucionalescuya vulneración se alega : Artículo 1º y artículo 2º numeral 2 de la Constitución Política
Petitorio : (i) Se declare la inconstitucionalidad del artículo 7º, numeral 7.2, literales a, b, y c, del Título III de la Ley N.º 27360, por constituir una afectación al principio de igualdad ante la Ley
(ii) Se dispongan las medidas de equiparación, a fin de superar la situación de inconstitucionalidad generada por la norma impugnada

III. NORMA CUESTIONADA

Ley N.º 27360, 'Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario'^[1]

El texto pertinente de la norma de rango legal, cuya constitucionalidad es materia de cuestionamiento a través del proceso de inconstitucionalidad instaurado, es el que sigue:

“TÍTULO III DEL RÉGIMEN LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

“Artículo 7.- Contratación Laboral

7.1 Los empleadores de la actividad agraria comprendidos en el Artículo 2 de la presente Ley podrán contratar a su personal por período indeterminado o determinado. En este último caso, la duración de los contratos dependerá de la actividad agraria por desarrollar, pudiendo establecerse jornadas de trabajo acumulativas en razón de la naturaleza especial de las labores, siempre que el número de horas trabajadas durante el plazo del contrato no exceda en promedio los límites máximos previstos por la Ley. Los pagos por sobretiempo procederán sólo cuando se supere el referido promedio.

7.2 Los trabajadores a que se refiere el presente artículo se sujetarán a un régimen que tendrá las siguientes características especiales:

a) Tendrán derecho a percibir una remuneración diaria (RD) no menor a S/. 16.00 (dieciséis y 00/100 Nuevos Soles), siempre y cuando laboren más de 4 (cuatro) horas diarias en promedio. Dicha remuneración incluye a la Compensación por Tiempo de Servicios y las gratificaciones de Fiestas Patrias y Navidad y se actualizará en el mismo porcentaje que los incrementos de la Remuneración Mínima Vital.

b) El descanso vacacional será de 15 (quince) días calendario remunerados por año de servicio o la fracción que corresponda, salvo acuerdo entre trabajador y empleador para un período mayor.

c) En caso de despido arbitrario, la indemnización es equivalente a 15 (quince) RD por cada año completo de servicios con un máximo de 180 (ciento ochenta) RD. Las fracciones de años se abonan por dozavos.”

IV. ANTECEDENTES

1. Fundamentos de la demanda

Con fecha 30 de octubre de 2006, el Decano del Colegio de Abogados de Ica, Óscar Loayza Azurín, contando con el previo Acuerdo de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Ica, interpone demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 7º (Contratación Laboral), numeral 7.2, literales a, b, y c de la Ley N.º 27360 (Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario), publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de octubre de 2000. Manifiesta el demandante que el contenido normativo de la Ley materia de cuestionamiento es contrario al principio de igualdad y no discriminación constitucionalmente consagrado en el artículo 2º, numeral 2.

Los argumentos principales aducidos son los siguientes:

- El demandante ampara el cuestionamiento de la norma referida en lo dispuesto por el artículo 1º, artículo 2º numeral 2, y en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, entre otros varios instrumentos internacionales, para afirmar que se ha afectado el Principio de Igualdad.
- La Ley N.º 27360, en específico el Título III, estableció un régimen laboral especial, transitorio, que preveía beneficios laborales inferiores a los reconocidos a favor de los trabajadores sujetos al régimen laboral común, con una vigencia prevista inicialmente hasta el año 2010.
- Sin embargo, el 27 de junio de 2006, el Congreso de la República aprobó su ampliación hasta el año 2021, lo que originó no sólo la ampliación de los beneficios tributarios allí definidos, sino la ampliación de un régimen laboral que recortaba derechos fundamentales laborales de los trabajadores del sector agrario, atentando contra los principios de igualdad de trato y no discriminación, garantizados por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Perú.

- La Ley materia de cuestionamiento en esta vía no sólo estableció beneficios tributarios, sino que en el artículo 7º diseñó un régimen laboral diferenciado sin una justificación objetiva y razonable. Recuerda asimismo que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que, en algunos casos, el Estado promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o tratamientos favorables, lo que se conoce como discriminación positiva o affirmative action, y que no es el caso de las medidas adoptadas a través de la norma en cuestión, pues las medidas laborales instauradas en este régimen como una jornada de trabajo acumulativa, una remuneración que incluye los conceptos de CTS y gratificaciones, conllevan a que los ingresos resulten inferiores a los del régimen laboral general. En esa misma línea, se encuentra la regulación sobre descanso vacacional y la indemnización por despido arbitrario.
- En la medida que el derecho a la igualdad es un derecho relacional, a través de este régimen laboral especial, se vulnera también el derecho de acceso a mejores condiciones de vida, y por ende al disfrute de los derechos a la salud, a la educación, a la vivienda adecuada, a la alimentación, entre otros.
- Los beneficios no pueden ser otorgados a costa y en desmedro de la otra parte afectada por las mismas contingencias, como es el caso de los trabajadores, más aún cuando en la relación empresario-trabajador los trabajadores constituyen la parte más débil, siendo que sus derechos son materia de mayor protección tanto por la Constitución Política como por el Derecho Internacional.
- Se cuestiona si las medidas adoptadas en la norma materia de análisis, son apropiadas y necesarias; o si, finalmente, carecen de justificación objetiva y razonable. Si bien el sector agrario tiene características propias y diferenciadas que podrían justificar la imposición de un régimen laboral especial, el mismo no puede contravenir los derechos sociolaborales mínimos establecidos nacional e internacionalmente.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 25 de setiembre de 2007, el Congreso de la República, a través de su apoderado, Jorge Campana Ríos, contesta la demanda de inconstitucionalidad, solicitando que se la declare Infundada, por considerar que no existe contravención a normas constitucionales ni por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, como tampoco directa o indirectamente, en atención a las siguientes consideraciones:

- No toda desigualdad en el trato implica una discriminación, sino sólo aquella que no tiene sustento o no sea lo suficientemente razonable y proporcional.
- La Constitución otorga al Estado un rol promocional en materia de empleo, lo cual está plasmado, en primer lugar, en el artículo 23º, en cuanto a las políticas de fomento del empleo productivo (en la sección referida a derechos

económicos y sociales); y, en segundo lugar, en el artículo 58°, en cuanto a que el Estado actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo (en la sección relativa al Régimen Económico).

- La norma cuestionada fue emitida en el marco de la atribución constitucional que se otorga al Estado en materia de promoción del empleo.
- En igual línea, el artículo 59° de la Constitución establece que el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, y promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.
- La Ley materia de cuestionamiento no afecta el contenido esencial de los derechos laborales consagrados en la Constitución, más aún cuando el contenido del derecho al trabajo constitucionalmente reconocido se refiere al derecho de acceso al trabajo remunerado y a la protección contra el despido arbitrario, además de los límites establecidos por el propio texto constitucional, cuales son el goce de los derechos fundamentales y la dignidad del trabajador.
- En materia de remuneración, la Constitución ha establecido un abanico de posibilidades, al considerar con carácter programático el derecho a un pago equitativo y suficiente.
- De otro lado, si bien la Constitución garantiza el derecho a una jornada de ocho horas diarias o 48 horas semanales como máximo, dentro de ellas deben incluirse las jornadas atípicas o acumulativas; y en cuanto al derecho al descanso vacacional, la Constitución ha previsto que sus características se regulan por la legislación infraconstitucional o la voluntad de las partes, por tanto, en este extremo concuerda con la norma fundamental.
- Además, con respecto al cuestionamiento sobre el monto de la Compensación por Tiempo de Servicios, la norma constitucional sólo establece que hay una prioridad obligacional para el empleador de este concepto.
- Si bien el régimen especial diseñado tiene características particulares, ello no lesiona el contenido esencial de los derechos reconocidos por la Constitución; más bien, la norma cuestionada permite el ejercicio del acceso al trabajo remunerado, así como la seguridad social bajo reglas diferentes en tanto responde a las necesidades distintas (por la naturaleza de las cosas) del trabajo en el sector agrario. En virtud del artículo 103° de la Constitución, el establecimiento de un régimen especial en el sector agrario se justifica plenamente por el elemento aleatorio presente en tal actividad, es decir tiene como sustento la naturaleza de las cosas.
- En el marco de los Convenios internacionales de la OIT, se han establecido diferencias para el caso de los trabajadores agrícolas en tres aspectos: (i) la fijación de salarios mínimos que tiene un régimen privativo para la agricultura; (ii) el tratamiento del descanso vacacional que permite

diferenciación; (iii) las condiciones de seguridad y salud en el trabajo para el sector del agro. Se citan los Convenios de OIT, especialmente, en el tema salarial, el Convenio N.º 131, que no obliga a una uniformización de regímenes ni a la eliminación de las distinciones. Con relación al descanso vacacional, el Convenio N.º 101 no establece mínimos para el descanso vacacional. En cuanto al tema de la seguridad y salud en dicho sector, el Convenio N.º 184 y la Recomendación N.º 192 permiten que los Estados puedan progresivamente asimilar estas condiciones al régimen común. Así, la propia OIT permite la existencia de distinciones entre el régimen especial agrario y el régimen general, siendo posible que el régimen agrario tenga como punto de partida un piso menor que el del régimen general.

- Países como Argentina, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, entre otros, han establecido regímenes diferenciados para los trabajadores agrícolas, incluso diferenciaciones dentro del propio sector agrícola, como es el caso de Colombia para los trabajadores bananeros, Costa Rica o Francia, que excluye en materia de salario mínimo a los trabajadores agrícolas.
- El Tribunal Constitucional ha señalado, a nivel jurisprudencial, que el derecho a la igualdad supone tratar “Igual a los iguales” y “desigual a los desiguales”.

3. Amicus Curiae

Con fecha 23 de octubre de 2007, se presentaron ante este Tribunal en calidad de amicus curiae: DEMUS ‘Estudio para la defensa de los derechos de la mujer’, CLADEM – Perú y la Asociación Aurora Vivar, para expresar criterios técnicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que en su opinión abonarían a la inconstitucionalidad de la ley cuestionada.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Previamente al pronunciamiento de fondo sobre la supuesta inconstitucionalidad de los artículos pertinentes de la Ley N.º 27360, el Tribunal considera necesario realizar un análisis de las siguientes materias de relevancia constitucional:

- El principio – derecho a la igualdad y su contenido
- Entre la discriminación y el trato diferenciado qué se proscribire
- Remuneración, descanso vacacional anual y la indemnización por despido en el régimen laboral común
- Las singularidades del sector agrario y la justificación de un régimen laboral especial para este sector
- El sector agrario y su problemática desde el enfoque de la OIT
- Dos regímenes laborales especiales: el régimen de MYPE y el régimen del sector agrario
- El rol del Estado en la promoción y acceso al empleo en una Economía Social de Mercado conforme a la Constitución

- La eficacia progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales y las restricciones presupuestarias de los Estados desde la perspectiva del CDESC
- El artículo 103º de la Constitución y la naturaleza de las cosas
- Aplicación del 'Test de Igualdad' para determinar la existencia de trato discriminatorio

VI. FUNDAMENTOS

§1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1. El Principio de Igualdad y su tratamiento

a. A nivel de la normativa constitucional y de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional

1. A nivel constitucional, se ha reconocido en el artículo 2º, numeral 2) el principio-derecho a la igualdad, dentro del Capítulo correspondiente a los Derechos Fundamentales de la Persona, en el Título De la Persona y de la Sociedad: "Toda persona tiene derecho a: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, o de cualquiera otra índole."
2. Con relación a la Igualdad, este Colegiado se ha pronunciado indicando que "(...), la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho, y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables"^[2]. (subrayado agregado)
3. En línea con lo antes expuesto, este Tribunal se ha pronunciado indicando la importancia de "(...) el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. (...), cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable ^[3]".
4. Respecto a la doble dimensión del principio-derecho a la igualdad, este Colegiado se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“(…) En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional: la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes. Una cuestión de vital trascendencia con respecto al principio de Igualdad, es que ha quedado clara la proscripción de todo trato discriminatorio, mas no así el tratamiento diferenciado, que bajo ciertos esquemas y parámetros es permitido, pues no se debe perder de vista que no todo trato diferente ostenta la característica de ser discriminatorio. La discriminación se produce cuando ese trato diferente carece de razones que lo justifiquen.

En la medida que la Igualdad, además de ser un principio rector del ordenamiento, constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la prohibición de discriminación. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de intervención en el mandato de igualdad.”^[4] (subrayado agregado)

5. De otro lado, y con relación a la herramienta doctrinaria constitucional desarrollada, a efectos de determinar cuándo es que se ha producido una afectación al principio-derecho a la igualdad, este Colegiado ha señalado que “(…) si en un caso concreto estamos frente a una afectación del principio-derecho a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es el test de igualdad, que es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio o no del principio – derecho a la igualdad.”^[5] (subrayado agregado). Con referencia a la aplicación del test de igualdad nos pronunciaremos en el apartado correspondiente de la presente sentencia.
6. Así, el principio – derecho a la igualdad ha sido constitucionalmente reconocido, y se le ha dotado de contenido indicándose que no todo trato desigual nos sitúa frente a una afectación de su doble conceptualización (principio-derecho), sino que es necesario evaluar, caso por caso, si dicha diferenciación en el trato carece de justificaciones objetivas que sustenten la desigualdad existente en determinada situación fáctica, análisis que en definitiva nos permitirá dilucidar, en el caso concreto, si es que se ha producido la vulneración en términos de igualdad. Es importante advertir que el análisis constitucional y el tamiz que debe superar la presunta afectación demandada, consiste en la aplicación de una herramienta constitucional en plenitud, así reconocida no sólo a nivel doctrinario, sino ya aplicada por este Colegiado en la línea jurisprudencial desarrollada para situaciones análogas, vinculadas a posibles afectaciones a la Igualdad.

b. A nivel de la normativa internacional, como instrumentos de interpretación

7. Conforme a la IV disposición final y transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del CPCConst se ha previsto que el contenido y los alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos de los que el Perú es parte. En esa línea, corresponde a este Colegiado considerar el contenido que se ha dado al principio – derecho a la Igualdad en este ámbito.
8. El principio – derecho a la Igualdad ha sido regulado y su defensa es materia presente no sólo en la normativa constitucional de los Estados. Además, debido a la trascendencia e importancia que este principio ostenta, y sobre todo por su doble alcance como derecho fundamental y como derecho humano básico, a nivel de los instrumentos internacionales se ha reservado campo de regulación para la Igualdad, aun cuando, enunciado con matices y formas distintas, todos confluyen en la necesidad de proscripción de la discriminación por razones subjetivas en diferentes ámbitos y aspectos.
9. Cabe destacar que la Igualdad no es un principio y derecho privativo del ámbito laboral. Su tratamiento y aplicación se ha previsto para los diferentes ámbitos en los que la persona humana –fundamento básico de la sociedad y del Estado– se desenvuelve. La Igualdad cruza transversalmente todos y cada uno de los espacios de desarrollo de la persona, pues garantiza la dignidad humana (artículo 1° de la norma constitucional nacional).
10. En ese sentido, es que este Colegiado considera útil reseñar los enunciados centrales relativos a Igualdad, incluidos en los principales instrumentos internacionales, en particular los relativos en el ámbito laboral internacional tal como se consigna a continuación:

Instrumento Internacional	Texto del artículo pertinente
Carta de Naciones Unidas	Artículo 55 “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: (...) c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades

	<p>fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.</p>
<p>Declaración Universal de Derechos Humanos</p>	<p>Artículo 2.1 “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.</p> <p>Artículo 7 “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.</p>
<p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</p>	<p>Artículo 26º “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.</p>
<p>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</p>	<p>Artículo 2.2 “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.</p> <p>Artículo 3 “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”</p> <p>Artículo 7.a.i “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le</p>

	<p>aseguren en especial:</p> <p>a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:</p> <p>i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”</p>
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	Artículo II “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.
Convención Americana sobre Derechos Humanos	Artículo 24º “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.
Declaración de OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo	<p>“2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:</p> <p>d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.</p>
Convenio N.º 111 – OIT, sobre discriminación (empleo y ocupación) ^[6]	<p>Artículo 1º “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:</p> <p>a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;</p> <p>b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando</p>

	<p>dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.</p> <p>2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.</p> <p>3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”.</p> <p>Artículo 2º “Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.”</p>
<p>Convenio N.º 100 OIT sobre igualdad de remuneración</p>	<p>Artículo 1º</p> <p>“A los efectos del presente Convenio:</p> <p>a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último;</p> <p>b) la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.”</p>

11. Todos estos instrumentos reseñados proscriben y condenan, en efecto, todo trato discriminatorio, es decir aquel que se realice sin una justificación objetiva, mas no así todo trato diferenciado.

§2. LOS REGÍMENES LABORALES EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

1. El régimen laboral común

a. Regulación del Régimen Laboral común en materia de remuneración, descanso vacacional y la indemnización por despido, a la luz de la Constitución y las normas de desarrollo

12. El régimen laboral común aplicable a los trabajadores inmersos en la actividad privada tiene una regulación general en materia de remuneración, jornada de trabajo y descanso vacacional^[7], así como respecto de la indemnización por despido, materias que se han desarrollado in extenso a nivel infraconstitucional, debido a que los artículos constitucionales que regulan estas materias, delegan en el legislador el desarrollo de los mandatos constitucionales, aun cuando resulta innegable que la Constitución ha establecido el marco director que debe orientar esa regulación de rango legal.
13. Resulta importante indicar que precisamente los tres aspectos del Régimen Laboral Común que seguidamente desarrollamos, coinciden con los tres elementos regulados en la Ley N.º 27360 y que son materia de cuestionamiento en esta demanda, al haberse alegado su inconstitucionalidad. Los elementos cuestionados que forman parte de la ejecución y fin de la relación laboral son: Remuneración
14. La norma constitucional, en materia de remuneración, ha establecido en el artículo 24º que:

“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.
El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.” (subrayado agregado)
15. El mandato constitucional ha previsto como condición que la remuneración que el trabajador perciba como contraprestación por la labor (entendida en términos latos) que realiza debe ser equitativa y suficiente; características que constituirían los rasgos esenciales del derecho a la remuneración. Adicionalmente, la norma constitucional dispone que tanto el pago de las remuneraciones como de los beneficios sociales ocupan el primer orden de prelación entre las obligaciones del empleador; y, un tercer elemento que se dilucida de la norma constitucional en esta materia es la delegación al Estado de la regulación sobre remuneración mínima, previéndose la participación de los agentes sociales en dicha regulación. En nuestro país, en línea con tal disposición, normalmente ha tenido participación -desde que su existencia lo permite- el Consejo Nacional del Trabajo para fines de la determinación de la remuneración mínima. Una cuestión adicional que nuestro ordenamiento jurídico nacional imprime a la remuneración, con el fin que pueda calificar como tal, es su carácter de libre disponibilidad ^[8].
16. Con relación a la regulación sobre remuneración mínima vital debe considerarse que, por su grado de imperatividad y dispositividad, frente a la

autonomía privada, es un derecho necesario relativo. Como tal se constituye en un estándar mínimo por debajo del cual no se puede pactar, dado que ello sería inconstitucional.

17. De otro lado, y ya más bien a nivel de política salarial, la OIT, en materia de salarios y remuneraciones, en la Agenda Hemisférica 2006 – 2015, ha planteado que la política salarial de la mayoría de países se reduce a la aplicación del salario mínimo aunque, por lo general de manera discrecional e irregular, se afirma que el salario mínimo debe tener un papel simple y concreto, cual es ser el piso de la escala de salarios del sector privado^[9]. (subrayado agregado)

□ Jornada de Trabajo y descanso anual vacacional

18. En materia de jornada de trabajo y descanso semanal, el artículo 25º de la Constitución Política ha establecido que “La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo (subrayado agregado). Constitucionalmente, es válida la existencia de jornadas acumulativas o atípicas, siempre que no excedan los límites establecidos. Este Colegiado ya se ha pronunciado con referencia a las jornadas de trabajo atípicas y acumulativas indicando que “(...) De las disposiciones citadas, que constituyen el parámetro constitucional que debe emplearse para la configuración del derecho a la jornada laboral de ocho horas diarias, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se desprende que:

- a) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración.
(...)
- e) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor (...) ^[10]” (subrayado agregado).

19. La jornada de trabajo, por definición, es una unidad de tiempo. Se mide por lapsos en los que el trabajador está a disposición del empleador para el desarrollo de una actividad productiva, bien sea prestando un servicio, realizando actos o ejecutando obras. Dicho lapso de tiempo no puede ser empleado en beneficio personal^[11].

20. Históricamente, la razón de ser de la jornada de trabajo ha variado con el transcurso del tiempo. Inicialmente “Limitar la jornada de trabajo fue (...) una forma de evitar los abusos del empleador, luego (...) adecuar el tiempo al salario y viceversa; más adelante se convirtió en un modo de mejorar la calidad de vida dentro y fuera del trabajo, y ahora se piensa en la reducción de la jornada como una forma de luchar contra el desempleo^[12]”.

21. A nivel del ordenamiento nacional y en materia de jornada de trabajo, la Constitución Política ha establecido una disposición que, por sus características de imperatividad y el espacio que deja a la autonomía privada, constituye un precepto reconocido doctrinariamente como una norma denominada máxima de derecho necesario, es decir, que se trata de un tope máximo hasta donde la autonomía privada puede pactar; por encima de ello opera la prohibición. Así, se permite la existencia de jornadas alternativas, acumulativas y atípicas, siempre que por la naturaleza especial de las actividades que se realizan así lo requieran y en la medida, claro está, que no se superen dichos topes^[13].
22. En cuanto al descanso vacacional anual remunerado, debemos indicar que se trata de un derecho de reconocimiento internacional a nivel de la normativa sobre derechos humanos, y, a nivel constitucional, el artículo 25º ha establecido que "(...) Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y compensación se regulan por ley o por convenio (subrayado agregado). De esta forma se ha optado por una reserva de ley y posibilidades de pacto mediante Convenio (autonomía colectiva) en esta materia, en cuanto a su disfrute y compensación.
23. Con relación al descanso vacacional, este Colegiado ha señalado que "(...) el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. (...), la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. (...), las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso diario sea posible^[14]." (subrayado agregado)
24. En cuanto al descanso vacacional anual remunerado, que es el descanso que se regula en la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, la normativa infraconstitucional ha establecido que el trabajador tiene -en el régimen común- derecho a treinta días (30) calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios; no obstante, el ejercicio de ese derecho está condicionado, además, al cumplimiento de un récord vacacional por parte del trabajador^[15].

Indemnización ante el despido arbitrario

25. Con relación a la protección frente al despido arbitrario, el artículo 27º de la Constitución señala que "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario" (subrayado agregado). Al respecto, debemos indicar que, más allá de las tipologías de despido y de las consecuencias previstas, pues como ha subrayado este Colegiado: "En efecto, (...) el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador^[16]"; la norma constitucional ha previsto una reserva de ley en esta materia, habiendo el legislador regulado para el caso de la

indemnización por despido^{[17][18]} en el régimen laboral común, una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios hasta un tope de doce sueldos; no obstante, se ha previsto el pago de dozavos y treintavos de remuneración mensual y media por los meses y días laborados.

26. No debemos dejar de señalar que la indemnización regulada para estos casos, está directamente vinculada al tiempo de servicios prestados por el trabajador.

2. El régimen laboral especial agrario

a. Características que definen el mercado de trabajo agrario y los rasgos que lo hacen distinguible – Contextualización

27. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha señalado, en cuanto a la situación de los derechos laborales básicos en el caso de los trabajadores del sector agrario, que “(...) En otras ocasiones, en virtud de las características del trabajo agrícola se ha legislado específicamente para este sector agrícola y se han contemplado horarios flexibles de trabajo, el pago del salario en especie y en dinero, la provisión de vivienda y atención de la salud. Suele ser habitual en el agro que los trabajadores ocasionales, temporeros o estacionales no gocen de la misma protección laboral de que gozan los trabajadores permanentes^[19]”.

28. Es importante resaltar la visión de la OIT con referencia a la realidad laboral en el ámbito rural, así como las carencias observadas y todo aquello que se requiere superar en este ámbito. A manera de ilustración, debemos señalar que la OIT ha incluido como parte de sus políticas en áreas específicas de intervención –como es el caso del sector rural y desarrollo local (sector que recibe un tratamiento propio)– esbozadas como parte integrante de la Agenda Hemisférica de Trabajo Decente para las Américas, 2006-2015, y en el diseño del objetivo que a ella corresponde, la necesidad de “Mejorar las condiciones de trabajo y de productividad de las actividades económicas que tienen lugar en el ámbito rural, (...)”.

29. Además, y a propósito del desarrollo que se hace de esta política de intervención y como parte de la justificación de este planteamiento, se reseña la situación general del mercado de trabajo del sector rural. Así, se indica que “En el sector rural se concentra, en promedio, un tercio de la población trabajadora de América Latina y el Caribe. (...)”. Y, con relación a los mercados de trabajo se señala que “(...) En el campo, los mercados de trabajo funcionan de manera diferente. Las relaciones asalariadas son menos frecuentes que en las áreas urbanas, el trabajo familiar es muy común, los mercados de trabajo son de tipo spot (es decir, se conforman para fines y momentos específicos), el empleo depende mucho de la agricultura y la ganadería, y la situación y condiciones del activo <<tierra>> (o propiedad agrícola) suele ser la principal preocupación, incluso antes que el empleo. (...) Esta actividad tiene algunos sectores modernos, prósperos y generadores de empleo, con salarios razonables y efectos multiplicadores en la economía rural. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos, se trata de una agricultura tradicional, de baja

productividad, poco articulada con la agroindustria, dependiente de tecnologías poco intensivas en capital y que utiliza mano de obra no calificada. Eso explica en parte, los bajos salarios que se pagan y los ingresos limitados de los productores que dependen principalmente de ese tipo de explotaciones. (...)

Si bien en el agro de la región existe un importante desarrollo de empresas modernas -en su mayor parte agroexportadoras- que generan trabajo asalariado de relativamente buena calidad, una importante fracción del empleo en el medio rural sigue estando asociada a la muy pequeña unidad agropecuaria de tipo familiar. La baja productividad de la mano de obra se asocia generalmente a los bajos niveles de educación, pero también debe reconocerse la marcada ausencia de inversión, herramientas y equipos, lo que impide que quienes trabajan el campo sean más productivos. Para modificar esta situación, se requiere la aplicación de políticas orientadas a la revalorización de lo rural, (...) indicándose la necesidad de “(...) diseñar y aplicar políticas específicas en cuatro grandes áreas, a saber: a) la creación de condiciones adecuadas para generar un entorno favorable a la inversión productiva; (...); c) la puesta en marcha de políticas específicas para la agricultura y ganadería (...). El primer grupo incluye políticas de obras y servicios rurales y políticas de atracción de inversiones para el medio rural, dado que el financiamiento agrario es precisamente uno de los problemas más acuciantes que existen. (...), son igualmente importantes las acciones orientadas al fomento de la capacidad empresarial y de negocios en las zonas rurales, ya que, por lo general, la población más educada ha migrado a la ciudad, y son pocos los que consideran dedicarse a la conducción de empresas agropecuarias, agroindustriales o de servicios para el agro o que están interesados en establecer negocios en el ámbito rural, donde las rentabilidades suelen ser bajas e inestables(...)^[20]”.

30. Todas estas características que definen el mercado de trabajo agrario de la región, permiten diferenciarlo del mercado urbano y, es evidente que cada uno de ellos tiene rasgos, carencias, realidades e incluso una tipología de trabajadores, que obligan a los Estados a generar políticas diferenciadas para mercados diferenciados.

31. La OIT en su página web oficial (vínculo del Sector Económico Agricultura) con relación a las condiciones de trabajo en el agro, manifiesta que:

“En muchos países las condiciones de trabajo de todos los trabajadores agrícolas, en particular de los no permanentes, siguen estando por debajo de los niveles mínimos aceptados en otros sectores de la economía(...).

En el campo se trabaja muchas horas cada día. (...) la legislación nacional como los convenios colectivos suelen estipular como cifra estándar más de 45 horas de trabajo semanales. La índole estacional de las actividades agrícolas explica la prevalencia de jornadas de trabajo particularmente largas en las épocas de siembra y de cosecha, y de jornadas menos prolongadas en los períodos intermedios. (...). La intensidad del trabajo deja poco tiempo para

pausas de descanso y recuperación de fuerzas. (...). Las modalidades del pago de los salarios pueden incluso exacerbar esta situación tan desmedrada. Como en general el salario mínimo en la agricultura tiende a ser bajo y se tiende a pagar incluso un salario inferior al mínimo y, en el caso de muchos trabajadores ocasionales, temporeros o estacionales, (...) se les paga a destajo (por kilo de unidades recogidas o cosechadas, por hilera de semillas plantadas, por hectárea rociada, por ejemplo) existe el fuerte incentivo de extender al máximo la jornada de trabajo como medio de aumentar los ingresos.

La propia índole del trabajo agrícola exige un esfuerzo físico importante y de manera constante que incluye el estar muchas horas de pie, agachado o en cuclillas, realizando movimientos repetitivos en posiciones corporales forzadas.(...)^[21]”.

b. Los regímenes laborales agrarios especiales y su regulación en otros países

32. Este Colegiado considera importante hacer referencia a la regulación que otros países han adoptado en relación al régimen laboral agrícola.
33. En primer lugar, citamos el caso de Chile, que a través de su Código de Trabajo^[22], ha regulado el Contrato de los Trabajadores Agrícolas (artículos 87º al 92º bis) en cuanto a definir a quiénes se aplica la normativa, jornada de trabajo, remuneración, condiciones de trabajo, las intermediarias de los trabajadores agrícolas; y, adicionalmente en un apartado especial, bajo el Título ‘Normas Especiales para los trabajadores agrícolas de temporada’ (artículos 93 a 95), se ha diseñado una regulación propia en la que se define a los trabajadores agrícolas de temporada, las formalidades de su contratación, la materia remunerativa y las condiciones de trabajo para estos trabajadores en específico.
34. En Chile, se afirma que “El empleo sectorial tiene rasgos de precariedad que a pesar de la fuerte expansión económica de la fruticultura y sus exportaciones, en lo sustantivo persisten. Ello aun cuando, gracias a la introducción de alguna normativa legal, a la implementación de políticas sociales de Gobierno y de programas de fiscalización de normas, se han logrado ciertos avances o mejorías en la situación de los trabajadores y trabajadoras, aunque su cobertura sigue siendo baja. En la actualidad, el empleo de los trabajadores y trabajadoras del sector continúa caracterizándose por la contratación temporal, con una duración anual promedio no superior a los cinco meses, con ciclos ocupacionales intermitentes y un significativo incremento en los meses de verano, coincidente con la cosecha. Esto determina una forma de empleo acotada en el tiempo, que significa un intenso esfuerzo mientras duran las faenas, y cesantía u ocupaciones informales y esporádicas el resto del año^[23]”.
35. En esa línea, Argentina a través de la Ley N.º 22.248, ‘Régimen Nacional de Trabajo Agrario’ (julio de 1980) y sus modificatorias, así como el Decreto

Reglamentario N.º 563, ha establecido una regulación especial para los trabajadores agrarios, tanto para los trabajadores permanentes como para los trabajadores no permanentes. Y, para el caso de las remuneraciones de los trabajadores permanentes, ha previsto, por ejemplo, que “Las remuneraciones mínimas serán fijadas por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario, las que no podrán ser inferiores al salario mínimo vital de ese momento, (...)” (subrayado agregado)

36. En Ecuador, el Capítulo VII de la Codificación 17, Registro Oficial Suplemento 167, de 16 de Diciembre del 2005, regula en apartado especial al empleador y obrero agrícolas, con referencia a las remuneraciones, jornadas de trabajo, descansos remunerados, entre otros.
37. En igual sentido, el Código de Trabajo de Guatemala regula en el Título Cuarto, referido al ‘Trabajo sujeto a Regímenes Especiales’, específicamente en el Capítulo I, el caso del ‘Trabajo Agrícola y Ganadero’.
38. En México, la Ley Federal del Trabajo regula en el Capítulo VIII (artículos 279º ss.) a los trabajadores del campo, comprendiendo a “(...) los que ejecutan los trabajos propios y habituales de la agricultura, de la ganadería y forestales, al servicio de un patrón”.
39. En Venezuela, la Ley Orgánica de Trabajo regula en el Título V los Regímenes Especiales, y, específicamente, en el Capítulo VI se refiere al trabajador rural, a quien define como “(...) el que presta servicio en un fundo agrícola o pecuario en actividades que sólo pueden cumplirse en el medio rural. No se considerará trabajador rural al que realice labores de naturaleza industrial o comercial o de oficina, aun cuando las ejecute en un fundo agrícola o pecuario^[24]”.
40. Así, queda claro que en países de la Región se ha mantenido la existencia de regulación normativa especial para los trabajadores del sector agrario; bien a través de normas independientes, como el caso de Argentina; bien como parte de los Códigos de Trabajo, como en el caso de Ecuador.

c. El régimen especial laboral agrario, a la luz de la normativa internacional especializada de la OIT

41. La OIT utiliza un enfoque sectorial, que sirve de plataforma para tratar todos los aspectos del trabajo en diversos sectores de la economía, para fines de optimizar el tratamiento de la problemática que cada sector presenta.
42. A nivel de OIT, se reconocen 22 sectores de la economía, siendo uno de ellos el que compete a la Agricultura. Una de las metas centrales planteadas por la OIT es lograr un trabajo decente para todos, incluyendo el sector agrícola en particular. Así, destaca la OIT: “Trabajo decente implica la aspiración de cada hombre y de cada mujer, esté donde esté, de realizar un trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad. El Trabajo Decente engloba el respeto de los derechos fundamentales, el acceso al empleo, la seguridad y la salud en el trabajo y la existencia de seguridad social. El Trabajo Decente es un resultado del diálogo social. (subrayado agregado).

(...)

La comunidad mundial ha establecido diez ambiciosas metas de Desarrollo del Milenio entre las que figuran la de reducir la pobreza y el hambre, el acceso al agua potable, a la atención médica y la educación, y la puesta en práctica de estrategias nacionales de desarrollo sostenible. Todas estas metas interesan directamente a las personas que viven en las zonas rurales. No cabe duda de que asegurarles a los trabajadores rurales un empleo seguro y condiciones decentes de vida y trabajo son hitos clave para reducir la pobreza y conseguir medios de vida sostenibles^[25]”.

43. En la normativa internacional especializada en materia laboral la OIT ha adoptado Convenios que se aplican específicamente al sector agrícola y a los trabajadores rurales, porque parte del reconocimiento de las diferencias presentadas en este sector de la economía y de los rasgos especiales a los que hiciéramos referencia en la Sección 2 de esta sentencia.
44. El Convenio OIT N.º 101 sobre las vacaciones pagadas en la agricultura, ratificado por el Perú, y por tanto vinculante, en el artículo artículo 3 ha previsto que el período mínimo de servicio continuo exigido y la duración mínima de las vacaciones anuales pagadas deberán ser determinados por la legislación nacional, los contratos colectivos o las sentencias arbitrales, por organismos especiales encargados de la reglamentación de las vacaciones pagadas en la agricultura, o por cualquier otro medio aprobado por la autoridad competente; y, en el artículo 8 del mismo Convenio se ha indicado que “Se considerará nulo todo acuerdo que implique el abandono del derecho a vacaciones anuales pagadas o la renuncia a las mismas”. (subrayado agregado)
45. El Convenio N.º 99, ratificado por el Perú, sobre métodos de fijación de los salarios mínimos en la Agricultura, propugna establecer métodos adecuados para fijar tasas mínimas de salarios para los trabajadores empleados en las empresas agrícolas. Dispone, además, que los empleadores y trabajadores deben participar en la aplicación de los métodos de fijación de salarios mínimos, ser consultados o tener derecho a ser oídos, siempre sobre la base de una absoluta igualdad. Este Convenio se complementa con la Recomendación N.º 89 que proporciona directrices para la fijación de los salarios mínimos en la Agricultura, teniendo en cuenta el costo de vida, el valor razonable y equitativo de los servicios prestados, los salarios pagados por trabajos similares o comparables. (subrayado agregado)
46. Además, la OIT ha adoptado una serie de Convenios que aunque no están vinculados directamente con la solicitud de inconstitucionalidad materia de análisis en este caso, podemos mencionar: el Convenio N.º 184 sobre la seguridad y la salud en la agricultura, que fue el primer instrumento internacional que aborda globalmente los peligros para la seguridad y la salud en el trabajo a los que deben hacer frente los trabajadores agrícolas; el Convenio N.º 129 sobre Inspección de Trabajo en la Agricultura y Recomendaciones varias.

d. Dos casos emblemáticos representativos de los regímenes especiales laborales a nivel nacional: El régimen especial agrario y el régimen de la MYPE

47. Dos casos emblemáticos y de características similares que coexisten en el ordenamiento jurídico peruano, en cuanto a regímenes laborales especiales se refiere, son el régimen de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa ^[26] (MYPE) y el régimen especial de promoción para el sector agrario. Ambos regímenes nacieron con vocación de temporalidad; no obstante, para el caso de la MYPE la prórroga del régimen ^[27] especial y temporal, en principio, se ha extendido hasta el año 2013; y la vigencia de los beneficios contenidos en el régimen especial de promoción al agro, cuyo objetivo central es brindar interés prioritario a la inversión y el desarrollo de este sector, se ha extendido hasta diciembre del año 2021 ^[28].
48. Si bien ambos esquemas contienen una serie de medidas promocionales que van más allá del ámbito laboral, corresponde a este Colegiado, por la naturaleza del caso que es materia de análisis, centrarse en el ámbito de las medidas laborales y en las coincidencias que ambos regímenes comparten.
49. Una primera cuestión que debemos resaltar es el descanso vacacional anual remunerado. Tanto el Régimen Agrario como el Régimen de la MYPE comparten una regulación que prevé diferenciaciones en contraste a lo establecido para el régimen laboral común ^[29], ya que éste dispone 30 días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios; mientras que en los regímenes especiales, se dispone un mínimo descanso vacacional anual remunerado de 15 días, dejando abierta la posibilidad de pactar un período mayor.
50. Una cuestión adicional compartida por ambos regímenes especiales es la referente a la indemnización en caso de despido arbitrario, que es equivalente a quince (15) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de ciento ochenta (180) remuneraciones diarias; en ambos las fracciones de año se abonan por dozavos; mientras en el Régimen Laboral Común ^[30], la indemnización prevista para el caso de despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda y su abono procede una vez superado el periodo de prueba.
51. Además, con referencia a la remuneración se establece en el Régimen Laboral Común y en el de la MYPE que la misma no podrá ser inferior a la remuneración mínima vital, y para el caso del Régimen Agrario, si bien se establece que la remuneración se actualizará en concordancia con la remuneración mínima vital, la diferencia reside en que la remuneración prevista para los trabajadores del sector agrario, incluye los conceptos de CTS y gratificaciones. En el régimen constitucional, sobre remuneración mínima se ha establecido que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual,

otorgándole al pago de la remuneración y de los beneficios sociales prioridad dentro de las obligaciones que pudiera tener el empleador, y con relación a la regulación de las remuneraciones mínimas se otorga al Estado esa responsabilidad, debiendo contar para ello con la participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores <<artículo 24º>>.

3. El Estado y su rol de promoción y acceso al empleo en términos constitucionales, en el marco de una Economía Social de Mercado

52. El artículo 58º de la Constitución señala que "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. (...), el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".
53. "La economía social de mercado (...) trata de un modelo de economía de mercado que pone atención y preocupación en la corrección de desigualdades y en promover el desarrollo económico en un marco de justicia social^[31]".
54. Este Colegiado ha señalado que "La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de Derecho. (...) debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada (...) por los tres elementos siguientes: a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. (...) a) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social^[32]".
55. De igual modo, sobre las políticas legislativas que el Estado genera en una Economía Social de Mercado, este Tribunal ha indicado que "El establecimiento de las políticas legislativas en materia económica y social implica la determinación de acciones y la preceptuación de derechos y deberes destinados a la obtención del pleno empleo, (...), el fomento de la inversión, la distribución equitativa del ingreso, la prestación eficaz, eficiente y plenaria de los servicios sociales, el efectivo goce de los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución y la verificación del principio de igualdad en lo atinente a la elaboración y aplicación de la ley; y, singularmente, en lo pertinente a la consolidación de la igualdad real de oportunidades.

Con la expresión "política legislativa en materia económica y social" debe entenderse integralmente tanto al conjunto de medidas que adopta el Estado para regular jurídicamente las actividades de producción, distribución, circulación y consumo de bienes y servicios, como a la pluralidad de previsiones que se adopten para propender a la realización de las posibilidades y la consecución del progreso y el bienestar general de la población^[33]".

56. Qué duda cabe que, en el marco de una Economía Social de Mercado, corresponde a la empresa o inversionista privado asumir el compromiso social -como contrapartida o balance a las inequidades que el propio mercado puede generar-, pues si bien es al Estado al que corresponde intervenir mediante la generación de políticas que velen por el bienestar de la población cuando ello sea necesario, no es menos cierto que los agentes económicos asumen también cierto nivel de compromiso de colaboración y manifestación de voluntad para que la población incremente sus estándares de vida en diversos aspectos, y uno de ellos es –sin duda alguna– la mejora progresiva de sus salarios y de las condiciones de trabajo. No basta, entonces con generar puestos de trabajo, sino que corresponde, además, proporcionar una plataforma mínima de trabajo decente.
57. Conforme al principio de unidad en la Constitución, es posible advertir el rol promotor del empleo que el Estado desempeña, originado en diferentes mandatos constitucionales <<artículos 22º, 23º y 58º>>, no obstante, claro está, que este rol promotor del Estado se realiza de forma progresiva a través de la previsión de políticas y programas integrales que generen un incremento del acceso a puestos de trabajo (cuantitativa y cualitativamente). El trabajo no declarado en el Perú es –y aun cuando en algo se ha reducido- un severo problema, que con la instauración de algunos de estos regímenes especiales, especialmente se ha pretendido superar. El grueso del mercado laboral está al margen del régimen laboral común, dado que la mayor parte de trabajadores mantienen vínculos laborales no declarados o informales.
58. El artículo 22º de la Constitución dispone que el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de la realización de la persona. Además, jurisprudencialmente ha advertido este Colegiado que “(...) el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado”^[34]. (subrayado agregado)
59. Al respecto, el acceso a un puesto laboral, como parte del contenido esencial del derecho al trabajo, implica un desarrollo progresivo, lo que significa que existe una obligación estatal de promover las condiciones para el acceso al trabajo. En efecto, así lo dispone el artículo 58.º de la Constitución, cuando establece que el Estado actúa en el área de promoción del empleo. El Tribunal Constitucional entiende que la promoción y el desarrollo progresivo del acceso al trabajo tiene en el Estado a un promotor, pero que, en definitiva, y en el marco de nuestra Economía Social de Mercado, corresponde a las empresas, en sus diversas modalidades, generar los puestos de trabajo que constituyen la base del bienestar general a que se refiere el artículo 44.º de la Constitución. Para ello, el Estado debe crear las condiciones adecuadas para estimular la creación de la riqueza nacional conforme al artículo 59.º de la Constitución. En ese contexto, es evidentemente que una de las formas que tiene el Estado de promover el empleo es a través de la legislación laboral.

60. De otro lado, el segundo párrafo del artículo 23º de la Constitución prescribe que el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico. Para tal efecto “El estado tiene la obligación de establecer políticas de fomento del empleo productivo (...)”^[35].

61. Además, y dentro de la regulación del Régimen Económico que la Constitución establece, está el artículo 58º, que con relación a la función del Estado en el marco de una economía social de mercado señala: “(...). Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, (...)”; y a nivel de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha indicado que “La economía social de mercado está caracterizada, fundamentalmente por (...) a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. (...)”^[36] (subrayado agregado).

62. Finalmente, el artículo 88º de la Constitución establece que el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario, es decir, el Estado considera al agro como sector prioritario que debe ser destinatario de sus políticas de desarrollo preferente. En ese sentido, a la Doctrina Social de la Iglesia, fuente fundamental de la Economía Social de Mercado, no le es extraño el tratamiento conceptual diferenciado en procura de alcanzar las condiciones especiales para la valoración del trabajo en el campo como instrumento esencial para la realización integral de la persona humana. Así, se señala en la encíclica *Laborem Exercens* que:

“[...] el trabajo es un bien del hombre. Si este bien comporta el signo de un bonum arduum, según la terminología de Santo Tomás; esto no quita que, en cuanto tal, sea un bien del hombre. Y no sólo es un bien útil o para disfrutar, sino un bien digno, es decir, que corresponde a la dignidad del hombre, un bien que expresa esta dignidad y la aumenta. Queriendo precisar mejor el significado ético del trabajo, se debe tener presente ante todo está verdad (...) porque mediante el trabajo el hombre no sólo transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre, es más, en un cierto sentido se hace más hombre (...) por consiguiente, en muchas situaciones son necesarios cambios radicales y urgentes para volver a dar a la agricultura el justo valor como base de una sana economía, en el conjunto del desarrollo de la comunidad social. Por lo tanto, es menester proclamar y promover la dignidad del trabajo, de todo trabajo, y, en particular, del trabajo agrícola, en el cual el hombre, de manera tan elocuente, somete la tierra recibida en don por parte de Dios y afirma su dominio en el mundo visible”.

4. De la eficacia progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales. Observación General N.º 3 – Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)

63. “La función primordial del Comité de <<Derechos Económicos, Sociales y Culturales>> es vigilar la aplicación del Pacto por los Estados Partes. (...) se esfuerza en fomentar un diálogo constructivo con los Estados Partes y procura

determinar por diversos medios si los Estados Partes aplican adecuadamente o no las normas contenidas en el Pacto, y cómo podrían mejorarse la aplicación y el cumplimiento del Pacto para que todas las personas con derecho a gozar de los derechos consagrados en el Pacto puedan efectivamente gozar de ellos plenamente. (...), el Comité también puede ayudar a los gobiernos a cumplir con sus obligaciones en virtud del Pacto, formulando sugerencias y recomendaciones específicas legislativas, de política y de otra índole, para la realización más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales^[37]”.

64. Con referencia a las obligaciones de los Estados Partes en relación a la eficacia progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, y entre ellos figuran los derechos laborales, el artículo 2, numeral 1, del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales señala que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, (...), especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

65. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General N.º 3, referente a la índole de las Obligaciones de los Estados Partes (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), ha señalado en el párrafo 9 que “La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]". (...). El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. (...), se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. (...).

66. Asimismo, el párrafo 10 de la misma Observación antes citada ha señalado que “(...), el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. (...), se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". (...).

5. La legislación especial constitucionalmente prevista (artículo 103º) y la naturaleza de las cosas que la justifican

67. Con respecto a la igualdad de la ley o en la ley, contenida en el artículo 103º de la norma constitucional, este Tribunal ha indicado “que el artículo 103º de la Constitución prescribe que “(...) sólo por excepción es viable la creación de

una regla especial, la misma que no se ampara en el arbitrio caprichoso de quienes poseen el poder político, sino en la naturaleza o razón de los hechos, sucesos o acontecimientos que ameriten una regulación particular o no genérica. Es decir, una ley especial –de por sí regla excepcional en el ordenamiento jurídico nacional– se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad. Las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo sui géneris de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas. En puridad, surgen por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas. Consecuencia derivada de la regla anteriormente anotada es que la ley especial prima sobre la de carácter general^[38]”.

68. Dicho artículo constitucional es el título habilitante que permitiría la generación de normas especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, es decir, las circunstancias especiales, privativas y propias de una materia definida que requieren que el legislador legisle especialmente, a efectos que la normativa cubra una realidad que, por sus especiales rasgos, requiere de un tratamiento diferenciado no discriminatorio.
69. En el caso de autos, se han expuesto las especiales características del sector agrario y del mercado de trabajo que a él competen, tal como ha quedado definido en el apartado 2, literal C, de esta sentencia, quedando evidenciadas las especiales circunstancias que ameritarían un tratamiento diferenciado para los trabajadores inmersos en el mercado laboral del sector agrario; política legislativa que se ha seguido no sólo en el Perú, sino además en otros países de la región citados en esta sentencia.

§3. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N.º 27360 “Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario”

- 1. El Test de Igualdad y la presunta infracción al principio de Igualdad en la regulación del Régimen Especial Laboral Agrario**
70. Tal como lo advirtiera este Tribunal, en el apartado inicial de esta sentencia al centrar su atención en el principio-derecho de igualdad, la herramienta metodológica constitucional que corresponde aplicar al caso de autos -a efectos de determinar si la Ley N.º 27360 en lo referente al Régimen Laboral Agrario resulta vulneratoria o no a la Igualdad- es el Test de Igualdad (Razonabilidad o Proporcionalidad).
71. El régimen laboral especial cuestionado regula el contenido y la modalidad de pago de la remuneración, el número de días mínimos de goce de vacaciones anuales remuneradas (siendo posible pactar por encima), y la indemnización por despido y sus topes, todo ello en exclusiva y con carácter especial y

excepcional para los trabajadores del sector agrícola. Se ha reconocido un contenido mínimo a cada uno de estos derechos laborales constitucionalmente enunciados (artículos 24º, 25º y 27º), con rasgos que lo distinguen de las normas que en esta misma materia rigen para el régimen laboral común. En el caso del régimen laboral común, el desarrollo in extenso de estos derechos, siempre tomando en cuenta los mandatos constitucionales, ha sido materia de normas de rango legal.

72. Corresponde, ahora, analizar la inconstitucionalidad planteada, a través de la evaluación del tratamiento legislativo esbozado en este Régimen Laboral Especial para el sector agrario.
73. Este Tribunal ya se ha pronunciado acerca del desarrollo del Test de Igualdad (Razonabilidad o Proporcionalidad), indicando que “El test de razonabilidad o proporcionalidad (...) es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho test se realiza a través de tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2. subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad stricto sensu. Criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI (...).
 1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este subprincipio, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.
 2. Subprincipio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.
 3. Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental^[39]”.
74. El demandante afirma que en el establecimiento de un régimen laboral especial regulado para el sector agrario, a través de los artículos 7, numeral 7.2, literales a, b, y c, la normatividad allí esgrimida califica como un trato discriminatorio con relación a la regulación establecida para los trabajadores del régimen laboral común, y que dicha distinción carece de justificación

objetiva y razonable^[40] por constituir presuntamente una afectación directa del principio-derecho a la Igualdad.

75. En primer lugar, y con referencia a la intensidad de la intervención en la igualdad ^[41], que puede presentar diferentes grados, este Colegiado considera que se trata de una intervención de intensidad leve, pues el legislador ha introducido un trato diferenciado en virtud de una norma constitucional habilitante, que es el artículo 103º de la Constitución, que faculta a legislar de manera especial y excepcional, cuando la naturaleza de las cosas así lo amerite, y no por cuestiones arbitrarias o infundadas. En este caso el trato diferenciado no se sustenta en ninguno de los motivos expresos proscritos por la Constitución como origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, etc., que daría lugar a un examen de intensidad fuerte. La razón que ocasiona la intervención legislativa diferenciada, es precisamente la naturaleza de las cosas, la especialidad del mercado de trabajo en el sector agrario, que se caracteriza por la temporalidad, aleatoriedad, movilidad, estacionalidad, informalidad y dificultad en el acceso al empleo.
76. Luego, corresponde analizar, bajo el subprincipio de idoneidad o de adecuación, si con la regulación de un régimen laboral especial para el sector agrario se pretende un fin constitucionalmente legítimo y si, para tal consecución, el establecimiento de este régimen especial y excepcional es idóneo. En relación al fin constitucionalmente legítimo, hay que tener en cuenta las disposiciones constitucionales “El trabajo es un deber y un derecho (...)” (artículo 22º); “(...) El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo. (...)” (artículo 23º); “(...), el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, (...)” (artículo 58º); y “El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. (...)” (artículo 88º).
77. De una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales reseñados, se desprende que el Estado Social y Democrático de Derecho, cumple un rol de fomento y promoción del empleo productivo como parte del progreso social y económico encomendado; esto es promover el acceso a un puesto de trabajo^[42] (como parte del contenido esencial del derecho al trabajo), reconociéndose además la necesidad de apoyo estatal preferente al sector agrario para su desarrollo.
78. Corresponde, ahora, examinar si el establecimiento de un Régimen Laboral Especial para el agro constituye un medio idóneo para el fomento y promoción del empleo en el sector agrario. La Constitución permite que se legisle de manera especial por exigencia de la naturaleza de las cosas (artículo 103º), y ha quedado evidenciado en esta sentencia que en el sector agrícola intervienen factores que le atribuyen una especialidad natural y propia a la actividad económica (temporalidad, movilidad de trabajadores, estacionalidad e informalidad); y que la propia Ley de promoción del sector agrario reconoce que se trata de un régimen con características especiales^[43]. Por tanto, la emisión de una legislación especial y excepcional se impone ante la singular naturaleza del sector agrícola, como medio idóneo para promover el empleo

de forma progresiva en este sector de la economía. Se trata de la emisión de una norma que plasme una realidad concreta y distinta, que considere que en el agro las contrataciones son temporales por excelencia, incluso estacionales; que no es común que un trabajador labore para un mismo empleador por más de un año consecutivo, y que la movilidad es relevante. Así, se colige que este subprincipio del Test de Razonabilidad ha sido superado.

79. En cuanto al subprincipio de necesidad. Habiéndose determinado que el establecimiento de una legislación laboral especial diferenciada del régimen laboral común (en cuanto a remuneración, descanso anual vacacional, e indemnización por despido) para el sector agrícola es un medio idóneo para promover y fomentar el empleo en este ámbito de la economía (sector de desarrollo preferente por mandato constitucional), en el que se requiere generar incentivos para lograr dicho fin constitucional. A criterio de este Colegiado la regulación de un régimen laboral especial es la menos gravosa, en virtud de la singularidad del sector agrario, aun cuando el demandante sostiene como medida hipotética menos gravosa la generación de beneficios tributarios, que por cierto fueron incluidos como parte del conjunto de medidas de promoción en la Ley materia de cuestionamiento, y que en todo caso constituye de igual manera una intervención legislativa singular en materia tributaria. Es claro que la intervención legislativa especial adoptada para regular los derechos laborales y sus contenidos mínimos para el sector agrario, resulta ser la menos gravosa, más aún cuando está habilitada constitucionalmente (artículo 103°).

80. En aplicación del subprincipio de proporcionalidad stricto sensu, corresponde a este Colegiado verificar si la realización del fin perseguido, cual es la promoción del fomento del empleo en el agro, es proporcional a la medida adoptada de instauración de un régimen laboral especial para el sector agrario.

Respecto a este principio, debemos advertir que en el caso de autos la intensidad o grado de intervención en la igualdad es leve (la diferenciación no se basa en razón proscrita por la Constitución). Si bien se ha intervenido legislativamente a través del establecimiento de un régimen laboral especial para el agro, no es menos cierto que el grado de optimización del fin constitucional, es decir el grado en el que el Estado viene logrando progresivamente promover y fomentar el acceso al empleo en el agro (sector con características sui generis) mediante la adopción de una medida legislativa especial constitucionalmente permitida (artículo 103°), es, sin duda, superior. En consecuencia, este Colegiado considera que se ha superado el análisis de proporcionalidad stricto sensu.

81. Con relación a la determinación del término de comparación (tertium comparationis), este Colegiado considera que la regulación establecida para el Régimen Laboral Común, de un lado, y para el Régimen Laboral Agrario, de otro, no son comparables stricto sensu, sino que más bien, y tal como ha quedado evidenciado a lo largo de esta sentencia, presentan diferencias sustanciales que permiten tratamientos legislativos distintos por causas

objetivas y justificadas, no habiéndose producido contravención del principio-derecho a la Igualdad; por lo tanto, la Ley que regula el régimen laboral especial para el agro no es discriminatoria.

82. Como consecuencia de la aplicación del Test de Igualdad, este Colegiado ha advertido que se trata de una medida legislativa diferenciadora mas no discriminadora, y que por tanto no vulnera el principio – derecho a la igualdad. No obstante, este Tribunal considera importante destacar cuatro cuestiones: (i) Los derechos fundamentales del régimen laboral común establecidos en la Constitución, constituyen la base sobre la que se consagra el régimen laboral agrario y es tutelable mediante procesos constitucionales en caso de violación; (ii) La Ley N.º 27360 tiene una vocación de temporalidad que no se debe perder de vista, y la última prórroga prevista ha extendido su vigencia hasta el año 2021; y, (iii) El Estado, a través del servicio público de la Inspección del Trabajo, es el “(...) encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral (...), de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, (...) de conformidad con el Convenio N.º 81 de la Organización Internacional del Trabajo”; además tiene como parte de sus funciones la “(...) vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, en el orden sociolaboral, ya se refieran al régimen de común aplicación o a los regímenes especiales^[44]”. Así, el Estado, a través de su servicio inspectivo, tiene la responsabilidad de velar por que las condiciones sociolaborales de regímenes especiales, como el sector agrario, se cumplan adecuadamente; y finalmente (iv) El régimen especial laboral para el sector agrario prevé condiciones mínimas; en consecuencia, nada impide que se pacte por encima de lo normativamente previsto.

VII. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 7º, numeral 7.2, literales a, b, y c, del Título III de la Ley N.º 27360, que regula el Régimen Laboral especial para el sector agrario, por no contravenir el Principio – Derecho a la Igualdad, de acuerdo a los fundamentos expuestos; en consecuencia, no son atendibles las pretensiones solicitadas.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS

**CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 3315-2004-AA/TC
LIMA
AGUA PURA ROVIC S.A.C.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de enero de 2005, el pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por Agua Pura Rovic S.A.C. contra la sentencia emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 462, su fecha 16 de marzo de 2004, que declara improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de enero del 2003, Agua Pura Rovic S.A.C., representada por su gerente general, Víctor Cabrera Quintana, interpone acción de amparo contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (Indecopi), solicitando la reposición de las cosas al estado anterior a la violación de sus derechos constitucionales. Manifiesta que mediante la Resolución 841-2002/TDC- INDECOPI, emitida con fecha 20 de noviembre de 2002, por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual perteneciente al citado organismo, han sido vulnerados sus derechos constitucionales de propiedad, de contratación, de trabajo, libertad personal, libertad de empresa, comercio e industria, pluralismo económico, libre competencia y debido proceso.

Afirma que mediante la resolución materia de cuestionamiento se agotó la vía administrativa en el Expediente 119-1999/CCD, sobre denuncia por competencia desleal iniciada por Distribuidora DISMASA S.R.L. contra Rovic S.A. y otros; que en el año 1998 fue Rovic S.A. la empresa que introdujo en el país las máquinas automáticas purificadoras y expendedoras de agua activadas por monedas y que permiten al público usar cualquier envase para comprar dicho elemento, mientras que Agua Pura Rovic S.A.C. es otra empresa que, en este caso, se encargó de la explotación económica de las citadas máquinas, así como de implementar y/o permitir al público el uso de cualquier envase para comprar el agua bajo las siguientes modalidades: 1) una planta móvil en un camión que acudía a domicilio para llenar el envase que le daba el comprador; 2) el llenado a pedido del comprador en el envase que este proporcionaba; 3) el canje del envase vacío que llevaba el comprador por otro envase llenado previamente y mantenido en stock por el vendedor.

Continúa señalando que, como consecuencia del sistema implementado, el público empezó a usar los envases de San Luis y San Antonio para comprar el

agua Rovic, razón por la cual la empresa Embotelladora Latinoamericana S.A. (ELSA), titular de las marcas citadas, se opuso terminantemente a dicho sistema, denunciándolo a través de su distribuidor oficial DISMASA S.R.L. ante el INDECOPI, con fecha 7 de diciembre de 1999, lo que originó el antes referido proceso administrativo.

Agrega que la mencionada denuncia se ha sustentado en que las formas de comercialización del agua eran actos de competencia desleal conforme a lo establecido por la Ley 26122, y que tramitada la misma, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal de Indecopi emitió la Resolución 067-2000/CCD-INDECOPI, con fecha 2 de noviembre de 2000, declarándola fundada en lo que respecta al canje de bidones previamente llenados y mantenidos en stock, así como en lo referido a la publicidad sobre la naturaleza del agua; e infundada en todos sus demás extremos.

Así mismo, sostiene que tras haber apelado ambas partes, el Tribunal de Indecopi, esencialmente por razones procesales y mediante Resolución 0402-2001/TDC-INDECOPI, del 22 de junio de 2001, declaró nula la apelada, excepto en el extremo referido a Supermercados Santa Isabel, y ordenó incluir en la denuncia a la recurrente Agua Rovic S.A.C.

Añade que, posteriormente, y tras nuevamente avocarse al conocimiento de la causa, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal de Indecopi emitió la Resolución 087-2001/CCD-INDECOPI, el 25 de octubre de 2001, declarando fundada la denuncia en el mismo sentido que la Resolución 067-2000/CCD-INDECOPI; que nuevamente las partes apelaron contra la resolución de primera instancia, y que el expediente fue elevado al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, el cual, finalmente, expide la cuestionada Resolución 0841-2002/TDC-INDECOPI, mediante la cual confirma la apelada en el extremo que declara fundada la denuncia contra la recurrente por actos de engaño; sin embargo, revoca y modifica la apelada en diversos extremos que la perjudican notoriamente, pues no solo eleva la multa impuesta de 5 a 25 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sino que le prohíbe el expendio de agua a granel en envases de San Luis y San Antonio, incluso en caso de que sean los propios consumidores quienes los proporcionen; así mismo, ordena la colocación por 90 días de anuncios en las máquinas expendedoras de Agua Rovic, indicando la prohibición de venta de dicho producto en bidones pertenecientes a las marcas mencionadas, lo que supone –a su criterio– un atentado contra los derechos constitucionales anteriormente invocados.

El emplazado contesta la demanda solicitando que la misma sea declarada infundada o improcedente, aduciendo que el actor pretende que la vía jurisdiccional suspenda los efectos de la Resolución 0841-2002/TDC-INDECOPI, no siendo el amparo la vía idónea para ello, debido a que la resolución cuestionada ha sido emitida por entidad competente, debiendo tomarse en cuenta que la demandante ha realizado prácticas de competencia desleal. Agrega que la discusión de fondo es un tema estrictamente legal, no evidenciándose la vulneración de derecho constitucional alguno.

El Octavo Juzgado Civil de Lima, con fecha 21 de marzo de 2003, declara improcedente la demanda por considerar que el petitorio requiere de la evaluación de los medios probatorios aportados en el proceso administrativo, no siendo el amparo la vía idónea para tal propósito.

Posteriormente, y antes de elevarse la causa a la instancia superior, se incorpora al proceso Distribuidora Dismasa S.R.Ltda. (Dismasa), representada por su gerente general, Maruja Lucía Sachún Montano, quien, en su condición de litisconsorte necesario, solicita la nulidad de lo actuado, habida cuenta de que el resultado del proceso de amparo podría perjudicarlo. El Octavo Juzgado Civil da por apersonada a dicha empresa en el proceso y, a su vez, declara improcedente la nulidad formulada.

La recurrida confirma la apelada argumentando que no cabe inmiscuirse en la resolución emitida por la entidad administrativa demandada por el mérito de los elementos de prueba expuestos en el proceso administrativo. En cuanto a la vulneración del derecho al debido proceso, estima que esta no se evidencia, toda vez que la fotografía de fojas 210 no fue el único medio probatorio merituado por la demandada para emitir el fallo materia de esta acción.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. La demanda tiene por objeto cuestionar la Resolución 841-2002/TDC-INDECOPI, emitida por Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual con fecha 20 de noviembre de 2002, por vulnerar los derechos constitucionales de propiedad, de contratación, de trabajo, a la libertad personal, a la libertad de empresa, al comercio e industria, al pluralismo económico, a la libre competencia y al debido proceso, motivo por el cual se solicita la reposición de las cosas al estado anterior a la emisión del citado pronunciamiento administrativo.

Litisconsorte necesario e inexistencia de quebrantamiento de forma

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, este Colegiado considera pertinente puntualizar que en el presente proceso no existe quebrantamiento de forma por el hecho de que Distribuidora Dismasa S.R.Ltda. no haya sido originalmente emplazada con la demanda pese a tener legítimo interés en el resultado final de la controversia. En tanto dicha empresa solicitó su apersonamiento en calidad de litisconsorte necesario pasivo y este pedido fue aceptado formalmente, conforme aparece de la resolución de fecha 3 de abril del 2003 (obrante a fojas 318 de autos), quedó formalmente saneado el proceso y, con ello garantizados los derechos procesales de dicha recurrente, como por lo demás se acredita con los escritos posteriores que dicha empresa ha venido presentando dentro del presente proceso.

Inexistencia de vía paralela y alcances de la presente sentencia

3. En relación con los requisitos de procedibilidad de la demanda, tampoco cabe invocar en el presente caso la existencia de una vía judicial paralela porque la empresa Rovic del Perú S.A.C. (antes Rovic S.A.) haya interpuesto demanda contencioso-administrativa contra la misma Resolución 841-2002/TDC-INDECOPI, conforme se aprecia de fojas 351 a 354 y de fojas 366 a 422 de autos. Al respecto, como aparece de la instrumental obrante a fojas 2 y se corrobora del contenido de la misma resolución objeto de impugnación, Rovic del Perú S.A.C. es una empresa distinta de Agua Pura Rovic S.A.C.

En ese contexto, mientras que la primera se ha encargado de introducir en el Perú las máquinas automáticas purificadoras y expendedoras de agua activadas por monedas y que permiten al público el uso de cualquier envase para comprar dicho elemento, la segunda se encarga de la explotación económica de las citadas máquinas, así como de implementar y/o permitir al público el uso de cualquier envase para comprar el agua. Aun cuando ambas empresas han sido sancionadas por la misma resolución, cabe precisar que es Agua Pura Rovic S.A.C. la que únicamente ha optado por interponer el presente proceso de amparo dentro del marco de alternativas procesales en su momento reconocidas por la Ley 23506. Por ende, como es evidente, no puede ni debe verse perjudicada o restringida en sus derechos por lo que Rovic del Perú S.A.C. haya podido decidir como estrategia de defensa. En todo caso, queda perfectamente claro que los alcances de la presente sentencia solo inciden en la empresa que aparece directamente como demandante, esto es, sobre Agua Pura Rovic S.A.C.

Problemas constitucionales a dilucidar

4. Este Colegiado considera que en el presente caso es necesario dilucidar diversos aspectos; a saber:
 - a) Si mediante los procesos constitucionales existe o no la posibilidad de revisar lo resuelto por tribunales administrativos especializados.
 - b) Si la libre competencia puede asumirse como un derecho de alcances ilimitados.
 - c) Si controversias como la planteada solo pueden enfocarse desde el punto de vista de los derechos de las empresas o también lo deben ser desde el punto de vista de los derechos del consumidor.
 - d) Si los extremos resueltos por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual son cuestionables desde el punto de vista constitucional.

Consideraciones previas

5. El Tribunal Constitucional, con ocasión del caso Roberto Nesta Brero y más de cinco mil ciudadanos contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia 140-2001 (Expediente 008-2003-AI/TC), señaló algunas consideraciones en relación con los derechos de los consumidores y usuarios. En atención a la importancia de la presente causa se procede a recapitular y precisar la doctrina del Colegiado sobre este tema.

6. El consumo expresa un conjunto de procesos socioculturales mediante el cual se verifica jurídicamente el gozo, disposición y uso a título oneroso de una gama de productos y servicios ofertados en el mercado; como tal, deviene en la última fase del proceso productivo, en aras de que lo ofrecido comercialmente puede satisfacer el cúmulo de necesidades sociales.

7. En ese sentido, el consumidor o usuario deviene en el fin de toda actividad económica; es decir, es quien concluye el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de los productos y servicios ofertados en el mercado.

En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que en virtud de un acto jurídico oneroso adquiere, utiliza o disfruta de determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.

Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación jurídica que este entabla con un agente proveedor – independientemente de su carácter público o privado–, bien en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, bien en calidad de destinatario de alguna forma de servicio con cargo a un aprovechamiento, ya sea personal, familiar o de su entorno inmediato.

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 jurídicas generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento.

8. En ese orden de ideas, el proveedor sería aquella persona natural o jurídica que, habitual o periódicamente, ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de productos y servicios.

Es dable consignar que si bien técnicamente el término consumidor difiere conceptualmente del término usuario (contrastante de un servicio), en el telos constitucional aparece indubitavelmente claro que las personas ubicadas en la segunda condición reciben el mismo trato tuitivo que la Constitución consagra.

9. El artículo 65 de la Constitución prescribe la defensa de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; a saber:

- a) Establece un principio rector para la actuación del Estado
- b) Consigna un derecho personal y subjetivo.

En el primer ámbito, el artículo 65° de la Constitución expone una pauta basilar o postulado destinado a orientar y fundamentar la activación 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 usuarios.

En el segundo ámbito, el artículo 65 de 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, reconoce y apoya el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

Este Colegiado estima que el derrotero jurídico binario establecido en el artículo 65 de la Constitución se sustenta en una pluralidad de principios, entre los cuales cabe mencionar los siguientes:

- a) El principio pro consumidor
Dicho postulado o proposición plantea la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores y usuarios en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios.
- b) El principio de proscripción del abuso del derecho
Dicho postulado o proposición plantea que el Estado combata toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contractuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios.
- c) El principio de isonomía real
Dicho postulado o proposición plantea que las relaciones comerciales entre los proveedores y los consumidores y usuarios se establezca en función de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales.
- d) El principio restitutivo in íntegrum
Dicho postulado o proposición plantea que el Estado resguarde el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores o usuarios en el marco de una relación comercial.
- e) El principio de transparencia
Dicho postulado o proposición plantea que el Estado asegure que los proveedores generen una plena accesibilidad de información a los consumidores y usuarios, acerca de los productos y servicios que les ofertan.
- f) El principio de veracidad
Dicho postulado o proposición plantea que el Estado asegure la autoridad y realidad absoluta de la información que el proveedor trasmite a los

consumidores y usuarios en relación con las calidades, propiedades o características de los productos y servicios que las ofertan.

g) El principio indubio pro consumidor

Dicho postulado o proposición plantea que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas. En puridad, alude a una proyección del principio pro consumidor.

h) El principio pro asociativo

Dicho postulado o proposición plantea que se facilite la creación y actuación de asociaciones de consumidores o usuarios, a efectos de que estos puedan defender corporativamente sus intereses.

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

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

Velar por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidores o usuarios. Ello implica que se asegure que los productos y servicios ofertados en el mercado deben ser tales que, utilizados en condiciones normales o previsibles, no pongan en peligro la salud y seguridad de los consumidores o usuarios.

10. Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso de los derechos anteriormente señalados, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada teleológicamente en la Constitución. Es de verse que, insertos en el texto supra, albergan implícita o innominadamente una pluralidad de derechos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen la existencia de un numerus apertus a otras expresiones sucedáneas.

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

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

“Es bien conocido que, en un sinfín de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales a

consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de “desarrollo de los derechos fundamentales”, cuyo propósito no solo es prestarle reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino, incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3 de la Constitución.

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

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

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

En ese contexto, los derechos de acceso al mercado, la libertad de elección e igualdad de trato, el derecho a la asociación en pro de la defensa corporativa de los consumidores y usuario, la protección de los intereses económicos, el derecho a la reparación por los daños y perjuicios y al derecho a la pluralidad de oferta forman parte del repertorio constitucional.

Tribunales administrativos y jurisdicción constitucional. Alcances del control constitucional. El debido proceso formal y sustantivo

11. En lo que respecta al primer extremo, este Tribunal considera que aunque la existencia de tribunales administrativos especializados se justifica en la

particular naturaleza de las materias jurídicas cuya defensa o protección se le encomienda, y que por principio se entienden como naturales y exclusivas, ello no significa ni puede interpretarse como que tales materias se encuentren fuera del ordenamiento jurídico en su totalidad y que, por consiguiente, pueda postularse la existencia de ámbitos de Derecho, que al mismo tiempo que se les reconozca como tales, estén ubicados fuera del contexto jurídico general. Como es evidente, la especialidad de una determinada materia no puede alegarse como pretexto para pretender que las decisiones adoptadas por los tribunales administrativos que conocen de las mismas, sean irrecurribles o carentes de algún medio de fiscalización o control.

12. En tanto la Constitución vincula a todos los poderes públicos y sujetos privados y es, por tanto, la base sobre la que se asienta el ordenamiento jurídico en su totalidad (Cfr. García de Enterría, Eduardo. "La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional". Civitas, 3^o Edición, 4^a Reimpresión, Madrid, 2001, págs. 49 ss.), es incuestionable que lo que puede determinarse desde el enfoque de una determinada materia por parte de un tribunal administrativo especializado, puede ser susceptible de control desde la perspectiva estrictamente constitucional, tanto más cuanto que dichas materias y las decisiones que sobre las mismas se adoptan, pueden incidir, ya sea de forma directa o indirecta, en el contenido y la eficacia de los derechos fundamentales. No existe, pues, incompatibilidad entre la jurisdicción administrativa y la potestad de control recaída en la jurisdicción constitucional.
13. En el caso de autos queda claro que aunque el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual es un órgano administrativo especializado perteneciente al Indecopi, cuya función preferente se orienta a resolver en última instancia administrativa las controversias vinculadas a la defensa de la competencia, los derechos de los consumidores y la propiedad intelectual, dentro de la perspectiva preferentemente legal, no quiere ello implicar que sus decisiones solo puedan ser merituadas desde tal supuesto, más aún cuando dichas materias tienen inexcusable base constitucional. Dentro de dicha lógica, es evidente que si, a contrario sensu de lo que establece la norma fundamental, las materias sometidas a su conocimiento son resueltas de forma tal que colisionan con los criterios establecidos desde la Constitución, es perfectamente procedente como legítimo su análisis dentro de tales parámetros.
14. Correlativamente a lo expuesto, debe a su vez colegirse que el hecho de que dentro del marco legal que regula al Indecopi y sus organismos (Decreto Ley 25868, modificado por el Decreto Legislativo 807) se haya establecido que las decisiones del Tribunal referido pueden ser impugnadas acudiendo a tal efecto a la vía judicial ordinaria, no tiene por qué interpretarse como que tal vía sea, procesalmente hablando, la única alternativa existente. Como ya se anticipó, en tanto las materias sometidas a su conocimiento incidan en los derechos fundamentales y exista la necesidad de una protección urgente o inmediata, resulta incuestionable la legitimidad en la recurrencia a la vía constitucional, en este caso, la representada por los procesos de tutela como el amparo.

15. En el caso de autos aparece que lo que se cuestiona mediante el presente proceso constitucional es una resolución con la que se pone término a un proceso administrativo sobre competencia desleal. Dentro de dicho contexto, es pertinente precisar que desde el punto de vista de los supuestos impugnatorios posibles, pueden darse hasta dos situaciones:
- a) Que lo que se cuestione sea el procedimiento utilizado para adoptar la decisión.
 - b) Que se cuestione directamente el fondo de la decisión adoptada.

Mientras que en el primer supuesto, se trata de una evaluación configurada desde la óptica del debido proceso formal o procedimental, en el segundo supuesto, es más bien el caso de una evaluación proyectada desde la óptica del debido proceso material o sustantivo.

En ese sentido, de lo que aparece descrito en la demanda, se aprecia que son ambos aspectos los que de alguna manera se solicita merituar en sede constitucional, ya que mientras, por un lado, se alega determinadas transgresiones al derecho de defensa, acontecidas dentro del procedimiento administrativo del cual derivó la resolución objetada, por otro lado, se solicita evaluar diversos extremos contenidos directamente en el citado pronunciamiento administrativo, los cuales la recurrente considera directamente lesivos a sus derechos constitucionales.

Este Colegiado, según lo que aparece señalado en los fundamentos precedentes, y consecuente con lo que ha sido la jurisprudencia uniformemente emitida hasta la fecha, es competente para analizar cualquiera de dichos aspectos, y según el tipo de nivel o transgresión producida, pronunciarse por la tutela del debido proceso formal o por la del debido proceso sustantivo.

Los límites a la libre competencia

16. El concepto de libre competencia al que apunta la Constitución Política del Perú se adscribe al cuadro más amplio de la libertad económica. Como tal supone dos aspectos esenciales:
- a) La libertad de acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos.
 - b) La libertad de iniciativa o actuación dentro del mercado.

Desde la primera perspectiva, queda claro que quien tiene la capacidad de producir un bien o prestar un servicio, debe acceder al mercado en condiciones autodeterminativas, esto es, sin que nadie (ni el Estado ni el resto de agentes económicos) pueda impedir o restringir dicha participación.

Desde la segunda perspectiva, es evidente que, tras haberse accedido al mercado, se debe gozar de la suficiente capacidad de autodeterminación para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas impuestas por la llamada ley de la oferta y la demanda.

17. Configurada en la forma descrita, la libre competencia aparecería, en principio, como una libertad presuntamente ilimitada en tanto la competencia misma es en esencia un fenómeno de la realidad (Cfr. Rubio Correa, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". PUCP, 1.^a Edición, Lima, 1999, pág. 243). Ocurre, sin embargo, que el hecho de que tal fenómeno responda a circunstancias de suyo fácticas no significa tampoco que no existan o no puedan darse desde el Derecho elementales criterios de limitación.

Dentro de tal contexto, no se trata naturalmente de que el Derecho intervenga con el objeto de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien (y en eso reside su intervención) de garantizar que este funcione de la manera más correcta y efectiva y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia que la Constitución presupone, estén siendo realmente cumplidas. Intervenciones en el ámbito de acceso al mercado pueden darse, por ejemplo, cuando el producto o servicio que pueda ser ofertado no se encuentre permitido por la ley. Por el contrario, intervenciones en el ámbito de la autodeterminación dentro del mercado pueden darse, cuando tras la puesta en movimiento de las propias reglas que lo caracterizan, se generen situaciones distorsionantes de la libre competencia, como sucede con los monopolios o las prácticas dominantes.

18. En el caso de autos, el problema planteado se inscribe en un contexto en el que presuntamente se habría visto alterada la libre competencia. Desde dicho punto de vista, es indudable que este Colegiado no puede ignorar lo que ha sido puesto de relieve en torno de tal libertad. Sin embargo, y como inmediatamente se verá, conviene a su vez preguntarse si en el análisis de la problemática en discusión solo pueden focalizarse los temas propuestos desde la óptica de lo que sucede con los agentes económicos por lo que ellos unilateralmente representan, o si se impone de alguna forma una visión mucho más integral que haga participe de la misma a quien en virtud del ordenamiento constitucional aparece como el destinatario fundamental del modelo económico: la persona en su condición de usuario o consumidor.

En la respuesta de tal interrogante reside, según el criterio de este Tribunal, la solución al petitorio formulado.

Derechos de las empresas versus derechos del consumidor

19. Es necesario precisar que aunque la decisión cuestionada se ha basado en aspectos vinculados a los derechos correspondientes a las empresas involucradas en el presente litigio, probablemente en la idea de que es solo su esfera de intereses la que se habría transgredido, de lo que aparece descrito en la demanda, en la contestación y en los propios contenidos del pronunciamiento administrativo aquí referido, se advierte que no solo se

trataría de un problema cuyos protagonistas son las empresas como agentes del mercado, sino de un caso en el que los ciudadanos consumidores son inevitablemente partícipes.

20. Este Colegiado considera que aunque suele ser común que muchos de los problemas vinculados a la defensa de los derechos constitucionales de naturaleza económica sean enfocados únicamente desde la óptica de quienes corporativamente o en calidad de empresas ofertantes de bienes o servicios participan en el mercado, resulta bastante cuestionable que tan arraigada orientación desemboque en una posición donde la perspectivas de los consumidores o usuarios resulten minimizadas o simplemente ignoradas.

Es inobjetable que por mandato de los artículos 3º y 43º de la Constitución se consagra la existencia de un Estado social y democrático de Derecho, en donde los componentes de participación en búsqueda del bienestar general y el equilibrio ponderado de los agentes económicos no pueden ser ignorados. De ahí que, si los destinatarios finales de los bienes y servicios que proveen las empresas son inobjetablemente los consumidores, las controversias generadas entre ellas y que incidan en dichos protagonistas, deben ser enfocadas en dirección a la defensa o protección que la propia norma fundamental se encarga de reconocer.

21. Conviene puntualizar que una toma de posición como la descrita se basa en el hecho de que la defensa de los consumidores no es solamente, y como se ha señalado anteriormente, un principio jurídico de alcances generales, sino también un auténtico e inobjetable derecho constitucional. Por ende, cuando se plantean controversias donde se ven afectados los intereses que vinculan a los consumidores o usuarios, existe la necesidad de que el juzgador constitucional pondere las cosas de forma suficientemente integral o acorde con el enfoque que la propia norma constitucional auspicia.

El status de consumidores no es el de ser sujetos pasivos de la economía que observan con indiferencia o impotencia el modo como los agentes económicos desarrollan sus actividades o entran en disputa, sino el de ser destinatarios fundamentales de las relaciones que la sustentan y, por supuesto, de aquellas que la justifican en el marco del Estado social y democrático de derecho (Cfr. Adolfo Menendez Menendez. "La defensa del consumidor: Un principio general del Derecho". En Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T.II, de. Civitas, Madrid 1991, págs. 1903 ss.). El ordenamiento, en otras palabras, los privilegia reconociéndoles un catálogo de atributos y una esfera de protección fundamentada en la relevante posición que ocupan.

22. En el caso examinado, es evidente que aunque el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual ha conocido de un proceso vinculado a un tema de competencia desleal, presuntamente cometida por ciertas empresas en perjuicio de la promotora de dicho proceso, existe un extremo de la controversia que, como más adelante se precisará, se vincula inexorablemente con los derechos de los consumidores. No de otra forma se

explica el que se discuta sobre la utilización que se le ha brindado a ciertos envases o recipientes destinados al depósito de agua, cuando se supone que quienes más legitimados se encuentran para opinar sobre dicho proceder son los propietarios de los mismos, tras haberlos adquirido libremente en su calidad de consumidores.

Este Colegiado estima que, a diferencia de lo que ha sido apreciado en la jurisdicción administrativa, en la sede constitucional la controversia debe focalizarse desde un ángulo distinto que sin desconocer el tema de la protección a la competencia dentro de las reglas del mercado, tome necesariamente en cuenta la posición de los receptores de los bienes y servicios, que como ha sido señalado en el caso Roberto Nesta Brero y más de cinco mil ciudadanos contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia N.º 140-2001 □Expediente N.º 0008-2003-AI/TC□, son el fin de toda actividad económica.

Los aspectos controvertibles de la decisión cuestionada

23. Este Tribunal considera que, analizados los supuestos controvertibles desde el enfoque constitucional en relación con los contenidos de la resolución objeto de cuestionamiento, es posible establecer lo siguiente:

a) La decisión de sancionar y prohibir el canje de los bidones previamente llenados y mantenidos en stock no parece tener un carácter arbitrario o irrazonable, si se toma en cuenta que los referidos recipientes colocados en exhibición pueden ser utilizados como un medio para gestar publicidad en favor del producto (en este caso del agua) promovido por una empresa en desmedro de otras empresas cuyos recipientes originales vienen siendo instrumentalizados.

En todo caso, este Colegiado, a diferencia de la percepción manejada por la jurisdicción administrativa, no considera que se esté induciendo a engaño y confusión a los consumidores a quienes se oferta el agua Rovic en recipientes o bidones de las marcas San Luis y San Antonio, pues como lo reconoce la propia resolución cuestionada “[...] los bidones presentaban elementos que hacían referencia a su contenido, es decir, al el (sic) agua Rovic” (Apartado III.3 sobre Análisis de las Cuestiones en Discusión, pág. 21).

b) En tanto existían elementos que permitían a los consumidores diferenciar el producto que adquiría en stock y, por consiguiente, conocer su origen empresarial, así como los eventuales beneficios o desventajas que le acompañaban, no ha quedado acreditada una indubitable voluntad de confundirlos o perjudicarlos. Existía, en cambio, y ello puede desprenderse del método en este caso utilizado, voluntad de instrumentalizar la imagen publicitaria ganada por el recipiente representativo de determinadas marcas prevalecientes en el mercado, en provecho de otro tipo de marca (en este caso Rovic), lo que de alguna

forma sí puede ser interpretado, aunque atenuadamente, como un acto de competencia desleal.

- c) En lo que respecta a las infracciones individualizadas a consecuencia de haber difundido publicidad sobre la naturaleza del agua ofertada por Rovic, este Tribunal considera correcta o razonable la merituación efectuada por la jurisdicción administrativa.

En efecto, en tanto ha quedado acreditado que la recurrente ofertaba sus productos con unas determinadas características (libre de bacterias, impurezas, olores y sabores desagradables, incluso como agua de mesa, según se decía en los precios de seguridad y etiquetas) que no correspondían a la realidad de las cosas, según se verificó a través de las pericias efectuadas por CERPER (y que han sido consignadas en la Nota 30 de la resolución, págs. 19 a 20) queda claro que se vulneraron las normas sobre publicidad, y particularmente el principio de veracidad.

Ahora bien, debe claramente advertirse que, en modo alguno, se trata del hecho de que el agua ROVIC sea no apta para el consumo humano, ya que dicho producto estaba dentro de los rangos permitidos (Apartado III.4 sobre Análisis de las Cuestiones en Discusión, pág. 23), es evidente, empero, que si lo que se ofertaba era un producto con determinadas condiciones, no es aceptable que estas resulten desvirtuables, como lo han sido dentro del proceso administrativo.

- d) A diferencia de los criterios utilizados por la jurisdicción administrativa, este Tribunal considera inconstitucional el que se pretenda cuestionar la venta de agua Rovic en recipientes directamente proporcionados por los consumidores, utilizando para ello la modalidad de relleno de bidones en los lugares de expendio (Apartado III.2 sobre Análisis de las Cuestiones en Discusión).

Para arribar a dicha conclusión, este Colegiado asume que son los consumidores de un producto quienes, tras haberlos adquirido libremente en el tráfico comercial, se convierten en propietarios absolutos del envase o recipiente que lo contenía y, por lo tanto, son los únicos que pueden decidir acerca de la utilidad que le otorgan o el destino que le imponen dentro o fuera del mismo tráfico comercial en el que lo adquieren, resultando inadmisibles en dicho contexto que, por intereses comerciales que no son de su incumbencia, se pretenda privarlos de una libertad tan elemental como es la libre disposición de su propiedad.

La resolución cuestionada pretende reducir el problema a un asunto de estricta competencia desleal imponiendo restricciones de venta. Sin embargo, debe admitirse que lo que impone a la empresa sancionada no es una restricción con implicancias estrictamente empresariales o vinculadas a su sola esfera de desenvolvimiento, sino una prohibición que afecte a los consumidores, quienes, no obstante ser propietarios de un envase o recipiente, se encuentran con que, so pretexto de un conflicto empresarial,

vean enervada o neutralizada su utilidad. Lo que es más delicado aún, es que ni siquiera se toma en cuenta su opinión, a través de sus entes corporativos, sea a favor o en contra del sistema de venta implementado y de las eventuales ventajas que con él obtienen.

- e) En la alternativa de ver sancionada a una empresa por una presunta competencia desleal y la de privilegiar los derechos que les asiste a los consumidores como propietarios de un envase cuyo producto original libremente adquirieron y posteriormente consumieron, este Colegiado no encuentra término medio. Son indefectiblemente estos últimos quienes merecen la protección o el privilegio de ponderar en su favor, pues, de otro modo, se llegaría al absurdo que las reglas del mercado se colocarían por encima de la protección a la persona, en abierto desconocimiento de la lógica proclamada desde el artículo 1° de nuestra Norma Fundamental. La Constitución contiene reglas explícitas en torno a la libre competencia que no admiten discusión, pero de allí a pensar que las normas que regulan tal libertad pueden ser interpretadas aisladamente y que el status de los consumidores debe limitarse a un papel absolutamente pasivo dentro del marco de las relaciones económicas, hay una enorme distancia que este Tribunal no puede ni debe ignorar.
- f) Queda claro, en todo caso, que el rol de consumidor es para ser desempeñado como tal, al igual que el de propietario forzoso de los bienes que acompañaron al producto consumido. En ese sentido, la facultad de libre disposición a la que se refiere este Tribunal no es para comercializar los envases con fines lucrativos, sino con propósitos estrictamente personales de uso y libre disposición. Por consiguiente, no es igual que los consumidores decidan usar o vender los envases o recipientes en tanto son de su propiedad (lo que es absolutamente lícito), que decidir ellos mismos comercializar con productos nuevos en su interior como si se tratara de otro que se desea introducir en el mercado. La protección que este Tribunal reconoce a los consumidores se limita a su rol de destinatario fundamental del modelo económico como usuario final de los productos ofertados en el mercado, quienes, como ha quedado establecido, no deben ver privado o limitado su derecho de disponer libremente de su propiedad.
- g) Al no haber existido un enfoque constitucionalmente adecuado en la resolución objeto de cuestionamiento y principalmente en relación con los derechos relativos a los consumidores, este Colegiado estima que la sanción adoptada, equivalente a 25 Unidades Impositivas Tributarias resulta harto desproporcionada en relación con las infracciones cometidas. Aunque estas últimas han existido en determinados y específicos casos, como este Tribunal lo ha verificado, ello no significa que la merituación integral de los hechos denunciados haya sido la correcta para todos los casos, en la medida en que existen dentro de la misma resolución otros aspectos seriamente discutibles y, por ende, susceptibles de revisión. De ahí que se haga necesario que el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual reevalúe la decisión sancionatoria adoptada

dentro de las consideraciones señaladas por este Colegiado y emita un nuevo pronunciamiento acorde con los cánones de la Constitución y, por ende, proporcional a las infracciones realmente cometidas.

- h)** Finalmente, aunque no por ello menos importante, debe tomarse en consideración que la alegación en torno a la vulneración del derecho de defensa de la recurrente este Colegiado la considera plenamente legítima, pues, en efecto, consta de los actuados que la invocación de nuevos hechos e instrumentales por parte de la denunciante del proceso administrativo fue tomada en cuenta por el Tribunal emplazado, sin conceder a la parte denunciada (en este caso a Agua Pura Rovic S.A.C.) la posibilidad de contradicción, tanto más cuanto que dichos argumentos e instrumentales se referían a aspectos que no fueron materia de la denuncia original (servicio de venta en la modalidad de triciclos que transportaban los bidones de los consumidores hasta el lugar donde se encontraba la máquina expendedora).

Este Colegiado, bajo la lógica descrita y acorde con lo señalado en el fundamento 15 de la presente sentencia, considera, pues, que no solo ha sido vulnerado el debido proceso entendido en su dimensión sustantiva, sino también en aquella otra de carácter formal o procedimental.

24. Por consiguiente, y habiéndose acreditado la vulneración de los derechos constitucionales de la empresa recurrente, este Colegiado juzga pertinente otorgar la tutela constitucional requerida, debiendo interpretarse los contenidos de la presente sentencia no como una exención absoluta de responsabilidad por parte de la empresa recurrente, sino como la necesidad de que esta última sea sometida a un proceso justo que garantice plenamente sus derechos fundamentales tanto por la forma como por el fondo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la acción de amparo interpuesta por Agua Pura ROVIC S.A.C. y, en consecuencia, **INAPLICABLES** a su caso en particular los alcances de la Resolución 841-2002/TDC- INDECOPI, emitida con fecha 20 de noviembre de 2002, por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual perteneciente al INDECOPI.
2. Ordena al Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual expedir nuevo pronunciamiento dentro del Expediente N° 119-1999/CCD, sobre denuncia por competencia desleal iniciada por Distribuidora DISMASA S.R.L. contra Rovic S.A. y otros, específicamente para el caso de la empresa Agua Pura ROVIC S.A.C., debiendo tenerse en cuenta los criterios establecidos por la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

Transcripción de la entrevista al especialista en Derecho Constitucional

Datos del entrevistado

Nombre: Dr. Abraham García Chávarri

Profesión: Abogada Especialidad: Derecho Constitucional

Experiencia Profesional: Actual Jefe de gabinete de asesores del Minjus, Ex asesor de la Corte Suprema, Docente de la PUCP en Derecho Constitucional, ha realizado diversas (68) publicaciones en temas constitucionales

Investigador. - Buenas tardes Dr. Abraham García Chávarri, le agradezco por concederme a entrevista. Usted conoce las discrepancias que existen entre las sentencias, entre los criterios de los tribunales de Susalud e Indecopi respecto a los procedimientos sancionadores y la aplicación del Código de Protección al Consumidor. Usted como constitucionalista qué visión nos puede dar de estas discrepancias y del principio de base, de igualdad.

Dr. García. - Gracias Dra. Cornejo por solicitar mi opinión. Teniendo en cuenta primero que el derecho a la igualdad es un derecho que tiene diferentes dimensiones, hay una igualdad en un sentido forma, una igualdad en el sentido material, el aplicable al caso quizá habría que ver en función de criterio de igualdad que apliquemos. Si aplicamos el criterio formal de igualdad, según la cual todos los ciudadanos, todos los seres humanos tienen que ser tratados igual, es decir debe haber una igualdad de trato, esta igualdad de trato reconoce a su vez que existan situaciones especiales para tratamientos diferentes y de ahí que de acuerdo con la teoría no todo trato diferente es lesivo al derecho de igualdad. El derecho a la igualdad se lesiona frente a un trato diferente no justificado y ahí operaría una discriminación, un trato diferente no es un trato discriminatorio si es justificado. Aplicando ese criterio material al caso y a las posiciones la consulta estaría en decir, de acuerdo a la posición de Indecopi si es una entidad pública no se aplica el código de consumo y si es una entidad privada si se aplica y la justificación estaría en función a la condición de público o privado de la entidad. Lo que correspondería ver en ese caso si a diferencia está justificada. En qué se justifica la diferencia es lo que habría que ver. Lo que básicamente se sostiene es que el Estado ofrece no es una relación de consumo o una asimetría informativa si no ofrece un servicio público y en tanto ofrece un servicio público no está sujeto a estas relaciones de consumo, porque lo que tiene el Estado son obligaciones de satisfacer los servicios públicos. Ahí también hay otro elemento, las personas, los ciudadanos que son usuarios de estos servicios lo hacen también en aplicación del principio de subsidiaridad porque se entiende que no cuentan con recursos para acceder a un servicio público elaborado o desarrollado por privados, parte de esa presunción entonces no hay una suerte de elección, en un sentido de consumidor usuario, yo tengo una capacidad de elección producto de que soy un consumidor razonable y escojo cual es la opción mejor; de ahí que hay una lesión a la simetría informativa si no se me da esta información. Pero si yo soy usuario de una entidad pública como un hospital público o como un colegio público, no se

me da la opción de escoger, es más, yo me tengo que atender en una posta que es más cercana a mi localidad, lo hago porque es más cercana y no porque es la que me guste o porque ahí la atención es más esmerada que en otra posta, sino porque no tengo condiciones para ir a otra entidad o a otro lugar entonces es la que me corresponde. Igual en el caso de los hospitales, si yo no estoy en condiciones económica suficientes para acudir a un servicio médico privado, y no escojo sino voy al hospital que me corresponde, que será el próximo dentro de mi localidad, entonces si yo no tengo capacidad de elección, porque estoy siendo un usuario del servicio que me presta el Estado, creo que ahí las reglas de consumidor usuario no serían aplicables, porque no tengo la capacidad de elección como si la tengo si acudo a un servicio privado, a una clínica A o una clínica B; a un colegio A o a un colegio B, por eso Indecopi ofrece esta diferencia. Las relaciones de consumo o las relaciones de consumo-usuario se dan en una posibilidad de elección en una entidad privada, en una entidad pública no hay esa posibilidad.

Si no hay esa posibilidad yo entendería que podría haber una justificación razonable en el sentido de un trato diferente excluya a los públicos del código del consumidor. Además de un problema práctico que tiene que ver con que a los privados se les aplica multas y aplicar a los públicos resultaría sumamente complicado porque los públicos tienen ya presupuestos establecidos y tendría que haber una partida presupuestal establecida para poder pagar la multa y si hay alguna irregularidad en la prestación del servicio, como ocurre se recurre se canaliza a través de un procedimiento disciplinario al interior y será el ministerio de salud o el ministerio de educación el órgano competente para establecerá la responsabilidad de ser el caso, que eso podría determinar responsabilidad civil por parte de la persona que se ve involucrada en la una mala praxis médica podría darse como indemnización, aunque no se si ahí se altera el código del consumidor.

Dr. ¿Yo podría ir por la indemnización?

Me parece ese argumento más interesante que el argumento de Susalud que de tratar igual a entidades privadas y públicas. ¿Ahora el argumento de Susalud en el sentido estricto cuál es?

Investigador - Que hay una discriminación dado que no se justifica el trato diferenciado al usuario aplicar una norma del consumidor diferente porque el Estado no está actuando en como administración pública sino como un proveedor de servicios.

Dr. Esa es la argumentación, ahora este proveedor de servicios yo creo que insistiría más en que a justificación para el trato diferente está en que frente a este proveedor de servicios yo no estoy en capacidad de elección, tanto yo no sería un consumidor razonable porque no tengo opciones a evaluar porque sencillamente yo tengo un servicio al cual me voy a adscribir más cabe en términos de salud. En términos de colegio, por ejemplo, yo debo ir al colegio que me quede más cerca, Investigador. - Ver al Estado como proveedor en Susalud es ajeno al tema de interés económico, brindar servicio sin que tome en cuenta el lucro.

Dr. Exacto, creo que en una relación de consumidor si hay por parte de la entidad privada que presta el servicio, evidentemente tiene una finalidad lucrativa. La finalidad del Estado cuando brinda un servicio de salud o educativo no tiene una finalidad lucrativa cumpliendo con su tarea, en una lógica subsidiaria también no, porque ofrece un servicio ante la ausencia de o la posibilidad de los ciudadanos

de acceder a otras vías. Yo lo vería así, de acuerdo con el principio de subsidiaridad el Estado ofrece los servicios que los privados no están en capacidad de ofrecer o asumir. El privado que está en condiciones puede optar por ir a la vía privada o a la vía pública, pero la persona que no está en condiciones económicas de poder asumir una educación privada o un sistema de salud privada más bien va a reclamar que el Estado provea ese servicio porque no tiene ahí una elección que hacer como lo haría un consumidor razonable. Creo que las categorías de consumo no resultarían aplicables en un escenario público cuando se está buscando hacer un servicio sin finalidad lucrativa, diferente de un escenario privado donde frece un servicio público regulado, pero con una finalidad lucrativa.

Investigador - En el público se estaría dividiendo porque no tiene capacidad de elección.

Dr. Pensándolo ahora y creo que la persona no está en condiciones de elección cuando no tiene los medios para ir o acudir a la vía privada, cuando la persona tiene una situación de pobreza y además está aquejada por alguna enfermedad, no va a elegir a qué establecimiento público sino acudir al que le quede próximo, más cerca, y ahí más bien esperará que le atiendan sus requerimientos y si la dolencia es compleja lo derivará a un hospital de mayor nivel también público, entonces ahí no hay ninguna capacidad de elección de ir por un hospital o por otro, irá al que le corresponda ir, donde satisfaga su necesidad de salud, más que ver el stap médico de la posta, si tiene o no tiene las condiciones adecuadas para que pueda ser bien atendido, que son partes que ve un consumidor razonable que va a una clínica privada, en cambio el que va a un hospital público no tiene ninguna capacidad de escoger.

Investigador. - En ese caso no habría afectación del principio de igualdad porque se estarían dando

Dr. La igualdad formal implica que los tratos diferentes sean justificados, si el trato diferente es injustificado estamos frente a un trato discriminatorio y por lo tanto hay una lesión a la igualdad. En este caso habría que ver aplicando el test de igualdad creado por el tribunal europeo de derechos humanos, ofrecen un mismo servicio el de salud ... hay una situación comparable un hospital versus una clínica, la justificación que se da para excluir a los hospitales públicos del código de consumo es una justificación válida o no eso habría que ver razonable, proporciona o no, eso es o que habría que analizar, entonces aplicando el test de igualdad yo creo que la justificación para excluirlos creo que es atendible, más del lado de los argumentos de Indecopi y que los argumentos de Susalud más que otro .

¿Y dónde está la diferencia? Creo yo en sentido estricto, cuando una persona acude a un centro médico público, no lo hace en condición de consumidor, sino que se está ofreciendo un servicio público sin ninguna finalidad lucrativa como podría tenerse en un privado y donde a persona acude al servicio médico público lo hace no por que escoja sino porque no tiene otra opción, y por eso reclama que el Estado lo haga.

Por otro lado, eso no significa tampoco que se quiera excluir de la responsabilidad de una mala praxis por parte del servicio médico, que deberá seguir por una vía sancionatoria.... Me parece que los criterios de consumo, consumidor y la asimetría informativa no son aplicables e términos de una entidad pública por que la persona no escoge entre una posta y otra, porque la post 1 me ofrece mejor

servicio que la posta 2, o porque la posta 1 tiene una página web que incluye mayores resultados que la posta 2. E que acude a la posta lo hace porque hay una situación de emergencia o porque no tiene otra alternativa y el Estado tiene que ofrecer ese ser vicio como su tarea. La tarea del Estado es ofrecer un buen servicio, al mal servicio se aplicará la corrección administrativa por el ministerio de salud, pero no dentro de una lógica de consumidor y sancionar con normas del sector público y no privado porque las normas del consumidor tampoco creo que son aplicables al sector público. Multar a una posta por asimetría informativa es quizás condenar a la posta a ya no contar con recursos insumos, porque además Yo voy a la clínica Ricardo Palma o Javier Prado, regulado, pero con una finalidad de El derecho a la igualdad se lesiona frente a un trato diferente no justificado y ahí operaría un trato discriminatorio.

Investigador: Muchas gracias Dr. García Por su amabilidad de habernos concedido esta entrevista y todos sus valiosos aportes para mi investigación.

Entrevista al especialista en Derecho de Consumidor

Datos del entrevistado

Nombre: Karolina Kriete Urruchi

Profesión: abogada Especialidad: Defensa del Consumidor

Entidad en la que labora: Congreso de la República

Tiempo que labora: 13 años

Cargo que desempeña: Encargada de la Secretaría Técnica de Comisiones

1. Cual considera es el fundamento de las normas de consumidor

El fundamento de las normas de protección especial a los consumidores es la situación real y concreta de asimetría de información del consumidor respecto del proveedor en relación al servicio o bien comercializado en el mercado.

El acto de consumo como tal tiene ciertos elementos básicos cual es la entrega de un producto o servicio a cambio de una contraprestación económica. Sin embargo, considero que éste carácter patrimonial no es el fundamento de las normas de protección al consumidor, es su condición de desventaja informativa respecto del producto o servicio que recibe del mercado a través de un proveedor lo que hace u obliga al Estado a protegerlo a través de normas que hagan que esa situación de desventaja informativa, natural en cada acto de consumo, sea cada vez menor.

2. Usted considera que existen diferencias entre las entidades prestadoras de salud públicas y privadas en las relaciones con los usuarios de sus servicios

Considero que en la práctica si existen diferencias en las relaciones con los usuarios, en la forma de atención al usuario de las EPS Públicas respecto de las privadas.

Es innegable que las entidades privadas tienen como incentivo el ofrecer un mejor trato al usuario con el fin de ganar preferencia y por ende incrementar sus ingresos económicos; Mientras que las públicas carecen de este incentivo ya que traten bien o mal al usuario, a este no le queda otra alternativa que

seguir ateniéndose en dicha entidad a pesar que no reciba un buen trato o un buen servicio.

3. Estas diferencias justifican un trato diferenciado en la normatividad de consumo

No debería significar un trato diferenciado en la normatividad de consumo, pues los usuarios de las EPS públicas son tan iguales en dignidad que los usuarios de EPS privadas.

El trato diferenciado debe sustentarse en actos objetivos, concretos que no mellen la dignidad del usuario, de lo contrario estaríamos ante una discriminación y ello no es aceptado por la Constitución Política y por el propio CPDC.

Aparentemente el trato diferenciado se basaría en la falta de contraprestación económica del usuario del servicio público, lo cual no es tan real ya que el servicio en alguna medida si es cuantificado y asumido por el propio Estado a través de subvenciones u otros mecanismos, sin embargo, este hecho de naturaleza netamente económico no puede ser aceptado como justificación para un trato diferenciado ya que es contrario a la propia Constitución Política.

Sin embargo, las normas de Defensa del Consumidor referidas a servicios públicos se orientan a dejar de lado a los consumidores o usuarios del Estado, no encontrando una justificación valedera o realmente sustentada sino es simplemente el hecho que la inexistencia de la contraprestación económica los excluye. Es por ello que las nuevas tendencias en el mundo respecto de las normas de defensa del consumidor ya se evalúan a ser extendidas al ciudadano y no circunscribirlas sólo al consumidor, y con ello acabar con ese trato diferenciado existente.

4. Considerando que una de las finalidades de la sanción es desincentivar la conducta del infractor, considera usted que al sancionar a entidades públicas se logra esta finalidad

Yo pienso que sí, hay un tránsito de una posición a otra que debe entenderse con el transcurrir del tiempo y en la medida en que se concientice a la sociedad en su conjunto que no hay justificación para que unos consumidores sean tratados de una forma y otros de otra, la sociedad y los gobernantes deben entender que la dignidad del ser humano es una y que éste se debe plasmar en igualdad de condiciones.

A la larga las sanciones aplicadas van a tener que dar lugar a normas que protejan al ciudadano y no sólo al consumidor.

5. Considerando que en procedimientos sancionadores la interpretación es restrictiva cree usted ¿que las entidades prestadoras de salud públicas generan relaciones de consumo con sus usuarios?

La doctrina nos señala que para que haya una relación de consumo debe existir necesariamente una contraprestación económica y esta se daría solo si el Estado está solventando dicha atención medica ya sea a través de subsidio o asumiéndola directamente. Las atenciones que ofrecen las EPS públicas tienen un costo que es asumido por el Estado en favor de los ciudadanos, entonces debe haber una relaciona de consumo atípica, pero relación de consumo al fin, por ello considero que si se generan relaciones de consumo y por ende deben ser protegidas por las normas de Protección y Defensa del Consumidor.

Entrevista al especialista en Derecho Administrativo

Datos del entrevistado

Nombre: ARTURO CUBA TORRES

Profesión: ABOGADO Especialidad: DERECHO ADMINISTRATIVO

Entidad en la que labora: SUSALUD

Tiempo que labora: 3 AÑOS

Cargo que desempeña: INTENDENTE DE FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN

- 1 Cual considera es el fundamento de las normas de consumidor
Proteger los derechos de los consumidores, a efecto que reciban los productos y servicios idóneos, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten a intereses legítimos.
- 2 Usted considera que existen diferencias entre las entidades prestadoras de salud públicas y privadas en las relaciones con los usuarios de sus servicios
Existen diferencias que no están relacionadas al servicio en sí que prestan, sino a la motivación por el cual brinda dicho servicio y a la mejora en la calidad del servicio que brindan.
Por un lado, las entidades prestadoras de salud privadas, cuyo fin principal es el lucro, compiten en el mercado entre ellas para la receptación del mayor número de consumidores, ello significa que el servicio brindado será renovado y mejorado de acuerdo a los requerimientos que el propio mercado establezca.
Por otro lado, las entidades prestadoras de salud públicas, encuentran su fundamento en la necesidad del estado de brindar este tipo de atención a los consumidores que no se encuentren en la capacidad de asumir los costos de una institución privada. El mismo por ende se encuentra subvencionado y la mejora de estos va de acuerdo a la política del Estado.
- 3 Estas diferencias justifican un trato diferenciado en la normatividad de consumo
Considero que deberían establecerse, que significa una relación de consumo y si dentro de esta, se debe considerar a las personas que acceden a un servicio que está siendo subsidiado por el Estado o si están dentro de esta las personas que por son atendidas por Essalud de forma obligatoria, pues como es sabido, la atención en dichas IPRESS, no son de libre elección de los consumidores
- 4 Considerando que una de las finalidades de la sanción es desincentivar la conducta del infractor, considera usted que al sancionar a entidades públicas se logra esta finalidad
Las sanciones impuestas para el Estado, no resulta de un incentivo negativo para el propio establecimiento, sino evidencia un inadecuado manejo del sector o un inadecuado manejo de las personas que estuvieron a cargo del establecimiento.
Si se produce por el primer supuesto, la imposición de una sanción al establecimiento, sólo va a afectar su presupuesto, el cual, ya está comprometido por el propio sector, por lo que el incentivo va a ser mínimo o

nulo en muchos casos, pues a efectos de implementar mejoras requeridas se requiere justamente de un mayor presupuesto.

De ocurrir el segundo supuesto, el incentivo no recaería sobre quien ocasionó la infracción, cargándose el estado con el pago de una multa de forma indirecta.

- 5 Considerando que en procedimientos sancionadores la interpretación es restrictiva cree usted ¿que las entidades prestadoras de salud públicas generan relaciones de consumo con sus usuarios?

No creo que se generen relaciones de consumo, pues de tratarse de un servicio prestado por ESSALUD, no existe una contraprestación por parte del usuario a quien se le brinda el servicio, pues este es pagado por el empleador, siendo en caso de entidades públicas, el propio estado quien da dicho aporte.

De igual modo, sucede con las instituciones públicas, cuyo pago por el servicio es subsidiado por el estado.

Acta de Aprobación de originalidad de Tesis

Yo, Rodolfo Fernando Talledo Reyes, docente de la Escuela de Posgrado de la Universidad César Vallejo filial Lima Norte, revisor de la tesis titulada **“Análisis de los criterios discrepantes sobre aplicación de normas de consumo a entidades públicas prestadoras de salud conforme al principio de igualdad”** de la estudiante **Liz Ninoska Cornejo Ortega** constato que la investigación tiene un índice de similitud de 23 % verificable en el reporte de originalidad del programa Turnitin.

El/la suscrito(a) analizo dicho reporte y concluyo que cada una de las coincidencias detectadas no constituye plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad César Vallejo.

Lima, 04 de agosto del 2018


.....
Dr. **Rodolfo Talledo**
ASESOR METODOLÓGICO
PROYECTOS DE TESIS

Rodolfo Fernando Talledo Reyes

DNI: 10217463



**ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DISCREPANTES SOBRE
APLICACIÓN DE NORMAS DE CONSUMO A ENTIDADES
PÚBLICAS PRESTADORAS DE SALUD, CONFORME AL
PRINCIPIO DE IGUALDAD**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

Doctora en Derecho

AUTOR:

Mgr. Liz Ninaska Cornejo Ortega

ASESOR:

Dr. Rodolfo Fernando Talledo Reyes

SECCIÓN:

Derecho

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho Constitucional


Dr. Rodolfo Talledo Reyes
ASESOR METODOLÓGICO
PROYECTOS DE TESIS

Resumen de coincidencias X

23 %

1	www.scribd.com Fuente de Internet	1 % >
2	revistas.pucp.edu.pe Fuente de Internet	1 % >
3	docplayer.es Fuente de Internet	1 % >
4	tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet	1 % >
5	www.articlearchives.co Fuente de Internet	1 % >
6	www.derecho.usmp.edu.pe Fuente de Internet	1 % >
7	myslide.es Fuente de Internet	1 % >
8	www.carpioabogados.com Fuente de Internet	1 % >
9	tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet	1 % >
10	ucsp.edu.pe Fuente de Internet	1 % >
11	www.monografias.com Fuente de Internet	1 % >



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI)
"César Acuña Peralta"

FORMULARIO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DE LAS TESIS

1. DATOS PERSONALES

Apellidos y Nombres: (solo los datos del que autoriza)

Cornejo Ortega Liz Ninoska

D.N.I. : 23954556

Domicilio : General Vidal N° 139 Dpto. 1203 - Miraflores

Teléfono : Fijo : 2415611 Móvil : 965944569

E-mail : liz.ninoska@hotmail.com

2. IDENTIFICACIÓN DE LA TESIS

Modalidad:

[] Tesis de Pregrado

Facultad :

Escuela :

Carrera :

Título :

[x] Tesis de Posgrado

[] Maestría

[x] Doctorado

Grado : Doctor

Mención : En Derecho

3. DATOS DE LA TESIS

Autor (es) Apellidos y Nombres:

Cornejo Ortega Liz Ninoska

.....

.....

Título de la tesis:

Análisis de los criterios discrepantes sobre aplicación de normas de consumo a entidades públicas prestadoras de salud, conforme al principio igualdad

Año de publicación : 2019

4. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN DE LA TESIS EN VERSIÓN ELECTRÓNICA:

A través del presente documento,

Si autorizo a publicar en texto completo mi tesis.



No autorizo a publicar en texto completo mi tesis.



Firma : [Signature]

Fecha : 22/feb/19



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

AUTORIZACIÓN DE LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

CONSTE POR EL PRESENTE EL VISTO BUENO QUE OTORGA EL ENCARGADO DE INVESTIGACIÓN DE

ESCUELA DE POSGRADO

A LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN QUE PRESENTA:

CORNEJO ORTEGA LIZ NINOSKA

INFORME TÍTULADO:

-Análisis de los criterios discrepantes sobre aplicación de normas de consumo a entidades públicas prestadoras de salud, conforme al principio de igualdad.

PARA OBTENER EL TÍTULO O GRADO DE:

DOCTOR EN DERECHO

SUSTENTADO EN FECHA: 07-Agosto-2018

NOTA O MENCIÓN: Aprobado por unanimidad



[Firma]
FIRMA DEL ENCARGADO DE INVESTIGACIÓN