

UNIVERSIDAD RICARDO PALMA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA



AMPLIACIÓN DE LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR PARA EL GIRO DE NEGOCIO DE LAS MICROEMPRESAS

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

AUTOR: BRYAN ANTICONA CRAVERO

LIMA PERÚ
2017

Dedico este trabajo con mucho cariño y agradecimiento; a mis padres, Pedro y María, por su inmenso amor e incesante esfuerzo para ayudarnos a alcanzar nuestros sueños. A mi esposa, por su apoyo y comprensión.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
-------------------	---

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción.....	9
1.2 Viabilidad.....	10
1.3 Justificación.....	11

CAPÍTULO II

HIPÓTESIS Y OBJETIVOS

2 Hipótesis general y Objetivo general	12
2.1 Hipótesis General.....	12
2.2 Objetivo General	12

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES

3 Antecedentes.....	13
---------------------	----

CAPÍTULO IV

DERECHO DEL CONSUMIDOR

4 ¿Qué es el Derecho del Consumidor?.....	20
---	----

CAPÍTULO V

NOCIÓN DE CONSUMIDOR

5	¿Qué se entiende por consumidor?	25
5.1	La teoría del consumidor-cliente	27
5.2	La teoría del consumidor final	28
5.3	Noción de consumidor para el Derecho Peruano.....	33
5.4	Noción de consumidor en el Derecho Comparado.....	38
5.4.1	Noción de consumidor en el Derecho Comunitario	38
5.4.2	Noción de consumidor en las legislaciones latinoamericanas.....	44
5.4.3	Casos especiales: legislación mexicana y de Costa Rica ...	46

CAPÍTULO VI

ASIMETRÍA INFORMATIVA

6	Asimetría informativa	52
6.1	Enfoque económico de la asimetría informativa.....	53
6.2	Enfoque psicológico de la asimetría informativa	59

CAPÍTULO VII

MICROEMPRESA

7	La microempresa	64
7.1	Conceptos preliminares sobre la microempresa	64

7.2 La adquisición de productos y servicios destinados al giro de negocio.....

66

7.3 La ley de MYPEs y su reglamento como sistema declarativo en el caso del Derecho del Consumidor. 78

CONCLUSIONES 83

RECOMENDACIONES..... 85

AGRADECIMIENTOS..... 86

BIBLIOGRAFÍA..... 87

INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de la presente tesis, se utilizó el método de investigación descriptiva-crítica. Ello se fundamenta, en el análisis de las principales doctrinas; el análisis de las legislaciones que adoptan criterios de extensión de la noción de consumidor. Y finalmente, a la casuística que refleja la realidad social del país, combinada a los enfoques de la economía con respecto a la asimetría informativa.

La realidad socio-económica del Perú, demuestra que la mayor parte del sector empresarial, se encuentra representado por las microempresas. Las cuales, han tenido problemas en la adquisición de productos y servicios para su giro de negocio, ya que, no cuentan con los mecanismos logístico-técnicos ni de conocimientos especializados; razón por la cual, están expuestos a adquirir productos y servicios inadecuados. Ello debido también, a la asimetría informativa

en la que se encuentran, y que, sin fundamento la Ley de Protección y Defensa del Consumidor, presume que se encuentran en simetría informativa. Es lamentable, que por artificios legales sin sustento de la realidad socio-económica, presuman que se encuentran en simetría informativa. Es así, que el presente trabajo tiene como finalidad, buscar la protección de las microempresas como consumidores en la adquisición de productos y servicios para su giro de negocio, porque ello, responde al deber de promoción que tiene el Estado en el artículo 59 de la Constitución de 1993, que implica, que deba aplacar toda desigualdad que las afecte; desigualdad que se manifiesta en las relaciones de las microempresas con los proveedores de productos y servicios. Asimismo, el Derecho del Consumidor, tiene como eje fundamental, el principio de asimetría informativa, elemento que permite diferenciar quiénes merecen ser considerados consumidores. Y que, en el caso de las microempresas, se han evidenciado situaciones de asimetría informativa en la adquisición de productos y servicios para su giro de negocio.

El primer capítulo del trabajo consiste, en el planteamiento del problema que, a su vez, se divide en 3 partes: descripción, viabilidad y justificación.

El segundo capítulo del trabajo, establece la hipótesis general y el objetivo general.

El tercer capítulo del trabajo consiste, en un recorrido por los principales antecedentes históricos, que dieron nacimiento al Derecho del Consumidor.

El cuarto capítulo, explica el concepto del Derecho del Consumidor, desde su construcción hasta su desarrollo actual. Que, en la actualidad defiende la autonomía del Derecho del Consumidor.

El quinto capítulo, desarrolla el concepto o noción de consumidor, para lo cual, fue fundamental el análisis de las teorías que definen este concepto. Asimismo, se describen y analizan las principales legislaciones: la europea y el caso especial de las legislaciones latinoamericanas, de Costa Rica y México que, adoptan definiciones extensivas de la noción o definición de consumidor.

El sexto capítulo, desarrolla el concepto de asimetría informativa desde la Economía y Psicología. La Economía fue la primera en desarrollar el concepto de asimetría informativa, que luego, fue asimilada al Derecho del Consumidor.

El séptimo capítulo, desarrolla el concepto de microempresa. Desde lo que se entiende por microempresa, hasta su problemática; en cuanto, a la adquisición de productos y servicios para su giro de negocio. Asimismo, se analiza el reglamento de Mypes, y sus principales problemas para su aplicación al Derecho del Consumidor.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción

El Derecho del Consumidor como disciplina jurídica, logró su reconocimiento legislativo, a raíz de las protestas que realizaron grupos de consumidores en Estados Unidos. Debido, a que, ya no era posible, que la propia competencia en el mercado, proteja los intereses de los consumidores. Era necesaria la intervención del Estado, para proteger a la parte débil de la relación de consumo. Pero la protección no va dirigida a todos los sectores, sino que, se debía delimitar el ámbito de acción de las normas de Protección del Consumidor. Donde la mayoría de las legislaciones optaron, por tomar como referente el destino final del bien adquirido. Naciendo la teoría del consumidor final.

En el Perú, se acogió la teoría del consumidor final. El cual fue plasmado en el artículo 3 inciso a) del Decreto Legislativo 716; definiéndose al consumidor como, la persona natural o jurídica que adquiere productos y servicios como destinatario final. Pero la realidad peruana, presionaba un cambio en la definición de consumidor, o también, denominada noción de consumidor. Es así, como, mediante un precedente de observancia obligatoria- Resolución N° 0422-2004/TDC-INDECOP¹- se extiende la definición de

¹Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia. Resolución N° 0422-2004/TDC-INDECOP, de fecha 3 de octubre de 2003. https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/165388/pres_res_0422-2003-TDC.pdf/86fa67c0-e055-4155-a50d-04a86fef792a, visitado el 28 de marzo de 2017.

consumidor, a las pequeñas empresas, que adquieran productos o servicios, que no estén relacionados a su actividad comercial o industrial.

Este precedente, generó luego, el cambio a nivel legislativo, de la definición de consumidor; que, mediante Decreto Legislativo 1045 de fecha 26 de junio de 2008, se modifica el artículo 3 inciso a) del Decreto Legislativo 716, ampliándose la definición de consumidor; a las microempresas que adquieran productos y servicios, no destinados al giro de su negocio.

La presente tesis analizará la problemática de la desprotección a las microempresas; debido, a que, la Ley 29571-Ley de Protección y Defensa del Consumidor- no considera como sujetos de protección, a las microempresas, que adquieran productos y servicios, para destinarlos a su giro de negocio. Para lo cual, el presente trabajo propone que, se amplíe la definición de consumidor, a las microempresas que adquieran productos y servicios para destinarlos a su giro de negocio, debido a que, se encuentran en asimetría informativa. Por lo que, el presente trabajo, buscará responder a la siguiente pregunta: **¿Debe ampliarse la noción de consumidor, a las microempresas, que adquieran productos y servicios destinados a su giro de negocio?**

1.2 Viabilidad

El trabajo cuenta con los instrumentos de trabajo necesarios, para llevar a cabo la investigación. Se utilizaron como instrumentos de trabajo: la doctrina existente, la legislación internacional que admite la protección a los microempresarios y la jurisprudencia. Estos instrumentos de trabajo, nos permitieron arribar a la conclusión final.

1.3 Justificación

La justificación del trabajo, reside en la solución de un problema socio económico, que ha sido afrontado, sin un enfoque legal y económico, de la realidad socio-económica del país.

CAPÍTULO II

HIPÓTESIS Y OBJETIVOS

2 Hipótesis general y Objetivo general

2.1 *Hipótesis General*

Se debe extender la noción de consumidor a las microempresas que adquieran productos y servicios destinados a su giro de negocio, en razón, a que, se encuentran en una situación de asimetría informativa, debido al reducido capital que manejan; por lo cual, no cuentan con asesoría técnica dentro de su propio negocio, para así realizar una elección idónea de productos y servicios. También debe resaltarse que la procedencia de la generalidad de las microempresas, es del sector informal; carente de conocimientos especializados y hasta educativos. Generándose con su inclusión como consumidores, un incentivo para la formalización del sector informal, para acceder a dicha protección.

2.2 *Objetivo General*

Determinar si se debe ampliar la noción de consumidor a las microempresas que adquieran productos y servicios destinados a su giro de negocio.

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES

3 Antecedentes

El Derecho del Consumidor, como institución autónoma, no era concebible para las clásicas instituciones jurídicas que, partiendo del Derecho Civil, concebían el principio de la autonomía de la voluntad, donde se presumía que las partes se encontraban en igualdad de condiciones.

Los remedios procesales que existieron, antes del Derecho del Consumidor, eran: alegar vicios ocultos (Derecho Romano), estatutos de los comerciantes (edad media), cláusulas abusivas o vejatorias, resolución del contrato, etc (Durand Carrión 2008, 42).

Es así, que, debido a la inactividad del Estado para crear mecanismos específicos de protección del consumidor; aparecen los primeros movimientos en defensa de los derechos de los consumidores.

“Los movimientos en defensa de los derechos de los consumidores encuentran su origen en los Estados Unidos a comienzos de 1900, y en la posguerra de la segunda guerra mundial adquieren un nuevo impulso” (Villalba Cuéllar 2009, 307).

Si bien es cierto los principales movimientos consumeristas se originaron en 1900; en el siglo XIX encontramos a los primeros pioneros americanos como el caso del doctor Harvey W. Wiley, quien llegó de la India para servir como jefe químico del Departamento de Agricultura Americano. Quien detectó la baja calidad de los productos que se expendían. En 1902 realizó pruebas

sobre los efectos de los aditivos alimenticios, que, para darle mayor credibilidad, experimentó con sus ayudantes. (Durand Carrión 2008, 37)

El desarrollo del Derecho del Consumidor, no se debió en un inicio al Derecho, sino mas bien, en el análisis y críticas que efectuaron sociólogos y economistas.

“Será necesario un largo periodo de tiempo para sensibilizar la opinión pública y llamar la atención de los legisladores sobre los problemas de los consumidores. Y el mérito no solo debe abscribirse a los análisis doctrinales de economistas y sociólogos, sino también a las organizaciones espontáneas de consumidores que dan inicio a campañas de prensa con la tarea de señalar los fenómenos más graves y dañinos en los cuales se manifiesta la estrategia de ganancia de la empresa (Alpa 2004, 22)”.

El autor resalta que, si bien, los estudios sobre la problemática de los Consumidores, fueron realizados por sociólogos y economistas; es gracias a los movimientos consumeristas, que los legisladores recién tomaron consciencia de la protección que debía ofrecer el Estado a los consumidores.

El movimiento consumerista se resume en tres periodos fundamentales:

“En el curso de este siglo el mundo económico comercial de los Estados Unidos ha sido sacudido tres veces por la explosión de un movimiento de los consumidores, a inicios del primer decenio del siglo xx, hacia la mitad de los años treinta y hacia la mitad de los años sesenta. Las primeras dos de estas manifestaciones se aplacaron rápidamente (Kotler 1973, 3)”.

La literatura que motivó con mayor fuerza los movimientos consumeristas son: “The Jungle” de Upton Sinclair, donde se resaltan las pésimas condiciones sanitarias de las empacadoras de carne en Chicago; “Silent Spring” de Rachel Carson, donde se resaltan los peligros de los pesticidas y de los aditivos para alimentos; y por último, Unsafe at Any Speed de Ralph Nader, que resalta el fracaso de la industria automovilística en cuanto a la seguridad de los vehículos (Assael 1999, 32).

El movimiento consumerista más antiguo, es el Consumers Union, fundado en 1936; que tenía por finalidad educar al consumidor, a través, de la revista “Consumer Reports”, la cual aún continúa vigente.

“En retrospectiva es interesante relevar que el primer movimiento de los consumidores fue provocado por factores como el aumento de precios, los escritos polémicos de Upton Sinclair y los escándalos relacionados con las sustancias farmacéuticas. Ello culminó con la aprobación del Pure Food and Drug (ley sobre la pureza de las sustancias alimenticias y farmacéuticas) de 1906, del Meat Inspection Act (ley sobre la inspección de carnes) del mismo año, y con la creación de la Federal Trade Commission (Comisión Federal para el Comercio) de 1914 (Kotler 1973, 3).”

“La segunda protesta de los consumidores hacia la mitad de los años treinta del siglo XX fue provocada por factores como un incremento brusco de los precios al consumo en la plenitud de la depresión económica, el escándalo de la sulfanilamida y la huelga de las amas de casa de Detroit, que estableció un ejemplo después largamente imitado. Culminó con el reforzamiento del Pure Food and Drug Act y con la

ampliación de los poderes normativos de la Comisión Federal para el Comercio para combatir las actividades y las prácticas ilícitas o fraudulentas (Kotler 1973, 3)”.

“El tercer movimiento, actual, es el resultado de una compleja convergencia de circunstancias: una de las más importantes es el contraste que se ha creado entre la práctica habitual del comercio y los intereses a largo término de los consumidores (Kotler 1973, 3)”.

El más importante antecedente sobre los derechos de los consumidores, es el discurso del presidente Kennedy del 15 de marzo de 1962 (Consumers International s.f.), en el cual resalta, los derechos más importantes del Derecho del Consumidor, y que, en la actualidad aún siguen vigentes. Estos derechos son: derecho a la información, derecho a elegir, derecho a ser oído y derecho a la seguridad. Si observamos en la actualidad las normas sobre protección del consumidor, notaremos que sus apartados están basados en estos derechos. De los cuales podemos resaltar que, el derecho a la información (Consumers International s.f.) es uno de los ejes esenciales del Derecho del Consumidor, puesto que, las relaciones asimétricas entre proveedor-consumidor requerían ser protegidas por el Estado, y que mejor mecanismo que, el Derecho del Consumidor. Asimismo, debemos agregar que, el derecho a la información, está relacionado al principio de corrección de la asimetría, regulado en el artículo V inciso 4, del Código de Protección y Defensa del Consumidor-Ley 29571-.

El movimiento de los consumidores se extiende a Europa continental recién en los años setenta. Ya que, estos movimientos se extendieron antes, a la Europa Anglosajona. Estos movimientos generaron la aparición de revistas

en defensa del consumidor; así como, programas radiales y televisivos sobre los mismos (Alpa 2004, 25).

Las principales normas que se emitieron en Europa, tomando en cuenta, que se trata de la Unión Europea, son:

- a) En 1973 la Comisión de la Comunidad Europea instituye un organismo consultivo denominado “Comité Consultivo de los Consumidores”: analiza los principales problemas del consumo, y emite dictámenes para armonizar las disciplinas del sector (Alpa 2004, 26,27).
- b) En 1989 la Comisión pasa a denominarse “Consejo”, y está compuesto por 33 miembros que son: asociaciones de consumidores, BEUC (Bureau Européen des Consommateurs), la COFACE (Comité de las Organizaciones familiares de la Comunidad Europea), la EUROCOOP (Confederación de las Cooperativas de los Consumidores), la ETUC (European Trade Unions Confederation). Este Consejo establece orientaciones a seguir en el tratamiento del Derecho de los Consumidores (Alpa 2004, 27).

En el caso peruano el primer antecedente sobre protección al consumidor, lo constituye el Decreto Supremo 036-83-JUS y la ley 23863. Los cuales quedaron derogados por el Decreto Legislativo 716 del 07 de noviembre de 1991. El cual fue modificado por la Ley 27311- Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor- de fecha 26 de junio del 2000; el cual, a su vez, ordena la publicación del Texto Único Ordenado de las normas que regulan el Sistema de Protección al Consumidor. Es en cumplimiento de este

mandato, que se emite, el Decreto Supremo 039-2000-ITINCI; que establece el Texto Único Ordenado de las leyes de Protección al Consumidor, Represión de la Competencia Desleal y Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor.

Mediante Decreto Legislativo 1045- Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor- de fecha 25 de junio de 2008 se modifican diversos artículos del Decreto Supremo 039-2000-ITINCI; asimismo, se ordena la publicación de un nuevo Texto Único Ordenado del Sistema de Protección al Consumidor. Es así, que, cumpliendo con el mandato del Decreto Legislativo 1045, que se publica el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor -Decreto Supremo 006-2009- PCM-.

Finalmente, mediante Ley 29571 se promulga el Código de Protección y Defensa del Consumidor de fecha 01 de septiembre de 2010; derogando el Texto Único Ordenado del Sistema de Protección al Consumidor establecido mediante Decreto Supremo 006-2009-PCM.

Esta evolución legislativa, entre sus principales cambios, trae consigo la modificatoria realizada por el Decreto Legislativo 1045 a la noción de consumidor, que hasta ese entonces a través del Decreto Legislativo 716, solo consideraba como consumidores, a los consumidores finales del producto; mas no, se consideraba como consumidor, a los que adquirirían productos y servicios para un fin lucrativo. Esta modificatoria ha sido mantenida en el actual Código de Protección y Defensa del Consumidor-Ley29571-.

Cabe recordar que aun cuando no se había realizado la modificatoria al Decreto Legislativo 716, que contenía una noción de consumidor final. El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución N° 0422-2004/TDC-INDECOPI, emitió un precedente de

observancia obligatoria, donde consideraba como consumidores a las pequeñas empresas que se encuentren en asimetría informativa al adquirir productos y servicios destinados al no giro de negocio. Lo cual generó críticas por los argumentos en los que basó su decisión, en específico citó conceptos de Marketing.

Este precedente de observancia obligatoria, motivó que más adelante, a través, del Decreto Legislativo 1045, se amplíe la noción de consumidor a la microempresa, pero solo para el caso de adquisiciones de productos y servicios que no formen parte del giro de negocio.

CAPÍTULO IV

DERECHO DEL CONSUMIDOR

4 ¿Qué es el Derecho del Consumidor?

El Derecho del Consumidor es la rama del Derecho que busca proteger a la parte débil de la relación de consumo (Roppo 2011, 361, 362), a través, de mecanismos de acción administrativos flexibles y económicos. Asimismo, protege la seguridad y salud de los consumidores.

El Derecho del consumidor establece la protección mínima de sus normas, en razón del principio de protección mínima, lo cual garantiza que no se pueden establecer condiciones menores a las consagradas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Otro aspecto importante del Código de Protección y Defensa del Consumidor es el principio de primacía de la realidad, por el cual, las conductas económicas prevalecen por sobre los actos de consumo realizados. Por último, la razón y principio fundante del Derecho del Consumidor, es el principio de asimetría informativa, el cual se fundamenta en la desigualdad de información en la que se encuentra la parte que adquiere un producto o servicio de un proveedor.

Las definiciones realizadas por la doctrina son:

“Se define el Derecho del Consumidor como el conjunto de medidas legales adoptadas por un Estado con la finalidad de defender la capacidad adquisitiva de su población, cautelar su salud y seguridad física frente a la administración de determinados productos y servicios,

garantizar la utilidad o capacidad de uso de los bienes que adquiere o de los servicios que contrate para la satisfacción de sus necesidades” (Durand Carrión 2008, 55).

En la doctrina para la definición de consumidor, se toma como punto de partida la concepción que se adopte; ya sea, objetiva o subjetiva: en la concepción objetiva es importante la calidad del sujeto que interviene en la relación de consumo. Si se trata de un comerciante o no, esto determinará que sea considerado consumidor. Si no es comerciante, será considerado consumidor. En la concepción subjetiva es determinante el destino de los bienes o servicios que se adquieren, si son, para la satisfacción familiar o para el giro de negocio. Si es destino familiar, es considerado consumidor (Durand Carrión 2008, 58,59).

En base a lo expuesto; de acuerdo, a la concepción que se adopte, se realizará la definición de consumidor:

“En una primera concepción el Derecho de Consumición, es el conjunto de las reglas aplicables a los actos de consumición o lo que resulta lo mismo, a las relaciones entre profesionales y consumidores; en una segunda concepción es el conjunto de reglas que tiene por objeto proteger a los consumidores” (Calais Auloy 1990).

El autor cuando se refiere a la primera concepción, hace referencia a la concepción objetiva, donde es importante la calidad del sujeto interviniente; para lo cual, para ser considerado consumidor, éste no debe ser un comerciante.

Cuando el autor se refiere a la segunda concepción, hace referencia a la concepción subjetiva, donde es importante el destino del bien o servicio adquirido. Esta segunda concepción es la utilizada en el Derecho Peruano, al hacer referencia al destino final de los bienes y servicios adquiridos, sin importar, si el adquirente es un comerciante o no.

El Derecho del Consumidor tiene una similitud estructural al Derecho Laboral, ya que, ambas ramas del Derecho nacieron fruto de organizaciones que lucharon por una protección especial del Estado; asimismo, ambas ramas del Derecho se desligaron del Derecho Civil, en cuanto, existía una parte débil en la relación jurídica. Para el Derecho Laboral, la parte débil era sometida a las condiciones laborales del empleador; y en el Derecho del Consumidor, la parte débil no poseía suficiente información para realizar una adecuada adquisición de un producto o servicio; así también, requerían de exigencias mínimas por parte del Estado para garantizar la calidad y seguridad de los productos y servicios que se ofertan en el mercado.

El Derecho Laboral tardó en fundamentar y buscar su autonomía como rama del Derecho, pero actualmente se ha consolidado como una rama autónoma del Derecho; ello no significa que cada rama del Derecho es aislada, sino que, las ramas del Derecho tienen una relación funcional para existir.

En los inicios del Derecho del Consumidor, se consideraba que éste se basaba en la protección y garantía de la competencia del mercado. Actualmente el Derecho del Consumidor se fundamenta y basa en la protección del consumidor, ya que, la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Por encima de las garantías para la competencia en el mercado, está la persona que le da la razón de ser al mercado, y es, el consumidor. Por tanto,

el Derecho del Consumidor se está consolidando como una rama autónoma del Derecho, en razón, a la actividad fundamental que desarrolla en la sociedad, como es garantizar la calidad y seguridad de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado. El consumidor es la razón de ser de la existencia de un mercado de productos y servicios, ¡sin consumidor no hay razón de ser de un mercado!

“En conclusión, las primeras normas sobre la materia estuvieron dirigidas a proteger a los empresarios y a la competencia económica propiamente dicha porque se pensaba que el consumidor podía encontrar su protección de una manera indirecta en estas normas; luego se fue abriendo espacio a las normas de protección del consumidor, con mayor contenido y propiedad” (Durand Carrión 2008, 45).

La autonomía del Derecho del Consumidor, tiene como uno de sus fundamentos, el uso de una nueva perspectiva para clasificar a las ramas del Derecho, la cual, toma en cuenta la funcionalidad de la regla jurídica, es decir, la función que cumple en la sociedad. La que toma como ejemplos: ambiental, del trabajo, de menores, consumidor, etc. Dentro de otra clasificación tripartita; público, privado y social. El Derecho del Consumidor, está dentro de la vertiente del Derecho Social, ya que, no solo busca proteger el interés individual, como se hace en el Derecho Privado, sino mas bien, busca proteger un interés social o colectivo, en cuanto, toda afectación a un consumidor, terminará afectando a otros más. (Durand Carrión 2008, 63,75).

Podemos resumir la autonomía del Derecho del Consumidor, tomando como fundamento básico la tesis del Doctor Julio Baltazar Carrión:

“La amplitud de la materia, a punto de merecer un estudio particularizado. La especialidad de principios, conceptos, teorías e instrumentos (el concepto de consumidor y proveedor, los intereses difusos, las asociaciones de consumidores, los crímenes de consumo, la interpretación in dubio pro consumidor, la creación de procedimientos administrativos especiales, entre otras), un método propio, esto es, el empleo de procesos especiales de interpretación, de su formulación y problemática. Obviamente el Derecho del consumidor como toda disciplina irá evolucionando para repensar los conceptos y categorías inmersos en su legislación” (Durand Carrión 2008, 78,79).

En base a lo expuesto proponemos una definición del Derecho del Consumidor, tomando en cuenta los elementos citados por el doctor Julio Durand Carrión (Durand Carrión 2008, 45, 78, 79), lo que se resume en lo siguiente: El Derecho del Consumidor, es una rama autónoma, de Derecho Social, de concepción subjetiva; que tiene como finalidad proteger al consumidor, para la obtención de productos y servicios de calidad, y manipulación segura.

CAPÍTULO V

NOCIÓN DE CONSUMIDOR

5 ¿Qué se entiende por consumidor?

Consumidor es la persona natural o jurídica que adquiere productos y servicios para su uso personal o familiar². Consumidor es aquel, que no destina los bienes y servicios que adquiere a un fin lucrativo o de comercio. El Código de Protección y Defensa del Consumidor define a lo que se entiende por consumidor, en su artículo IV inciso 1. Los elementos esenciales que se pueden extraer de la definición son: Persona natural o jurídica que adquiere bienes y servicios para un fin personal. El inciso 1.2 define como consumidor al microempresario que adquiere bienes y servicios para el no giro de negocio.

La introducción a la microempresa como consumidor, es realizada, a través, del Decreto Legislativo 1045 que modificó el Decreto Legislativo 716 que, anteriormente no aceptaba a la microempresa como consumidor. Pero, debemos aclarar que, ¡solo se protege a la microempresa en la adquisición de productos y servicios que no formen parte del giro de negocio!

² Definición contenida en la Ley 29571, Artículo IV, inciso 1; subinciso 1.1.

Se debe tener cuidado al citar definiciones de consumidor, de autores extranjeros, ello debido, a que, cada legislación tiene elementos diferenciadores. Como ejemplo tenemos la Ley de Protección al Consumidor de Argentina donde, un elemento diferenciador, es que, abarca las adquisiciones de productos y servicios tanto onerosas como a título gratuito. En la legislación peruana no se considera expresamente, bajo la protección del Derecho del Consumidor, a las adquisiciones de productos y servicios a título gratuito.

Para la noción de consumidor existen dos tipos de nociones: noción abstracta y noción concreta. Para la noción abstracta todos los ciudadanos merecen protección, por cuanto, aspiran a tener una mejor calidad de vida. La noción abstracta extiende la protección a todas las personas, puesto que, implican derechos como: la información, seguridad, derecho a escoger y ser escuchado. Pero la noción abstracta, se considera aplicable para los programas políticos, mas no, son ejercitables mediante acciones ante un juez. La noción abstracta se basa en la actuación del Estado como garantizador de las políticas públicas relacionadas a la información que se trasmite al consumidor mediante la publicidad y la seguridad en los productos, en este último caso, para no afectar la salud pública (López Camargo 2001, 62).

La noción concreta busca atribuir derechos individuales al consumidor, lo cual, implica otorgarle acciones para ejercitar esos derechos individuales. La noción concreta está plasmada en las normas de protección de los derechos del consumidor. El cual solo requiere para acceder a esta protección, ser considerado consumidor. Para ello, existen en la doctrina, dos teorías fundamentales que definen, qué se entiende por consumidor. Estas dos teorías son: la teoría del consumidor-cliente y la teoría del consumidor final.

5.1 La teoría del consumidor-cliente

La teoría del consumidor-cliente considera que, todas las adquisiciones de productos y servicios, tanto para un destino final como para un destino lucrativo o de circulación de la riqueza, son considerados realizados por consumidores; por ende, sujetos de protección del derecho del consumidor. No existe para esta teoría, una exclusión de protección a los proveedores que adquieren productos y servicios para el desarrollo de su actividad lucrativa. Sino mas bien, considera que también, son sujetos de protección del Derecho del Consumidor.

Una definición precisa considera que el consumidor-cliente es:

“Toda aquella persona que adquiere de un fabricante o de un comerciante, o, dicho en otras palabras, el que adquiere un bien o servicio de otra persona que actúa con ánimo de lucro” (López Camargo 2001, 63).

En la teoría del consumidor cliente no importa quien realiza la demanda del producto, sino, que simplemente sea una relación de consumo entre proveedor-cliente.

Se ha criticado mucho esta teoría, porque, dejaría sin ámbito de aplicación al Derecho Civil; ya que, todas las relaciones comerciales se regirían únicamente por el Derecho del Consumidor, como rama autónoma que es. Es por ello, que se considera, que, solo las personas que se encuentran en un nivel de asimetría informativa, son sujetos de protección del Derecho del Consumidor. Y para ello, se ha tomado como estándar normativo, el destino final que se le da al bien o servicio, para así, definir quién se encuentra en

asimetría informativa. Ese destino final debe ser de uso personal o familiar, lo que implica, que no se comercialice el bien nuevamente.

La teoría del consumidor cliente, olvidó considerar que, el derecho del consumidor, nació como protección a un sector específico de la población que se encontraba en un nivel de asimetría informativa con respecto al proveedor del producto o servicio. Además, que las relaciones comerciales entre empresas se regulan por el Derecho Civil, ya que, se presupone que ambas partes se encuentran en igualdad de condiciones (Angelo Schiesaro 2016, 145), y que, cualquier disputa es factible de resolver en la vía judicial o arbitral. Pero hacemos hincapié, que no todas las empresas se encuentran en igualdad de condiciones, en las relaciones comerciales entre las mismas. Ya que, como explica el presente trabajo, la microempresa se encuentra en asimetría informativa, a diferencia de los sectores como la pequeña, mediana y gran empresa.

5.2 *La teoría del consumidor final*

La teoría del consumidor final, parte de la premisa del destino final del bien o servicio adquirido (López Camargo 2001, 63). Para esta teoría el aspecto objetivo de la relación no importa, sino mas bien, el aspecto subjetivo o destino final que se le da al bien. El destino final del bien consiste, en que, la adquisición del producto o servicio, no debe ser destinado para la actividad productiva del adquirente, sino que, el destino final del bien, debe ser el uso personal o familiar del bien o servicio.

El consumidor final se caracteriza por ser el último eslabón en el ciclo económico. Que, al adquirir productos y servicios de un proveedor; los destina

a un uso personal, familiar y doméstico. Es la seguridad jurídica, la que llevó a los juristas a valerse del consumidor final, del producto o servicio, como elemento diferenciador (López Camargo 2001, 63).

Existe una discusión en los casos, donde las empresas adquieren productos y servicios ajenos a su actividad lucrativa. Si bien, ser considerado consumidor final significa destinar el bien o servicio a un uso personal, qué pasa, con las empresas que adquieren productos o servicios no relacionados a su giro de negocio. Fue esta discusión la que permitió que se diera un precedente vinculante con Resolución N° 0422-2004/TDC-INDECOPI, EXP. 535-2001-CPC, en la cual una pequeña empresa denominada “Reynaldo Moquillaza S.R.L.” denuncia a MILNE & CO S.A. por falta de idoneidad del producto. La denunciante compró una camioneta Ford Explorer 4x4 a la denunciada. Al llevarse la camioneta nueva, ésta emitía ruidos molestos provenientes del interior de la cabina, razón por la cual, la denunciante internó la camioneta en el taller de la denunciada. Pese a haber pasado por el taller, al salir del mismo, la camioneta presentaba los mismos defectos iniciales, lo que, obliga a la denunciante a denunciar ante la Comisión de Protección del Consumidor. Dentro del procedimiento, la denunciada manifestó que ¡el vehículo era para uso de la empresa y también personal! Dentro del procedimiento se ordenó una pericia a cargo del SENATI, el cual llegó a la conclusión que los ruidos emitidos por la camioneta se debían a una falla en la suspensión del vehículo. Por ello, la Comisión decidió declarar fundada la denuncia y ordenó la reparación del vehículo, o en su defecto entregar otra camioneta o en última instancia, devolver el dinero en efectivo. La denunciada apeló la decisión, haciendo mayor hincapié, en que, la denunciante no

calificaba como consumidor, de acuerdo, al Decreto Legislativo 716. La Sala al analizar si la pequeña empresa es considerada como consumidor, se basó esencialmente en el artículo 59 de la Constitución Política de 1993, que establece que: *“...El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”*³. Al entender de este artículo la Sala consideró que no podía permitir una situación de desigualdad; en este caso, desigualdad informativa, razón por la cual, la pequeña empresa debía ser considerada como sujeto de protección por las normas del Derecho del Consumidor. Asimismo, es importante resaltar de la Resolución de la Sala, lo siguiente: *“Pero además, debe colaborar a la capitalización de las pequeñas empresas, que son entidades económicas de bajo costo de inversión por puesto de trabajo... (Rubio Correa 1999, 231)”*

En la citada resolución de la Sala, ésta basa también sus argumentos en la mercadotecnia o marketing; de la cual, extrae conceptos relacionados a la clasificación de los productos industriales; los que clasifica en: materiales y partes, aspectos de capital y suministros y servicios⁴.

En los materiales y partes, considera a la materia prima usada por la empresa para llevar a cabo su actividad; la que concluye que no merece la protección del Derecho del Consumidor. En cuanto, a los aspectos de capital, considera que son: las instalaciones y el equipo accesorio; las instalaciones se refieren al edificio donde se lleva a cabo la producción; el equipo accesorio está

³ Artículo 59 de la Constitución Política de 1993.

⁴ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia. Resolución N° 0422-2004/TDC-INDECOP, de fecha 3 de octubre de 2003. https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/165388/pres_res_0422-2003-TDC.pdf/86fa67c0-e055-4155-a50d-04a86fef792a, visitado el 28 de marzo de 2017; Pp.9-12.

conformado por los equipos portátiles y el equipo de oficina. La Sala considera que solo este último elemento es factible de protección por el Derecho del Consumidor. Como tercer elemento cita los suministros y los servicios; en los suministros los divide en suministros de operación y de reparación; en los servicios los clasifica en: de mantenimiento y asesoría. Para la Sala tanto los suministros como los servicios están protegidos por las normas de protección del consumidor, en razón, a que son ajenas a su actividad.

Esta resolución fue el inicio para dejar de lado, la restrictiva noción de consumidor, y empezar a considerar a los sectores empresariales de diminuta dimensión, como sujetos de protección del Derecho del Consumidor.

Es clara la intención de la Sala de querer ampliar la noción de consumidor. Pero es necesario resaltar que peca de interpretar literalmente las normas; si bien es cierto, que la Constitución consagra una norma de protección a los sectores de la pequeña empresa. La Sala debió realizar un esfuerzo argumentativo, basándose más en la asimetría informativa, y claro es, también en el artículo 59 de la Constitución Política de 1993. En cuanto a la clasificación realizada por la Sala, esta debió ser aplicada, de acuerdo, a un estudio de campo, basado en la realidad social peruana, donde hablar de empresa no solo es hablar de una persona con un establecimiento grande y con gran capital; sino también, es pensar en el vendedor de hamburguesas que abre un pequeño negocio o en un vendedor de juguetes con un stock pequeño; ¿ese es el Perú, con su 96.2% de microempresas y 3.2% de pequeñas empresas (INEI 2013), muchas de ellas de configuración familiar! Es claro que existían fuertes argumentos para entender que la micro y pequeña empresa requerían de protección, pero que al final se quiso terminar la discusión,

incluyendo a la microempresa como consumidor, pero solo para la adquisición de productos y servicios destinados al no giro de su negocio.

“La empresa no puede ser descartada a priori y sin mayor análisis del ámbito de aplicación de la ley de protección al consumidor, bajo la equivocada suposición de que una empresa solo puede actuar en calidad de proveedor en una relación de consumo. Por el contrario, pueden existir casos en los cuales una empresa compradora-sin importar su dimensión- se encuentre en una situación de desventaja frente a otra empresa proveedora en cuanto al nivel de información que ambas manejan” (Noda Yamada 2003, 65).

Las medianas y grandes empresas, cuentan con áreas especializadas en adquisición de productos y servicios, debido a que, cuentan con los recursos económicos suficientes para afrontar estos gastos. En cambio, la microempresa cuenta con un capital efímero, y, limitado a mantener su producción.

La razón por la cual se protege a la microempresa se resume en las siguientes palabras: *“El fundamento es simple: no se trata de defender el último eslabón de la cadena, sino el eslabón más débil de la misma”.* (Espinoza Espinoza, Nuevas Precisiones Sobre los Alcances del Concepto de Consumidor 2003)

“El agente económico que se encuentra en un supuesto de “uso mixto”, en el cual principalmente actúa como pyme y accesoriamente como consumidor, no deja de ser (valga la redundancia) consumidor, por cuanto la finalidad de la Ley de Protección al Consumidor es la de tutelar a quienes se encuentran en situaciones de asimetría informativa en el

mercado y, en este caso particular, su actuación como proveedor no lo descalifica como consumidor... (Espinoza Espinoza, Nuevas Precisiones Sobre los Alcances del Concepto de Consumidor 2003, 78,79)”

5.3 Noción de consumidor para el Derecho Peruano

En el Perú el Decreto Legislativo 716 en su artículo 3 inciso a), establecía que; solo es considerado consumidor, la persona natural o jurídica, que adquiera productos y servicios, para darles un destino final. No se consideraban como consumidores las personas, tanto naturales como jurídicas, que adquieran productos y servicios para un destino lucrativo o comercial. Este sistema es considerado un modelo restrictivo para ser considerado consumidor.

Posteriormente, mediante Resolución N° 0422-2004/TDC-INDECOPI, EXP. 535-2001-CPC, en un caso donde interviene una pequeña empresa, que adquiere un vehículo que no es parte esencial de su giro de negocio. La Sala en esta resolución, se basa en las teorías del Marketing, donde realiza una clasificación, para determinar en qué casos los productos o servicios no forman parte del giro de negocio de una empresa. Finalmente, concluye declarando fundada la denuncia. Esta decisión, generó que la noción de consumidor, se ampliara, pero a nivel jurisprudencial, mas no, a nivel legislativo. Fue a raíz de este pronunciamiento, que se reforma el artículo 3 inciso a) del Decreto Legislativo 716, a través, del artículo 1 del Decreto Legislativo 1045, de fecha 26 de junio de 2008. Se amplía la noción de consumidor, a las microempresas, pero solo a las adquisiciones de productos y servicios, que no forman parte de su giro de negocio. Se criticó mucho, porque no se incluyó a la pequeña, como sí lo hizo, la Sala en su precedente de observancia obligatoria.

El precedente de observancia obligatoria, no fue del todo aplaudido, fue criticado, en sus fundamentos, sobre todo en la clasificación de bienes y servicios que hizo, basándose en las teorías del Marketing.

La nueva Ley 29571-Código de Protección y Defensa del Consumidor, mantuvo la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo 1045, de ampliar la noción de consumidor.

A partir de la nueva ley 29571, no se han producido mayores avances en la noción del consumidor. El Indecopi mediante sus resoluciones, se ha enfocado en establecer determinadas características para el análisis de las denuncias realizadas por las microempresas, que adquieran productos y servicios para el no giro de negocio.

Una Comisión en Lima mediante Resolución Final 0814-2016/CC1, resuelve una denuncia presentada por una empresa, que adquirió un vehículo para el uso de su gerente. El cual se incendió cuando era conducido por su gerente en la panamericana norte. Producto de esto, denunció a Automotores Gildemeister Perú S.A, por haber realizado mal el mantenimiento al vehículo, razón por la cual el vehículo se incendió. Asimismo, denuncia a MAPFRE por haberse negado a cubrir los gastos, mediante el seguro contratado; ya que, MAPFRE alegó que, fue el mal uso el que provocó que el vehículo se incendiara.

En su análisis la Comisión verifica que existan los tres elementos para determinar que exista una relación de consumo, que son: que hay un proveedor, consumidor y el bien o servicio adquirido sea regulada por la ley 29571. Luego analiza si la denunciante encaja en la definición de consumidor:

La parte esencial de esta resolución, la constituye la determinación, de cuando se está frente a un microempresario. Para ello se rige de acuerdo al Decreto Supremo 013-2013, que aprueba el “Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial”, que establece como único requisito, que la empresa no posea ventas anuales que superen las 150 UIT. El problema que se plantea la Comisión es, en qué momento se califica la calidad de microempresario: si es al momento de entablar la relación de consumo o al momento de interponer la denuncia.

La Comisión cita una anterior resolución de la Sala 647-2014/SPC-INDECOPI del 25 de febrero de 2014, donde se establece que:

“... de allí que el análisis de la condición de consumidor de un denunciante que contrató el producto o servicio materia de denuncia en un ámbito empresarial corresponde ser realizado considerando el momento en que se entabló la relación de consumo, pues sólo así encuentra sustento la tutela excepcional y especial regulada en el Código para los microempresarios”.

La Comisión tomando este criterio lo integra junto a su propio criterio, estableciendo lo siguiente:

“...esta Comisión considera que es necesario integrar el criterio establecido por la Sala a lo desarrollado por este órgano colegiado en anteriores pronunciamientos; de esta forma, la denunciante tendrá que evidenciar la condición de microempresario en dos momentos: (i) cuando entabló la relación de consumo; y, además, (ii) cuando presentó la denuncia administrativa”. (considerando 32)

El criterio establecido por la Comisión es incoherente, con el principio pro consumidor, que establece: en caso de duda sobre la interpretación de una norma, se debe favorecer al consumidor. Asimismo, de que vale que se analice si el denunciante es microempresario al momento de presentar la denuncia, cuando en realidad, la calidad de microempresario se debe observar al momento de entablar la relación de consumo, puesto que, es ahí donde se presenta la asimetría informativa; dado que, es en ese momento donde el microempresario carece de conocimientos especializados y de asesoría logística, porque su nivel patrimonial es escaso. Por ello, es que la ley tiene un tope de ventas anuales de 150 UIT. Lo que, implica que una microempresa, es una unidad económica pequeña, y, por ende, se encuentra en asimetría informativa.

Estos casos demuestran, las barreras, que establecen los órganos del Indecopi, sin tomar en cuenta, una interpretación que favorezca al consumidor. No se trata, de cerrarle las puertas a las microempresas, se debe buscar facilitarles el acceso a sus denuncias, flexibilizando los criterios.

Es la asimetría informativa el eje del Derecho del Consumidor, es la razón, por la cual se protege a un sector de la sociedad. Asimetría informativa, que es latente, en un país con una alta tasa de analfabetos y deserciones escolares. Recordemos que la microempresa, es la gran empresa del mañana, que requiere de un impulso del Estado, a través, de su protección contra las adquisiciones de productos y servicios que afectan su marcha.

En la actualidad solo se protege la adquisición de productos y servicios de las microempresas, que no forman parte de su giro de negocio. La casuística ha demostrado que también en la adquisición de productos y

servicios para el giro de negocio, las microempresas, también deben ser protegidas. El caso simple de un taxista, que compra un vehículo, para hacer servicio. ¿Qué sucede cuando el vehículo tiene fallas de fábrica? La respuesta será, apela a la garantía; pero que sucede luego de ingresar el vehículo al taller de la concesionaria, y no se llega a solucionar el problema, y el taxista, a quién recurre. Al Poder Judicial, mediante un proceso que dura de 5 a 10 años. Cuando en realidad, se trata de un microempresario, que inicia un negocio, y paraliza sus labores porque no tiene el bien para realizar su labor. La respuesta del Indecopi ante este caso lo resuelve en el Expediente 3432-2010/CPC, conocido como el caso del taxista. No lo considera como un microempresario, que adquiere un bien para el no giro de negocio, saben claramente, que no pueden ayudarlo con este argumento, para lo cual, recurren al principio pro consumidor, donde en caso de duda, se debe favorecer al consumidor⁵; pero es solo, cuando no se sabe cuál es el uso específico del bien. Pero sucede que, es el mismo denunciante quien reconoce que adquirió el bien para el servicio de taxi, además, de adquirirlo por un programa de financiamiento para taxistas. Esto demuestra que, indirectamente el Indecopi, reconoce claramente que, existen microempresarios, como el taxista, que requieren de protección, aun cuando el bien adquirido, es para el giro de negocio.

Cómo se puede exigir que el taxista tenga conocimientos especializados en el rubro que trabaja; que, al adquirir un vehículo, tenga que determinar que ese bien esté en excelentes condiciones. Tendría que ser un ingeniero automotriz o tener que contratar a uno; cuando su capacidad patrimonial como empresa no lo permite. Todo esto sucede cuando se siguen teorías foráneas,

⁵ Regulado en la Ley 29571. Artículo V, inciso 2.

que no son incorrectas, pero que, deben ajustarse a la realidad social del Perú. No es lo mismo Europa y Perú, existe una inmensa diferencia cultural y educativa. Y más aún, cuando se trata del Derecho del Consumidor, que nació para proteger a la parte débil en la relación de consumo (Roppo 2011, 361, 362), debido a que, se encuentra en asimetría informativa, y, además no le es rentable asumir los costos de acceder a mayor información. Lo que si pueden hacer las grandes empresas, que poseen la capacidad técnica y económica para asumirlas.

5.4 *Noción de consumidor en el Derecho Comparado*

La noción de consumidor en el Derecho Comparado, tiene como paradigma al Derecho Comunitario, pero que debemos entender, de acuerdo, al contexto social y económico, que predomina en Europa, el cual, no siempre o casi nunca coincide con el contexto social y económico del Perú. Sin más preámbulo, analizaremos el Derecho del Consumidor Comunitario y, cómo han sido aplicados por los Estados, que conforman la Unión Europea.

5.4.1 *Noción de consumidor en el Derecho Comunitario*

La primera norma que se refirió al término “consumidor”, es la Convención de Bruselas de 1968 relativo a la Competencia Judicial y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, actualmente regulado en la Directiva 44 2001. En su artículo 13 hace referencia que, para ser considerado consumidor, el uso del bien adquirido debe ser ajeno a su actividad profesional. Asimismo, la Convención de Roma de 1980 sobre obligaciones contractuales, considera de igual forma que, para ser consumidor

se debe adquirir el bien mueble o servicio para un uso ajeno a su actividad profesional (Villalba Cuéllar 2009, 309).

Las siguientes directivas contienen una definición, de lo que se entiende por consumidor, para la Unión Europea; la cual es realizada por Juan Carlos Villalba Cuellar (Villalba Cuéllar 2009, 309,310):

- a) Directiva 85/577/CEE. Regula los contratos negociados fuera de establecimientos comerciales. Que, en su artículo 2.1 define al consumidor como: “toda persona física que, para las transacciones..., actúe para un uso...ajeno a su actividad profesional”.
- b) Directiva 87/102/CEE. Define al consumidor, como el que adquiere para un fin ajeno a su actividad profesional.
- c) Directiva 93/13/CEE. Regula las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En su artículo 2 define al consumidor como: “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente directiva, actúe con propósito ajeno a su actividad profesional”.
- d) Directiva 97/7. Regula los contratos a distancia. En su artículo 2 define al consumidor como: “toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente directiva, actúe con propósito ajeno a su actividad profesional”.
- e) Directiva 98/6/CE. Regula la indicación de precios en los productos. Define al consumidor como: “cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional”.

- f) Directiva 1999/44/CE. Regula determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo. Define al consumidor como: “toda persona física que, en los contratos que refiere la presente directiva, actúa con fines que no entran en el marco de la actividad profesional”.
- g) Directiva 2000/31/CE. Regula el comercio electrónico. En su artículo 2 literal E, define al consumidor como: “cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”.
- h) Directiva 178/2002. Regula los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria. Define al consumidor como: “el consumidor último de un producto alimenticio que no empleará dicho alimento como parte de ninguna operación o actividad mercantil en el sector de la alimentación”.
- i) Directiva 2002/65/CE. Regula la comercialización de servicios financieros a distancia. Define al consumidor como: “toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”.
- j) Directiva 2005/29/CE. Regula las prácticas comerciales desleales. Define al consumidor como: “cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”.

Para la Unión Europea, consumidor es la persona física que adquiere bienes y servicios para un propósito ajeno a su actividad económica o

profesional⁶. A diferencia de las legislaciones latinoamericanas sobre Derecho del Consumidor, la Unión Europea no considera como consumidor a las personas jurídicas o morales. Con fundamento, en que, no se encuentran en una situación de inferioridad, ya que, el Derecho del Consumidor, se basa en la existencia de asimetría informativa en las relaciones de consumo. Es de añadir, que la situación de las empresas europeas es mejor a comparación de las empresas peruanas, porque el 96,2% (INEI 2013) de las empresas peruanas son microempresas; por ende, éstas se encuentran en situación de inferioridad.

En la Directiva 90/314/314 sobre viajes combinados, en la definición de consumidor, no se hace referencia a la persona física, por lo que se entiende, que también se protege a las personas jurídicas. Asimismo, en el Reglamento 178/2002 referente a los principios de la legislación alimentaria, no se hace referencia a la persona física, por lo que, también se protegería a las personas jurídicas (Villalba Cuéllar 2009, 311). La razón por la que se extendería la protección a las personas jurídicas, es el principio pro consumidor, el cual consiste en que, cualquier duda sobre la interpretación sobre las normas del Derecho del Consumidor, se debe favorecer al consumidor. Por lo que, las personas jurídicas serían pasibles de protección del Derecho del Consumidor, en estas normas, que no consignan literalmente el término “persona física”.

Las legislaciones de Alemania, Portugal y España, han extendido la protección del Derecho del Consumidor, a las personas jurídicas; aun cuando forman parte de la Unión Europea. Ello en razón a la interpretación que se le da al artículo 8 de la Directiva 93/13 del 5 de abril de 1993 sobre cláusulas

⁶ Convención de Bruselas de 1968 relativo a la Competencia Judicial y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, actualmente regulado en la Directiva 44/2001.

abusivas, que establece: “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección” (Villalba Cuéllar 2009, 316).

Las Directivas de la Unión Europea consideran como sujetos de protección por el Derecho del Consumidor a las personas físicas, en razón, a que las personas jurídicas no se encuentran en situación de inferioridad. Este argumento, ha sido criticado (Parra Rodríguez 2002, 73,74), puesto que, los distintos Estados que conforman la Unión Europea, de acuerdo, a su contexto socio-económico, pueden presentar situaciones de inferioridad a nivel de sus personas jurídicas. Es para ello importante que la Unión Europea realice un trabajo de campo, para identificar las diferentes realidades económicas de sus Estados integrantes.

La Unión Europea, ha seguido la línea de la concepción subjetiva, ya que, no se enfoca en la calidad del sujeto para determinar si se trata de un consumidor; es decir, no es determinante para ser considerado consumidor, si se trata de un comerciante o no; sino, el propósito o la finalidad por la que se adquiere el bien o servicio. Es por ello, que un comerciante o profesional puede adquirir bienes o servicios, pero para destinarlos a un uso personal o familiar, para lo cual, sí será considerado como consumidor, por lo tanto, sujeto de protección del Derecho del Consumidor. En la sentencia Benincasa, el TJCE explica bien la concepción subjetiva para ser considerado consumidor:

“De lo anteriormente expuesto se deduce que, para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva, hay que referirse a la posición de esta

persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona. Como acertadamente señaló el abogado general en el punto 38 de sus conclusiones, una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras” (Villalba Cuéllar 2009, 313).

El caso de la legislación francesa es curioso. Si bien no posee una definición exacta de consumidor. Ésta se ha tomado de otra normativa, como es la de cláusulas abusivas. Pero la Corte de Casación Europea en su Resolución de 15 de abril de 1982, por primera vez hace extensiva la noción de consumidor a un profesional. Al considerar que, la adquisición del servicio que realizó, escapaba a su giro de negocio, razón por la cual, se encontraba en situación de asimetría informativa. En otro caso de fecha 15 de abril de 1986, la Corte de Casación Francesa, no consideró como consumidor a un agente de seguros que, contrató un servicio de publicidad, al sostener que se trataba de un servicio que es parte del ámbito de su profesión (Villalba Cuéllar 2009, 321).

En resumen, para la legislación francesa, cuando el producto o servicio adquirido, forma parte del giro de negocio de la persona, no se considera consumidor. Pero si el producto o servicio adquirido no forma parte del giro de negocio de la persona, sí es considerado consumidor. Es importante resaltar, que en la legislación francesa no se hace referencia a la magnitud patrimonial de la persona que adquiere, en otras palabras, no hace referencia si se trata de una pequeña, mediana o gran empresa; sino, solo hace referencia a que no sea parte del giro de negocio. Es claro que algunos doctrinarios podrán cuestionar este enfoque, aduciendo que la legislación francesa al ser parte de

la Unión Europea, solo protege a las personas físicas, puesto que, también, no se encuentra dentro de las legislaciones que han extendido la noción de consumidor a las personas jurídicas, como el caso de la legislación española. Pero puede darse el caso de una persona física que, sin constituir una persona jurídica, pueda ser dueña de una gran empresa.

5.4.2 Noción de consumidor en las legislaciones latinoamericanas

Las legislaciones latinoamericanas en su mayoría han seguido la línea del consumidor final. El cual consiste, en que, el destino de los bienes y servicios adquiridos, sean para un uso personal o familiar, mas no, deben ser parte de su proceso productivo.

La legislación argentina en su artículo 1 de la ley 24.240. modificada por ley 26.361., define al consumidor como:

“La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario personal, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”.

“Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

La legislación argentina hace referencia directa al destino final del producto o servicio, por lo cual, no toma en cuenta, si se trata de un comerciante o no, para considerarlo como consumidor. Es también importante resaltar, que, en su segundo párrafo del artículo citado, también protege al consumidor material, siempre y cuando, el destino del bien sea personal, familiar o social. Entendemos por consumidor material, a la persona que, sin haber celebrado el contrato de consumo, es el que finalmente utiliza el bien o servicio. La única condición, para que, el consumidor material sea considerado como tal, es que destine el bien o servicio para satisfacer una necesidad personal, familiar o social.

La legislación chilena en su artículo 1 inciso 1 de la ley 19496 de 2004, define al consumidor como:

“las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes y servicios. En ningún caso podrán ser considerados los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores”.

Asimismo, en su artículo 2 segundo párrafo establece que:

“No se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente”.

La legislación chilena, enfoca su definición de consumidor, en el destino final del bien o servicio adquirido. Asimismo, es importante resaltar que, no considera como proveedores a los profesionales con título profesional que trabajen de forma independiente.

La legislación brasileña en su artículo 2 de la ley 8.078 de 1990, define al consumidor como:

“Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final”.

La legislación brasileña realiza una definición escueta pero sustancial, al establecer que, consumidor es la persona que adquiere con fines personales; mas no, para introducirlos o que ayude en su proceso productivo económico.

Tomamos estas legislaciones como referentes en la región latinoamericana, de las cuales, todas optan por seguir la teoría del consumidor final. Asimismo, ninguna de estas legislaciones hace referencia a la protección de las pequeñas y microempresas. Pero existen dos legislaciones en Latinoamérica, además de la peruana, que protegen al pequeño empresario, se trata de la legislación mexicana y de Costa Rica, que pasaremos a analizar en el título siguiente.

5.4.3 Casos especiales: legislación mexicana y de Costa Rica

La legislación de Costa Rica regula el Derecho del Consumidor en su ley 7472- Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor- que en su artículo 2 define al consumidor como:

“Toda persona física o entidad de hecho o de derecho que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o artesano- en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley- que adquiera productos terminados o

insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros”.

Asimismo, debemos citar la definición sobre el artesano y pequeño industrial, realizada en el artículo 2 inciso 2.1 del Reglamento de esta Ley- Decreto Ejecutivo 36234-MEIC- el cual hace la siguiente definición:

“Artesano: La persona física o entidad de hecho o de derecho que adquiera productos terminados o insumos para producir, transformar o reparar bienes, mediante un proceso en que la mano de obra resulta el factor predominante, dando por resultado un producto individualizado, en que quede impreso el sello personal y que no corresponda a la producción industrial mecanizada y en serie”.

“Pequeño industrial: La persona Física o entidad de hecho o de derecho, que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en la producción o transformación de artículos manufacturados y que califique como “pequeño empresario” bajo los criterios establecidos para la pequeña empresa en la Ley sobre el Impuesto sobre la Renta y su reglamento.”

La legislación de Costa Rica hace una importante diferencia entre el artesano y el pequeño industrial. El artesano se caracteriza por, realizar su actividad de manera manual y personalizada. Quiere decir, que no pueden intervenir en su proceso productivo maquinarias que realicen el trabajo por completo, sino, es el mismo obrero el que realiza el acabado del bien a producir. En cuanto al pequeño industrial, el reglamento remite a la Ley del Impuesto a la Renta de Costa Rica, para saber si se trata de un pequeño industrial.

El Ministerio de Economía, Industria y Comercio, a través, de la Comisión Nacional de Consumidor en el voto 114-12 del año 2012⁷. Resolvió una apelación, por haberse declarado improcedente la denuncia de una empresa denominada Plastipol de Costa Rica S.A. (denunciante en adelante) contra Grupo Cosalco S.A. y Dariv de Latinoamerica S.A. (denunciadas en adelante) por falta de idoneidad del producto adquirido. La denunciante adquirió una máquina para confeccionar bolsas, la cual, fue entregada por un técnico, el mismo que indicó en el documento de entrega, que se envíe el NCSD-V2, el cual resultó ser una pieza de la máquina. Este elemento alertó al denunciante del mal funcionamiento de la máquina, y que, corroboró al usar la máquina. Hecha la queja a las denunciadas del mal funcionamiento de la máquina, enviaron dos técnicos, que no pudieron hasta la actualidad solucionar el problema.

El punto esencial de la resolución que resuelve la apelación presentada. Es sobre, el pronunciamiento de la legitimidad del denunciante para acogerse a la Ley de Defensa del Consumidor. El denunciante alega que es un pequeño industrial, y que, por lo tanto, le corresponde ser protegido por las normas de protección del consumidor. La Comisión declaró que la denunciante no tiene legitimidad para denunciar, ya que, no presentó ningún documento que sustente la calidad de pequeño industrial, de acuerdo, al Decreto Ejecutivo 36234-MEIC, que define al pequeño industrial y remite su calificación como tal, al tratamiento que se le da al pequeño empresario en la Ley del Impuesto a la Renta. Por lo tanto, el recurso de apelación fue declarado improcedente.

⁷ <http://reventazon.meic.go.cr/informacion/cnc/votos2012-1/voto141.pdf>, revisado el 12 de enero de 2017.

Si bien, la Comisión declaró que la denunciante no cumplió con acreditar su calidad de pequeño industrial. Asimismo, no se pronunció, sobre si, se requiere estar inscrito como pequeño empresario para ser considerado pequeño industrial, o si, solo basta que cumpla con los requisitos sin estar inscrito como pequeño empresario, para tener la legitimidad para denunciar como pequeño industrial. Son puntos importantes que debió resolver la Comisión, al decidir si opta por un sistema declarativo o constitutivo de Pymes, para así, acceder a la protección del Derecho del Consumidor de Costa Rica. Por nuestra parte, en el título 5.3, postulamos el sistema declarativo para calificar como microempresa en el Perú. Debido a que el registro solo sirve para acceder a los beneficios que te da la ley de Mipymes, y no así, condiciona el acceso a la protección de las normas del Derecho del Consumidor.

La legislación mexicana mediante la Ley Federal de Protección al Consumidor, regula el Derecho del Consumidor. En su artículo 2 inciso I) define al consumidor como:

“La persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiere, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley.”

“Tratándose de personas morales que adquieran bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción o de servicios a terceros, sólo podrán ejercer las acciones a que se refieran los referidos

preceptos cuando estén acreditadas como microempresas o microindustrias en términos de la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa y de la Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal, respectivamente y conforme a los requisitos que se establezcan en el Reglamento de esta Ley”.

Asimismo, el artículo 99 penúltimo párrafo establece lo siguiente:

Art.99:” Las reclamaciones de las personas físicas o morales a que se refiere la fracción primera del artículo 2 de esta ley, que adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, serán procedentes siempre que el monto de la operación motivo de la reclamación no exceda de \$473.099.00.”

Para calificar como microempresa, según la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, en su artículo 3 inciso III, considera como elemento determinante la cantidad de trabajadores, que no debe ser mayor a 10; esto se aplica, tanto, en el sector industrial, de comercio y servicios.

En resumen, para la ley mexicana, además de la persona que adquiere bienes y servicios para un fin personal, familiar o social; también es consumidor el microempresario que cumpla con el requisito de tener un máximo de 10 trabajadores, y que, el bien o servicio materia de controversia no supere los \$473.099.00. Dentro de la protección a la microempresa, también, se encuentra el artesano; ya que, así lo establece el mismo artículo 3 inciso III, párrafo final

de la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa.

La legislación mexicana y de Costa Rica, comparten casi un criterio idéntico de protección; en el caso mexicano, protege al microempresario, y, en el caso de Costa Rica protege al pequeño empresario, ya que, Costa Rica no tiene en su clasificación al microempresario. Asimismo, Costa Rica hace referencia al pequeño industrial, y, añade que para determinar quién es pequeño industrial, debe determinarse, a través, del pequeño empresario. Debemos añadir, que, en México como en Costa Rica, se diferencia al empresario en: industrial, comercial y de servicios. Es por ello, la razón, de que, en Costa Rica no se consigne de manera directa en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor- Ley 7472- el término pequeño empresario, ya que, tendría que abarcar los tres sectores: industria, comercio y servicios. La ley solo protege al pequeño industrial, dejando fuera de la protección al pequeño comerciante y de servicios.

CAPÍTULO VI

ASIMETRÍA INFORMATIVA

6 Asimetría informativa

La asimetría informativa es el principio fundamental del Derecho del Consumidor. Los conflictos de antaño que dieron origen al nacimiento del Derecho del Consumidor, tuvieron como razón fundamental, la existencia de desinformación entre los consumidores, la cual, no les permitía elegir un producto o servicio correctamente en razón de las cualidades del mismo.

La asimetría informativa no es un concepto propio del Derecho, sino mas bien, es un concepto propio de la economía. Ello explica por qué el Derecho del Consumidor fue en sus insipientes inicios, estudiado y explicado por la ciencia de la economía.

La asimetría informativa consiste, en que el proveedor posee toda la información sobre los productos o servicios que ofrece, y no así en el caso del consumidor, que carece de información sobre los productos que desea comprar (Stiglitz y Carl 2009). Es por ello, que el Derecho del Consumidor, busca obligar a los proveedores a transmitir toda la información posible sobre sus productos

o servicios que ofrecen, para que el consumidor, decida en base a estos, si le conviene o no adquirir el producto o servicio.

La asimetría informativa es el eje del Derecho del Consumidor, puesto que, todas los productos o servicios que se ofrecen en el mercado, ingresan mediante información al consumidor, razón por la cual, es parte fundamental del proceso de circulación de las riquezas.

La asimetría informativa es una de las fallas del mercado, la cual, solo puede intervenir en determinados casos, ello debido al principio constitucional de la economía social de mercado.

El Derecho del Consumidor, al proteger al contratante débil, cambió la regulación de la relación entre proveedor-consumidor, dejando fuera al Derecho Civil, para regular de manera autónoma la relación jurídica establecida entre éstas dos partes. Ya que, en las relaciones contractuales reguladas por el Derecho Civil, se presume que ambas partes se encuentran en igualdad de condiciones, asimismo, basados en el principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden regir sus relaciones contractuales como ellos decidan, eso sí, siempre y cuando no contravengan el orden público y las buenas costumbres (Angelo Schiesaro 2016, 145). La regulación del Derecho Civil fue la razón por la cual, los proveedores se aprovechaban de su mayor conocimiento, para ir en detrimento de la parte débil, conocida como consumidor.

6.1 *Enfoque económico de la asimetría informativa*

La asimetría informativa o información imperfecta, es objeto de estudio de la microeconomía, específicamente en la materia sobre mercados

imperfectos. La asimetría informativa es considerada una de las fallas de mercado, que impiden un mercado con competencia perfecta.

La asimetría informativa para la economía tiene dos puntos de vista importantes, como son: la selección adversa y el riesgo moral; que han sido motivo de diversos estudios por grandes economistas, como el caso del profesor Joseph Stiglitz, que, en su trabajo: “Racionamiento del Crédito en los Mercados con Información Imperfecta”, pone en relieve estos dos conceptos fundamentales.

Para el estudio de la selección adversa y el riesgo moral, los economistas definen a los sujetos de la relación jurídica patrimonial como: el agente⁸(proveedor) y el principal⁹ (consumidor).

“La selección adversa puede presentarse cuando un comprador o vendedor realiza un intercambio con alguien que tiene más información que él” (Case y Fair 1997, 423). Esto quiere decir que al momento de negociar el contrato, una de las partes tiene mayor información que la otra. En el caso del Derecho del Consumidor, la parte que posee mayor información, es el proveedor. Ya que, éste conoce las características, defectos y ventajas del producto o servicio que ofrece; ello en razón, a que es parte de su especialización o práctica habitual. En la selección adversa es famoso el ejemplo sobre la compra de autos usados, ya que, en este caso el vendedor tiene mayor información, sabe si su auto es chatarra o si está bien conservado, lo cual no sucede en el caso del comprador (consumidor) que desconoce esta

⁸ Este término es sinónimo de proveedor para el derecho del consumidor.

⁹ Este término es sinónimo de consumidor para el derecho del consumidor.

información. En estos casos es común que el comprador se guíe por el precio, pues, considera que si está barato es porque su dueño quiere deshacerse del vehículo. *“...A medida que baja el precio se retiran del mercado más coches buenos, ya que los propietarios deciden conservarlos...”* (Stiglitz y Carl 2009, 369). Todo esto trae como consecuencia que los vendedores de buenos autos de segunda mano, no quieran venderlos, puesto que, si ponen un precio alto, nadie los comprará, por lo que prefieren conservarlos.

La selección adversa se caracteriza por ser la etapa pre contractual o de negociación, donde “...el agente o proveedor dispone de mayor información privada antes de la relación” (Macho Stadler y Pérez Castrillo s.f., 22). El agente o proveedor posee información privada, sobre el producto o servicio que ofrece, el cual a menudo lo mantiene en su esfera de conocimiento. Es por ello que, cuando el consumidor busca un producto o servicio, en la etapa de negociación, el proveedor es quien mejor conoce el producto o servicio, por lo cual, éste es quién debe orientar al consumidor, de manera veraz y sencilla. Lo cual no siempre ocurre dado que el proveedor, lo que busca es vender el producto o servicio, y para ello, resalta lo bondadoso de su producto, y no así, las desventajas del mismo.

En el caso de las empresas. Las grandes empresas cuentan con un área especializada de logística, además de tener la capacidad de contratar a especialistas para la adquisición de un producto o servicio.

En el caso de las microempresas, dada su precaria estructura empresarial, no cuentan con la capacidad económica y logística, para hacer la mejor elección sobre un producto o servicio.

Es por ello que la selección adversa, demuestra que, en la etapa de negociación, siempre el proveedor mantiene determinada información privada sobre un producto o servicio de su giro de negocio, que la otra parte desconoce, y que si el consumidor quiere conocer, ello le implicaría un costo excesivo sobre la utilidad que pretende obtener con el producto, dado lo ínfimo de su compra; esto queda claro en las relaciones del Derecho del Consumidor, donde el consumidor carece de conocimientos especializados y el beneficio que obtiene de un producto o servicio es menor a lo que le costaría saber a exactitud sobre un determinado producto o servicio.

La selección adversa como concepto económico, nos sirve para resaltar, que la asimetría informativa, es muy importante para entender el Derecho del Consumidor, puesto que, siempre va a existir una parte que posea mayor información que la otra, fundamento por el cual, esta parte desconocedora, debe ser protegida por las normas de protección del consumidor.

En cuanto al riesgo moral, se presenta cuando una de las partes de un contrato transmite el costo de su propio comportamiento a la otra parte contratante (Case y Fair 1997, 424). El riesgo moral se caracteriza por el desconocimiento del comportamiento del agente o proveedor, esto quiere decir, que el consumidor no sabe si el proveedor actuará cumpliendo correctamente su función o lo hará en beneficio propio. El riesgo moral se desarrolla en la etapa obligacional, ya que, el contrato ha quedado suscrito, dando nacimiento a una obligación, en este caso, de tipo voluntaria. El cual desde el punto de vista del riesgo moral se caracteriza por la no verificabilidad del comportamiento desvelado del proveedor. Un ejemplo de ello es el abogado contratado para llevar a cabo un proceso judicial, situación en la cual, el consumidor, no sabe

calificar si se trata de un excelente abogado; si tendrá las intenciones de ganar el juicio, o si simplemente se conforma con obtener sus honorarios por llevar el proceso. Esto explica el riesgo moral, al que se somete el consumidor, al no poder calificar con precisión, como será el comportamiento del proveedor en la ejecución del servicio. Entre los ejemplos que usan los economistas está el caso de las compañías de seguros, que al otorgar un seguro vehicular, no saben como actuará la persona que contrata el seguro, puesto que, al tener el seguro puede actuar negligentemente como también lo puede hacer diligentemente, en ambos casos, al momento de otorgar el seguro, a los dos tipos de personas les costará el mismo precio. Ello ha motivado que las empresas de seguros en la actualidad,, premien al conductor responsable, reduciéndole el costo de la prima a pagar.

En la selección adversa el consumidor o principal desconoce las características del producto o servicio que desea adquirir, ósea, nos encontramos en la etapa precontractual, donde el consumidor, se encuentra en la búsqueda de un producto o servicio, careciendo de información relevante, que sí posee el proveedor. En cambio, en el riesgo moral, para los economistas ambas partes, en la etapa precontractual, se encuentran en igualdad de condiciones o conocimientos. Pero que en la etapa obligacional, en el cumplimiento de la prestación por parte del proveedor o agente, el consumidor desconoce cómo se comportará el proveedor, ya que, el comportamiento del proveedor es una variable no verificable o que no tiene forma de demostrarse fehacientemente.

El papel que juegan los precios, es normalmente para determinar si existe escasez de un producto; pero en diversos estudios los economistas han

observado que los vendedores manipulan los precios para controlar la información que transmiten (Stiglitz y Carl 2009, 371). Esto se relaciona con el caso de los coches usados, donde el precio orienta el interés del consumidor, y es del común entender, que lo barato es porque tiene un defecto oculto. Este factor ha determinado que los productores manipulen los precios para alterar la información en el mercado, puesto que, los precios son uno de los elementos que mayor información transmite al consumidor, al determinar su interés o desinterés en un producto.

Otro punto importante es el tema de los incentivos, los cuales son importantes para que las partes de una relación económica actúen lo más eficientemente posible. Ello debido a que, los incentivos son recompensas a la parte que cumple su función, en la relación económica, de manera correcta. Los incentivos están relacionados a la propiedad privada y al precio. A la propiedad privada porque ésta se busca aprovecharla sin destruirla; y al precio porque determina el excedente que se pretende recibir por un producto o servicio de buena calidad (Stiglitz y Carl 2009, 372). El tema de los incentivos ha repercutido en el mercado, porque, los consumidores al encontrarse en asimetría informativa, no valoran correctamente los productos de buena calidad, que tienen un precio alto. La razón es que, los consumidores prefieren comprar lo que siempre compran, y no arriesgarse a comprar un producto nuevo aunque sea de buena calidad, que es caro, ya que, según su entender puede resultarle un mala experiencia. Todo esto ha determinado que los productores, vendan productos de baja calidad, que responden a un bajo precio.

El tema de los precios ha generado una práctica restrictiva de la competencia en el mercado. Es el caso de las tiendas que suben sus precios, y como, en otras tiendas no se baja el precio, el consumidor puede optar por elegir otra tienda donde venden el mismo producto, a un menor precio. Pero las tiendas que suben el precio, para evitar perder a sus clientes, les ofrecen cobrarles el mismo precio que la otra tienda; ésta es una estrategia que permite retener a sus clientes (Stiglitz y Carl 2009, 381). En realidad esta práctica genera un desequilibrio en la competencia, al evitar que el consumidor, adquiera los productos o servicios de otro proveedor, inhibiéndole de conocer sus beneficios.

La publicidad para la economía es de dos tipos: publicidad informativa y persuasiva. La publicidad informativa proporciona información sobre los precios, dónde pueden adquirirse y qué características tiene el producto. En cambio, la publicidad persuasiva tiene por finalidad despertar en el consumidor un sentimiento favorable del producto, lo cual, puede ser negativo cuando busca diferenciar dos productos idénticos, lo que más bien, genera confusión en el consumidor (Stiglitz y Carl 2009, 383).

6.2 *Enfoque psicológico de la asimetría informativa*

Desde la revolución industrial hasta mediados del siglo XX, las empresas producían la cantidad y calidad de bienes, de acuerdo, a sus propias consideraciones de índole empresarial. Es a mediados del siglo XX, donde aparece una nueva disciplina, como es el marketing o mercadotecnia, en la cual se estudia la psicología del consumidor. Es decir, las empresas empezaron a producir bienes y servicios, de acuerdo, a las necesidades del consumidor.

Un caso emblemático es la empresa de producción de jeans “Levis”, el cual tenía un nivel de ventas exitosas hasta 1960, donde los factores culturales, como “los hippies”, cambiaron el concepto de los jeans, lo cual obligó a la empresa a modificar sus modelos de productos, adecuándolos a las necesidades de los consumidores, permitiéndoles mantener su mercado. Pero eso no fue todo, sino también, creó espacios web donde comparte tendencias de la moda, usando prototipos de famosos americanos (Assael 1999, 15).

El estudio de la psicología del consumidor, busca desarrollar una publicidad efectiva. Pero en esa búsqueda de eficacia publicitaria, puede llegarse a una publicidad: fraudulenta, falsa y engañosa. La publicidad fraudulenta se caracteriza por ser una mentira directa. La publicidad falsa se caracteriza porque existe una discrepancia entre la declaración y los hechos; es decir, que los beneficios del producto publicitado, solo se cumple, bajo ciertas condiciones especiales, que no aparecen en la publicidad. La publicidad engañosa se caracteriza porque juega con la creencias del consumidor, pero que en realidad el producto o servicio no va a llegar a conseguir (Assael 1999) (Assael 1999, 52-53).

La publicidad engañosa, fraudulenta y falsa; se producen, debido a que, el consumidor no cuenta con suficiente información, como para darse cuenta que el producto o servicio, no es lo que realmente se publicita. La asimetría informativa es un fenómeno que afecta la elección del consumidor, puesto que, las empresas han optado por engatusar al consumidor, con productos, que no siempre son lo que dicen ser. En el caso peruano en las últimas resoluciones de la Sala de defensa de la competencia (Resolución n° 0547-2003/TDC-INDECOPI, del 1012/03), se ha proscrito el uso de elementos subjetivos en la

publicidad comparativa, al considerar que, al ser elementos subjetivos, no pueden ser sometidos a comprobación; lo cual provoca un daño en el competidor, al confundir al consumidor desinformándolo, ya que, éste no puede comprobar la información de la publicidad comparativa, que usa elementos subjetivos (el más rico sabor).

Pero “prohibir que los anunciantes realicen anuncios comparativos utilizando elementos subjetivos para persuadir al consumidor significa una restricción excesiva de la información respecto de los productos que se encuentran a su disposición en el mercado y de la creatividad publicitaria” (Canales Mayorga y Rivera Serrano 1998, 313).

“...Por medio de un estudio se descubrió que cuando los consumidores reciben información de desempeño clara y concisa sobre el producto de alfombrado, ellos lo utilizan porque consideran que la información es útil y fácil de aplicar” (Assael 1999, 54).

No solo se trata de ofrecer información al consumidor, sino también, hacer de esa información sencilla y de fácil comprensión. Los consumidores que compran un producto costoso, buscan mayor información, puesto que, el costo de adquirir información, es menor al beneficio de comprar un buen producto costoso. Pero cuando el consumidor compra un producto de bajo costo, no busca información, por el alto costo de obtener información contra el bajo beneficio de obtener ese producto. Los consumidores que compran un producto de baja calidad, no buscan en más de dos tiendas, debido al costo de buscar mayor información, así como también, a la corta diferencia de precios entre dos tiendas. Inconcientemente el consumidor hace un análisis económico de costo-beneficio.

El consumidor tiene etapas para procesar la información: exposición a la información, su percepción con respecto de ésta y su retención en la memoria. La exposición a la información o exposición al estímulo se caracteriza por los factores que influyen en el interés del consumidor para adquirir un producto, dentro de los cuáles tenemos: los amigos, el vendedor, la publicidad, las revistas, etc. La percepción de los estímulos se caracteriza en que los consumidores seleccionan, organizan e interpretan los estímulos para comprenderlos. La percepción de los estímulos estará condicionada a las experiencias pasadas con el producto, las creencias sobre la marca, la credulidad y no son demasiado complejos. La memoria se caracteriza por que el consumidor retiene la información para luego aplicarla en su elección (Assael 1999, 83-85).

En ocasiones el consumidor puede optar por una búsqueda de información, el cual, está condicionado a varios factores como: alto involucramiento por parte del consumidor, alto riesgo percibido, escaso conocimiento y experiencia sobre el producto, objetivos claros, menor presión de tiempo, precio alto, diferencias mayores entre los productos y el costo beneficio en la búsqueda de información. Es importante resaltar que, dentro de las fuentes de mayor confiabilidad para los consumidores están los amigos, colegas y las propias experiencias del consumidor. Ello servirá al consumidor, al momento de buscar información (Assael 1999, 239-240).

Un problema actual en cuanto a la elección del consumidor, es la sobrecarga de información. La sobrecarga de información tiene que ver con la inmensa cantidad de productos para un mismo uso, por ejemplo: detergentes. Esto afecta al consumidor, porque al tener demasiada información se le

complica elegir entre muchos productos. Razón por la cual, dentro de las estrategias del consumidor para realizar su elección es, primero: saber si quiere un producto hedonista o utilitario, esto se explica, en que, si es una necesidad de un bien o servicio utilitario, buscará mayor información por tratarse de un bien que tiene un propósito funcional; en cambio, cuando se trata de un producto hedonista, que tiene un propósito placentero, no buscará demasiada información. Como segundo método de elección, se trata de saber si el consumidor es de buscar información de manera pasiva o activa, esto quiere decir, que si es pasiva ingresará a la tienda con la intención de obtener información al interior de la misma, razón por la cual, jugará un papel importante las promociones, la posición de los anaqueles y la información que brinde el vendedor al interior de la tienda. En el caso del consumidor activo, es el que, busca información de fuentes como: amigos, revistas, publicidad, etc. Y que al momento de dirigirse a una tienda, va con una perspectiva del producto casi definida. La tercera forma de hacer su elección, por parte del consumidor, es la lealtad a la marca (Assael 1999, 243-245).

No se trata de que los productores brinden la mayor cantidad de información posible, sino mas bien, de ofrecer información sencilla, breve y de calidad. Así podrá reducir el margen de asimetría informativa y también ganarse más clientes. El consumidor en la mayoría de los casos, va a buscar la manera de reducir sus riesgos en una compra, lo que explica el por qué el consumidor evita comprar un producto nuevo y caro, y prefiere comprar un producto clásico y de calidad media, aún cuando el producto nuevo sea de una excelente calidad. Esto justamente explica el por qué es tan importante reducir la brecha de asimetría informativa. Ofreciendo productos de buena calidad pero

con información breve, sencilla y de calidad. Lo que el consumidor busca, es tener la confianza, que el producto que eligió tiene las mismas características que lo anunciado.

CAPÍTULO VII

MICROEMPRESA

7 La microempresa

La microempresa es la unidad productiva más pequeña de la industria nacional, ello en razón, a su nivel de ingresos anuales, que son como máximo 150 UIT.

7.1 *Conceptos preliminares sobre la microempresa*

En el Perú existen empresas formales como informales. El sector informal se refleja en la gran cantidad de ambulantes, que ofrecen productos y servicios, sin contar con: un local comercial, no ofrecer comprobantes de pago, no tener licencia municipal, etc. Es por ello, que el Estado ha tomado como política para alentar la formalización, el crear regímenes especiales, que apunten a permitir que las empresas no incurran en demasiados gastos, propios de la formalización. De lo expuesto, se puede inferir, que las microempresas en su mayoría, son empresas informales ya formalizadas. Así

mismo, es importante resaltar que la mayoría de las empresas informales, son empresas familiares.

Las microempresas al ser en su mayoría, producto de la formalización de empresas informales, que a su vez son empresas familiares. Se encuentran en un estado de asimetría informativa, tanto al adquirir productos y servicios, que están fuera de su giro de negocio; como cuando adquieren productos y servicios propios de su giro de negocio.

La ley 29571, que establece el Código de Protección y Defensa del Consumidor, introduce como novedad la protección de las microempresas, en el caso específico de la adquisición de productos y servicios que estén fuera del giro de negocio. Si bien es importante la variación en la definición de consumidor, aquélla peca de insuficiente, al dejar sin protección los casos de adquisición de productos y servicios que forman parte del giro de negocio. Esto sucede cuando las normas se redactan sin tomar en cuenta la realidad económica de nuestro país, donde las microempresas en su mayoría son empresas familiares; carentes de conocimientos especializados, sin áreas especializadas de logística y hasta inclusive con formación escolar incompleta. Esta realidad es la que debió inspirar al legislador a proteger a las microempresas, ya sea, tanto en las adquisiciones de productos y servicios para el giro como el no giro de negocio. La razón fundamental es la existencia de ¡asimetría informativa!, eje fundamental del Derecho del Consumidor. Asimetría informativa que se refleja con mayor claridad en algunos sectores, como: el financiero, servicios profesionales, tecnología, etc.

Para el año 2013 el 96.2% de las empresas nacionales, estaban conformadas por microempresas; el 3.2% por pequeñas empresas; el 0.2% por

medianas empresas y el 0.4% por grandes empresas. La $\frac{1}{4}$ parte de las empresas industriales nacionales son: fábricas de textiles y de prendas de vestir (INEI 2013). Esto quiere decir que la industria peruana casi en absoluto está conformada por microempresas. Ello sin tomar en cuenta la cantidad de informales, que se encuentran en las calles ofreciendo productos y servicios.

7.2 La adquisición de productos y servicios destinados al giro de negocio

Las microempresas para el desarrollo de sus operaciones requieren de productos y servicios para desenvolverse en su rubro. La adquisición de productos y servicios destinados al giro de negocio, significa que son productos o servicios esenciales para su proceso productivo.

El 76.1% de microempresas pertenecen a personas naturales (INEI 2013); ello implica, que no tienen un manejo estructurado de la empresa, sino mas bien, se basan en sus conocimientos personales para la adquisición de productos y servicios. El 11.1% de las microempresas son imprentas (INEI 2013), en este caso, que sucedería si al adquirir una máquina de impresión digital para gigantografías, esta máquina tendría defectos, que al ser reclamados por el comprador -microempresario-, sean considerados por la vendedora como defectos causados por el mal uso hecho por el comprador-microempresario-. En tal caso, el comprador -microempresario- tendría que iniciar un proceso judicial por vicios ocultos; este proceso podría durar entre 3 a 5 años, mientras tanto, qué pasa con la actividad empresarial del microempresario.

El 15.8% de las microempresas son empresas dedicadas a la elaboración de productos alimenticios. En la actualidad se está dando preferencia a los productos andinos como: la quinua, la maca, kiwicha, etc. En el caso de la quinua, existen empresas que se dedican a lavar y envasar la quinua. Para ello requieren de máquinas industriales, ya que, se tratan de grandes cantidades de quinua. Que sucedería si al comprar una máquina que lava quinua, ésta no funciona correctamente, se apaga sola pasado un determinado tiempo, pero este defecto se presentó 2 meses después. La empresa dirá tenemos la garantía, pero que pasa, si la vendedora argumenta, como siempre se estila, que el defecto es producto del mal uso que hizo el comprador -microempresario-. Entonces tendrían que irse a un proceso judicial engorroso, y en detrimento de la microempresa, que, al no contar con la máquina, paraliza sus operaciones, llevándola incluso a la quiebra y despido de trabajadores. ¿Es posible para una microempresa saber si una máquina industrial carece de defectos? La respuesta es no, dado su efímera capacidad económica y ausencia de un área de logística. Entonces podemos decir que la microempresa dados estos dos factores, se encuentra en asimetría informativa, razón y eje fundamental del Derecho del Consumidor.

La adquisición de productos y servicios para el giro de negocio por parte de la microempresa, no se encuentra protegido por el Derecho del Consumidor. Ya que, se presume que la microempresa se encuentra en simetría informativa, al adquirir productos y servicios de un proveedor. Esto no es cierto, porque, las leyes dictadas para la microempresa buscaron alentar la formalización de las mismas, a través, de beneficios; ya sean laborales, compras estatales, etc. Razones por las cuales las microempresas en su mayoría pertenecen a

sectores: de capitales limitados, de estudios escolares incompletos y sin asesoría especializada. Por ello, al realizar sus adquisiciones de productos y servicios, se basan en sus conocimientos personales. Es importante destacar que la ley establece un tope de ingresos anuales de 150 UIT, para ser considerado microempresa. Lo que, asimismo, confirma que las microempresas poseen un capital reducido, en comparación a las pequeñas, medianas y grandes empresas. Lo que las obliga a no poder gastar en asesoría especializada para la adquisición de productos y servicios propios del giro de negocio.

El expediente 3432-2010/CPC, conocido como el caso del taxista. En este caso el señor Herminio Edward Espinoza Povis denuncia a Novoautos S.A. por los defectos relacionados con: la pintura, la torreta del amortiguador de ambos lados, parlante parchado mal ubicado y rotura en la tapa del aire acondicionado. En primera instancia la comisión, mediante resolución 724-2012/CPC del 6 de marzo de 2012, declara improcedente la denuncia porque el denunciante no tiene la calidad de consumidor final, dado que se trata de un taxista que adquirió el vehículo para hacer servicio de taxi. En la apelación se basaron, en que, el vehículo no solo se destina al servicio de taxi, sino también, para el uso personal del taxista. Asimismo, se resalta que el hecho que sea un taxista, no implica que tenga conocimientos especializados para adquirir un vehículo. Finalmente, la Sala declaró fundada la denuncia, considerando, que el vehículo tenía un uso mixto, por tanto, existía duda sobre el destino final. Y, en aplicación del principio pro consumidor, regulado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, se establece que, en caso de duda, se resolverá a favor del consumidor (Gaceta Jurídica 2013).

La resolución anterior fue criticada, porque, en ningún momento existió duda sobre el destino final del bien; ya que, el propio denunciante admitió que adquirió el vehículo, a través, del programa “mi taxi asociación”. Y que, por tanto, al destinar el bien a un uso empresarial, su denuncia debió ser declarada improcedente. Esta fue la postura de Hernando de Montoya en su voto en discordia.

Es cierto, que la Sala se equivocó de argumento para su resolución, al inclinarse por considerar que el uso del bien era mixto. Ya que, existían pruebas contundentes que afirmaban que el vehículo era para un destino empresarial.

Esta resolución nos sirve para demostrar que el microempresario, se encuentra en asimetría informativa, dado que, el hecho de ser un taxista, no implica que tenga conocimientos especializados para saber si el producto es idóneo o no. Fue un buen argumento de la apelación resaltar este punto. Es lamentable afirmar que la Sala buscó argumentos para declarar fundada la decisión, y entre ellas, no tuvo mejor idea que basarse en la duda del destino del bien. Cuando bien pudo basar su decisión, en que, en la relación de proveedor -consumidor existió asimetría informativa, y que, aun tratándose de un consumidor que destina el bien a un fin empresarial, no tenía la capacidad económica ni técnica para declarar que el bien era idóneo. Fundamento que hubiera podido sustentar aún más, con el principio de asimetría informativa. Y es que los principios están hechos para eso, para interpretar las normas del ordenamiento. Las normas de una determinada materia, son el desarrollo específico de los principios que las sustentan. Es decir, que las normas que se encuentran en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, son el

desarrollo concreto de los principios que las sustentan. Por lo tanto, el principio de asimetría informativa permite interpretar las normas del Código de Protección y Defensa del Consumidor, adecuándolas a su esencia.

La legislación de Costa Rica, en su ley de promoción de competencia y defensa del consumidor, define como consumidor:

“toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios ... También se considera consumidor al pequeño industrial o artesano – en los términos definidos en el reglamento de esta ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros”.

Asimismo, para el reglamento¹⁰ de esta ley se entiende por artesano:

“La persona física o entidad de hecho o de derecho que adquiera productos terminados o insumos para producir, transformar o reparar bienes, mediante un proceso en el que la mano de obra resulta el factor predominante, dando por resultado un producto individualizado, en que quede impreso el sello personal y que no corresponda a la producción industrial mecanizada y en serie”.

Así también el reglamento define al pequeño industrial como:

“La persona Física o entidad de hecho o de derecho, que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en la producción o transformación de artículos manufacturados y que califique como “pequeño empresario” bajo los criterios establecidos para la

¹⁰ Decreto Ejecutivo 36234-MEIC

pequeña empresa en la Ley sobre el Impuesto sobre la Renta y su reglamento

La norma de Costa Rica hace una diferenciación entre dos sectores importantes como son: los artesanos y el pequeño industrial. Los artesanos se caracterizan por realizar su producción de manera manual o artesanal; lo que implica que su producción no es automatizada, por ejemplo: el caso de la fabricación de artesanías.

En cuanto al pequeño industrial, este realiza su producción de manera automatizada o robotizada, pero que para efectos del impuesto a la renta tiene un tope de ingresos. Lo cual se asimila a la calificación como microempresario en el Perú, que se basa en el nivel de ventas anual, que es de 150 UIT como tope.

Esta protección se fundamenta, en que, en estos sectores productivos aún persiste la asimetría informativa, y que, Costa Rica asimila muy bien la realidad social de su país. Protegiendo a su sector menor dotado de recursos, por ende, con menor posibilidad de encontrarse en simetría informativa que un proveedor calificado como mediana y gran empresa. Debemos hacer hincapié que el sector involucrado en la importación de tecnología, se caracteriza por estar compuesto por grandes empresas, que tienen el 79.3% de ventas a nivel del Perú (INEI 2013). Ello en razón, a que, para importar tecnología, que es muy cara, se requiere de un capital exorbitante, que solo lo poseen las grandes empresas. Razón por la cual, no podemos exigir a un sector que recién se acopla a la economía, buscar información adicional para adquirir productos y servicios, ya que, ello encarecería sus costos de producción, por ende, llevarlos a la quiebra.

En el caso francés, la Corte de Casaciones de 15 de abril de 1982, hizo por primera vez extensiva la noción de consumidor a un profesional¹¹, en el caso siguiente: un agricultor contrató el servicio de experticio del siniestro, donde el vendedor del servicio establecía su remuneración en el 3% del valor avaluado. El mismo día, otra sociedad que ofrecía el servicio, le dio una oferta menor por el servicio, de 2% del valor avaluado. Razón por la cual el agricultor decidió apartarse del primer contrato en base a la ley del 2 de diciembre de 1972¹². El agricultor al ser considerado un profesional (proveedor), no califica como consumidor, ya que, la adquisición del servicio está destinado a su actividad productiva. Pero la decisión de la Corte de Casaciones Francesa, fue extender la noción de consumidor al agricultor, por considerar que se encontraba en asimetría informativa (Villalba Cuéllar 2009, 321). Es importante resaltar, que la Corte de Casaciones, tomó en cuenta que el agricultor, es un empresario con un patrimonio reducido y carente de conocimientos especializados, y que, por ello, requería ser protegido por las normas de protección del consumidor. Como podemos ver en todos los casos, la asimetría informativa es un factor esencial para diferenciar, quiénes merecen la protección del Derecho del Consumidor.

Un caso donde refleja aún más la asimetría informativa, es la adquisición de servicios financieros. Las microempresas, para acceder al financiamiento bancario deben sustentarla mediante información de sus estados financieros y demás. En un trabajo sobre las pequeñas y medianas empresas en Argentina

¹¹ Para el caso francés se utiliza el término profesional para referirse al comerciante que adquiere productos o servicios. Para la legislación peruana es sinónimo de proveedor.

¹² Ley sobre protección de consumidores en las ventas celebradas a domicilio.

(Dapena y Dapena 2003, 4, 8, 9,11), establecen que los principales medios de prueba, que toman las entidades bancarias para extender un crédito, y que, se apoyan a su vez en lo establecido en el Banco Central de Argentina, son: en primer lugar, la capacidad de repago; en segundo lugar, el respaldo de los activos del deudor. Para esto, el pequeño empresario, debe elaborar un análisis financiero exhaustivo. Que no solo se basa en los Estados financieros de la empresa, sino también, sus proyecciones hacia futuro. Es importante que el pequeño empresario, tenga un esquema predeterminado de objetivos a largo plazo. Para esto, el pequeño empresario debe contar con: un flujo de caja a corto y largo plazo. En el trabajo de campo para las pequeñas empresas de Argentina, del estudio citado, se demostró que:

- a) El 52,17% de la muestra no posee objetivos a largo plazo.
- b) El 8,69% de la muestra se maneja sin objetivos para el año en curso.
- c) El 81,15% de la muestra no ha planificado como lograr los objetivos a largo plazo.
- d) El 21,73% de la muestra no ha planificado como lograr esos objetivos a corto plazo.
- e) El 28,98% de la muestra no evalúa el desempeño de la empresa a la luz de los objetivos de corto plazo.
- f) El 95,65% de las empresas incluidas en la muestra no realiza evaluación del cumplimiento de lo planificado para lograr los objetivos de largo plazo.

La conclusión a la que llegamos, considera que, la dificultad para desarrollar información financiera para las pequeñas empresas, no les permite

acceder a los mercados financieros. Esto a su vez, demuestra que, las pequeñas empresas cuentan con un nivel de información deficiente, al interior de su organización. Si bien, se trata de la realidad argentina, aún más, será la deficiencia en las microempresas para el caso peruano, debido a que, la industria argentina tiene mayor desarrollo, a comparación de la peruana. Por último, es importante resaltar, los medios de financiamiento que usan las pymes en Argentina: 18,9% en instrumentos de deuda; 9,9% en emisión de acciones y 71,1% en reinversión de ganancias. Los autores resaltan que, la reinversión de ganancias, en general, provienen de la evasión fiscal o laboral. Lo cual les permite reinvertir ese dinero para continuar con la marcha de la empresa (Dapena y Dapena 2003, 3, 4).

Las pequeñas empresas, desde el enfoque de este estudio, revela que, la mayoría prefiere reinvertir sus utilidades, antes que pedir un crédito. Asimismo, debido a la dificultad para manejar información financiera, no poseen un programa a corto y largo plazo, que permita, determinar en qué proyectos actuará la empresa y cuánto de utilidad esperan obtener. Ello quiere decir que, en Latinoamérica la mayoría de las pequeñas empresas no tienen un proyecto de inversiones a largo plazo, sino, solo se enfocan en la realidad actual.

Debemos destacar también que, en argentina existe un mayor grado de conocimiento sobre el uso del mercado bursátil; por el contrario, en el Perú el mercado bursátil, es completamente desconocido por muchas microempresas, es por ello, que la Superintendencia de Mercado de Valores, ha creado un mercado bursátil especial para microempresarios, donde se les facilita la

presentación de los hechos importantes de la microempresa. El cual, es de compleja redacción, por lo cual se ha establecido un formato fácil y accesible.

Casos como estos, demuestran la asimetría informativa, presente en las microempresas que, debido al alto costo de adquirir información financiera, deciden no utilizar éste mecanismo.

Una explicación de porqué no se suele considerar a las relaciones jurídicas patrimoniales entre empresas, como sujetos de protección por parte del Derecho del Consumidor es debido a: factores económicos y técnicos o de conocimiento (López Camargo 2001, 64). En cuanto a los factores económicos, se encuentran relacionados a la capacidad económica para poder afrontar una búsqueda adicional de información, para así, poder tomar una decisión de compra o adquisición de un servicio. En el caso del consumidor- persona común-, éste no tiene los suficientes medios económicos para poder afrontar una búsqueda exhaustiva de información, para así, poder tomar una decisión de compra. Y en cuanto, a los factores técnicos o de información, estos se refieren al conocimiento especializado que posee una determinada persona o grupo de personas sobre un determinado bien. Es por ello, que las empresas al realizar una actividad habitual, adquieren determinados conocimientos sobre los productos o servicios que ofrecen.

Estos dos factores nos han permitido, fundamentar aún más porqué las microempresas deben ser protegidas, aun tratándose de la adquisición de productos y servicios propios del giro de negocio. En el caso del factor económico, estas empresas para ser consideradas microempresas, deben alcanzar un tope anual de ventas, que es de 150 UIT como máximo. Esto nos lleva a la conclusión, de que, las microempresas poseen un patrimonio

reducido, a comparación de otros sectores económicos como las pequeñas y medianas empresas. Asimismo, las microempresas en el Perú, en su mayoría son empresas familiares; ya que, la ley de microempresas, buscó esencialmente la formalización de las empresas familiares.

En cuanto, al factor técnico o de conocimiento, las microempresas manejan información reducida, a comparación de las grandes empresas. Ello en razón, a que, no poseen exclusivamente un área de logística; ya que, ello implica un gasto excesivo que no pueden afrontar, debido a lo limitado de su patrimonio. Aun cuando cuenten con un conocimiento específico sobre un determinado bien, como el caso de un horno panadero, cómo haría el microempresario para determinar que el horno panadero está técnicamente bien construido. Para ello, requeriría contratar a un profesional en ingeniería, solo para determinar que el horno está perfectamente construido. Lo cual, implica un costo adicional que no puede afrontar.

Estos dos factores económicos y técnicos, nos permiten fundamentar, aún más, porqué la microempresa debe ser protegida tanto en la adquisición de productos y servicios fuera del giro de negocio como los adquiridos para el giro del negocio. En razón, a que económicamente no poseen la capacidad para encontrarse en igualdad de condiciones. Y, en la parte técnica o de conocimiento, carecen de conocimientos especializados por lo limitado de su producción. Lo cual concuerda con un extracto de un doctrinario.

“En lo que se refiere a la pequeña empresa y por sus características especiales, algunas reglamentaciones han considerado assimilar a la condición de consumidores a los pequeños empresarios para hacerlos sujetos de las normas de protección, porque generalmente

sigue imperando el desequilibrio económico o técnico o del conocimiento, razón de ser de la protección por el Derecho, sin que importe que las pequeñas empresas adquieran bienes o servicios para ser utilizados en procesos de producción o comercialización” (López Camargo 2001, 64, 65).

El autor hace referencia a la pequeña empresa, ello puede ser en razón, a una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Res. N° 0422-2004/TDC-INDECOPI, Exp. N°535-2001-CPC) que reconoció la calidad de consumidor a la pequeña empresa, aclarando que esto fue en razón a que no estaba reconocido expresamente en la ley, la protección a la micro y pequeña empresa, por ende, ser considerados como consumidores. Es importante resaltar, que, si en un momento se protegió a la pequeña empresa, que, además, cuenta con un capital mayor a comparación de la microempresa, que llega hasta las 1700 UIT; aplicando el método de interpretación conocido como, “a mayor razón”; entonces, correspondería a la microempresa la protección del derecho del consumidor, también, para el caso de las adquisiciones de productos y servicios para su giro de negocio.

Es claro, que la realidad social peruana, demostraba que tanto la micro como la pequeña empresa requerían de protección. Debemos agregar que las normas de protección del consumidor, son tomadas de la legislación europea, la cual, cuenta con una realidad distinta, donde el nivel económico y técnico, es más avanzado y de fácil acceso; asimismo, con una tasa de informalidad casi nula.

7.3 La ley de MYPEs y su reglamento como sistema declarativo en el caso del Derecho del Consumidor.

La ley 28015 “ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa”, establecía un régimen laboral especial por un plazo determinado. Esta ley tuvo vigencia hasta el 30 de septiembre de 2008, fecha en que fue derogada por el Decreto Legislativo 1086 vigente desde el 01 de octubre de 2008¹³, el cual mediante Decreto Supremo 007-2008-TR establece: “El texto único ordenado de la ley de promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de la micro y pequeña empresa y del acceso al empleo decente”. Esta ley establece un régimen laboral especial permanente.

La ley 30056 ha modificado el Decreto Legislativo 1086, estableciendo una nueva nomenclatura del texto único ordenado reemplazándolo por: “Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial”; así como, en sus artículos 1,5,14 y 42. Entre sus principales modificatorias; modifica el ámbito de alcance de la ley, adicionando a las medianas empresas; asimismo, establece como única característica para ser considerado microempresa, pequeña empresa o mediana empresa, el nivel de ventas alcanzado.

Mediante D.S. 013-2013 PRODUCE, se aprueba el nuevo texto único ordenado de la ley 30056, derogando el D.S. 007-2008-TR. Para efectos del presente trabajo denominaremos al nuevo texto único ordenado como “la ley MIPYME”.

¹³ El D.S 008-2008-TR aprueba el reglamento del decreto legislativo 1086, aquél que fue publicado el 30 de septiembre de 2008, razón por la cual, la entrada en vigencia del decreto legislativo 1086 se inicia al día siguiente de la publicación del reglamento.

La ley MIPYME en su artículo 4 define a las micro y pequeñas empresas, resaltando que pueden tratarse de personas naturales o jurídicas. Que en el caso de personas jurídicas pueden organizarse bajo cualquier forma societario o empresa individual de responsabilidad limitada. Asimismo, pueden desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes y prestación de servicios.

La ley MIPYME en su artículo 5 define la característica para ser considerada microempresa, que es: ingreso anual máximos de hasta 150 UIT. El criterio del máximo de trabajadores, fue derogado. Otorgando mayor flexibilidad para el acceso a la ley MIPYME.

La ley MIPYME se caracteriza por fomentar la formalización de las empresas, a través de un régimen laboral especial para las micro y pequeñas empresas. El cual permite asumir los costos de la formalización. Es así, como la atracción esencial de la ley MYPE, es su régimen laboral especial.

Para ser considerado microempresa, por ende, acogerse a los beneficios del régimen laboral especial, se requiere estar inscrito en el registro de la micro y pequeña empresa; que se encuentra regulado en el artículo 7 del reglamento¹⁴ de la ley MIPYME. Este registro es obligatorio en el caso de acceder a los beneficios de la ley MIPYME, como son los beneficios laborales; ¡mas no, se requiere estar inscrito para ser considerado microempresa en el caso de procedimientos de protección del consumidor! Ya que, en el caso que la Comisión de Protección del Consumidor, como primera instancia, requiera comprobar que se trata de una microempresa, solo será necesario presentar la

¹⁴ Decreto supremo 008-2008-TR

declaración del impuesto a la renta del ejercicio anterior ya declarado. Ello para demostrar que sus ventas no fueron mayores a 150 UIT.

Es por ello, que postulamos ¡el carácter declarativo de la ley MIPYME para el caso de los procedimientos de protección del consumidor realizados por microempresas! Considerar lo contrario, por ende, exigir la inscripción para ser considerado microempresa dentro de un procedimiento de protección del consumidor, es contrariar lo establecido en el reglamento de la ley MIPYME, que establece claramente que: *“para acceder a los beneficios de la ley, la mype deberá tener el certificado de inscripción o de reinscripción vigente...”*. Indudablemente la ley se refiere, para acceder a los beneficios de la ley, que son esencialmente beneficios laborales, mas no, se refiere a la protección del consumidor. Por lo expuesto, para ser considerado microempresa dentro de un procedimiento de protección del consumidor, bastará con acreditar que el nivel de ventas anual no supera las 150 UIT, ello a su vez se demuestra, a través, de la declaración anual del impuesto a la renta, ya sea, régimen especial o general. Como también las declaraciones del RUS.

En la Resolución 0814-2016/CC1, la Comisión de Protección del Consumidor en Lima, dio una interpretación, para determinar en qué momento se configura la situación de microempresario: si es al momento de entablar la relación de consumo o al momento de presentar la denuncia.

La Comisión cita una resolución de la Sala Especializada en Protección al Consumidor- Resolución 647-2014/SC2-INDECOPI-que establece lo siguiente:

“Esta Sala aprecia que la protección de las normas de protección al consumidor se extiende excepcionalmente a los microempresarios que

*contrataron productos o servicios que no formaban parte de su giro propio del negocio y que se encontraban en una situación de asimetría informativa respecto de ellos, de allí que el análisis de la condición de consumidor de una denunciante que contrató el producto o servicio materia de la denuncia en un ámbito empresarial **corresponde ser realizado considerando el momento en que se entabló la relación de consumo**, pues sólo así encuentra sustento la tutela excepcional y especial regulada en el Código para los microempresarios. **(negrita agregada)***

La Comisión en base a lo expuesto y a su criterio, establece una interpretación más extensa, que es la siguiente:

“Al respecto, esta Comisión considera que es necesario integrar el criterio establecido por la Sala a lo desarrollado por este órgano colegiado en anteriores pronunciamientos; de esta forma, la denunciante tendrá que evidenciar la condición de microempresario en dos (2) momentos: (i) cuando entabló la relación de consumo; y, además, (ii) cuando presentó la denuncia administrativa¹⁵.

Del análisis de ambas resoluciones. El criterio establecido por la Sala guarda coherencia con el principio pro consumidor, que establece que, en caso de duda sobre la interpretación de una norma, se debe favorecer al consumidor. Asimismo, es importante establecer que, la relación de consumo establecida entre un proveedor y un consumidor, se da en un determinado tiempo y espacio, lo que conlleva a verificar si en aquel preciso momento en

¹⁵ Resolución 0814-2016/CC1, considerando 32.

que se entabla la relación de consumo, el consumidor se hallaba en una situación de asimetría informativa. Sería injusto establecer que, una empresa que, al momento de entablar una relación de consumo, se encontraba en una situación de asimetría informativa, pero que, pasado un largo tiempo, que pierde porque se pasa solicitándole a la misma denunciada que subsane el defecto del producto adquirido, pierda las cualidades para ser considerada una microempresa; y, por ende, no pueda denunciar la infracción a las normas de protección del consumidor. Este razonamiento de la Sala induciría a algunas empresas a dilatar el tiempo, para que, puedan esperar que la empresa afectada mejore su nivel patrimonial, por lo cual, deje de ser considerada una microempresa.

Por lo expuesto, no se debe admitir el criterio establecido por la Comisión, de considerar dos momentos para ser admitido como microempresario. Sino, acogerse al criterio establecido por la Sala, de que, para ser considerado consumidor, solo se requiere acreditar que la denunciante cumplía con las características de la microempresa al momento en que se entabló la relación de consumo! Con fundamento en que, se vulnera el principio pro consumidor, al interpretarse mal la ley y el reglamento de mypes. Asimismo, se estaría dejando sin efecto un derecho ya adquirido por la microempresa, como es, que al ser considerado microempresario en el momento que se entabló la relación de consumo, ya accedió a ser protegido por el Derecho del Consumidor, eso sí, debe cumplir con los demás requisitos que establezca el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

CONCLUSIÓN

- Se debe extender la noción de consumidor a las microempresas que adquieran productos y servicios para su giro de negocio; ya que, representan el 96,2% de todo el sector empresarial peruano. En razón, a que, las microempresas se encuentran en una situación de asimetría informativa, dado el reducido capital que poseen y el deficiente conocimiento especializado que manejan. Tienen un reducido capital, debido al límite de 150 UIT que establece la ley para ser considerada una microempresa. Asimismo, alcanzan un deficiente conocimiento especializado, ya

que, no cuentan con un área de logística especializada, porque no cuentan con los recursos necesarios para afrontar ese gasto.

La adquisición de productos y servicios defectuosos, para el giro de negocio de la microempresa, puede generar la paralización de la producción, en razón, a que, el producto o servicio defectuoso, es primordial para cumplir con la producción. Lo que, a su vez, puede desembocar en una reducción de personal o quiebra de la microempresa. Dentro de los cuales se están afectando derechos constitucionales como: la vida, la salud y el trabajo. Asimismo, donde queda el rol de promoción de las pequeñas empresas, que se extiende a las microempresas, regulado en el artículo 59 de la Constitución Política. Es claro que, el Estado peruano tiene un deber de promoción, que se concreta en la facilitación de mecanismos jurídicos de protección flexibles y eficaces, dada la fluidez que exigen las transacciones económicas. Lo que logra concretarse, a través, de la consideración como consumidor a las microempresas que adquieren productos y servicios para su giro de negocio; por la rapidez, flexibilidad y accesibilidad del procedimiento de protección del consumidor.

RECOMENDACIONES

Como recomendación se plantea el proyecto de ley siguiente:

MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO IV INCISO 1.2 DE LA LEY 29571

Texto actual:

“1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos y servicios que no formen parte del giro propio del negocio.”

Modifíquese por:

“1.2 Los microempresarios que adquieran productos y servicios para el giro y no giro de negocio, se presume en todos los casos la existencia de asimetría informativa”.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi esposa, por ayudarme en el proceso de construcción de la tesis; desde la elección del tema hasta las dificultades que resaltó, las cuales me ayudaron a construir mejores argumentos.

Agradezco a mis hermanos Brechman y Jessica, por su incondicionado apoyo para llevar a cabo la tesis.

Agradezco al Magíster Marco Trigoso Suárez, por su apoyo para aclarar mis dudas sobre el planteamiento de la tesis.

BIBLIOGRAFIA

Alpa, Guido. *Derecho del Consumidor*. Traducido por Nélvar Carreteros Torres.

Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

Angelo Schiesaro, Diego. «El Contrato Asimétrico.» *Instituto Pacífico:*

Actualidad Civil 22 (Abril 2016): 145-173.

Assael, Henry. *Comportamiento del consumidor*. México: International

Thomson Editores, 1999.

- Calais Auloy, Jean. *Prepositions pour un Code de Comsomption*. París: Le Documentation Francaise, 1990.
- Canales Mayorga, Claudia, y Alfonso Rivera Serrano. «¿Cuál es la más cómoda?» *Ius et Veritas*, nº 16 (1998): 313.
- Case, Karl, y Ray Fair. *Principios de Microeconomía*. México: Prentice Hall Hispanoamericana S.A. , 1997.
- Consumers International. «Consumers International.» *Consumers International*. s.f. <http://es.consumersinternational.org/who-we-are/consumer-rights> (último acceso: 28 de 03 de 2017).
- Dapena, José Pablo, y Juan Lucas Dapena. diciembre de 2003. http://cefim.com.ar/Informacion_Asimetrica.pdf (último acceso: 20 de noviembre de 2016).
- Durand Carrión, Julio Baltazar. *El Derecho del Consumidor Como Disciplina Jurídica Autónoma*. Lima: Asamblea Nacional de Rectores, 2008.
- Espinoza Espinoza, Juan. «Nuevas Precisiones Sobre los Alcances del Concepto de Consumidor.» *Diálogo con la Jurisprudencia* (Gaceta Jurídica), nº 62 (Noviembre 2003): 73-80.
- Gaceta Jurídica. «Taxista que no destina exclusivamente su auto al servicio de taxi califica como consumidor.» *Diálogo con la Jurisprudencia*, nº 172 (enero 2013): 151.
- INEI. «Instituto Nacional de Estadística e informática.» 2 de septiembre de 2013. <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/micro-pequenas-y-medianas-empresas-concentran-mas-/> (último acceso: nueve de noviembre de 2016).

- Kotler, Ph. «Il movimento dei consumatori in USA.» *Americana*, nº 3 (1973).
- López Camargo, Javier. «La Noción de Consumidor.» *La Propiedad Inmaterial*, 2001: 59-75.
- Macho Stadler, Inés, y David Pérez Castrillo. *Introducción a la Economía de la Información*. Barcelona: Ariel S.A., s.f.
- Noda Yamada, Carlos Ramón. «La Noción de Consumidor a la Luz del Derecho a La Información.» *Diálogo con la jurisprudencia* (Gaceta Jurídica), nº 62 (Noviembre 2003): 61-71.
- Parra Rodríguez, Carmen. *El Nuevo Derecho Internacional de los Contratos*. Bogotá: Bosch, 2002.
- Roppo, Vincenzo. «Regulación del mercado e intereses de referencia: ¿De la protección del consumidor a la protección del cliente?» *Foro Jurídico*, 2011: 361-370.
- Rubio Correa, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- Solís Visscher, Gerardo. «¡Qué dice Harry, qué dice! Los enredos olvidos y fetiches del nuevo precedente del Indecopi en materia de protección al Consumidor.» *Diálogo con la Jurisprudencia* (Gaceta Jurídica), nº 62 (Noviembre 2003): 47-59.
- Stiglitz, Joseph, y Walsh Carl. *Microeconomía*. Barcelona: Ariel S.A. , 2009.
- Villalba Cuéllar, Juan Carlos. «El sistema de protección al consumidor en Colombia. Una perspectiva desde el derecho comparado.» *Vniversitas Bogotá (Colombia)* , 2009: 305-340.

