



FACULTAD DE DERECHO

**¿FRENTE A UNA PROTECCIÓN INCOMPLETA?: ANÁLISIS DEL
ACTUAL TRATAMIENTO DEL INDECOPI A LA PEQUEÑA
EMPRESA COMO CONSUMIDOR FINAL**

**PRESENTADA POR
GABRIEL ALEXIS ROSSEL SORIANO**

**ASESOR
ALEX EVER SOSA HUAPAYA**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2020



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

**¿FRETE A UNA PROTECCIÓN INCOMPLETA?: ANÁLISIS DEL
ACTUAL TRATAMIENTO DEL INDECOPI A LA PEQUEÑA EMPRESA
COMO CONSUMIDOR FINAL**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**PRESENTADO POR:
GABRIEL ALEXIS ROSSEL SORIANO**

**ASESOR:
MAG. ALEX EVER SOSA HUAPAYA**

LIMA, PERÚ

2020

A Celia Tula Maldonado Ávila, mi abuela.

*A Alexandra de la Flor Soriano Maldonado,
mi madre.*

AGRADECIMIENTOS

A la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi por enseñarme a querer esta hermosa materia. Asimismo, a la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, mi alma máter.

A Juan Alejandro Espinoza Espinoza por la atención brindada y su gran aporte académico en el Derecho del Consumidor.

Finalmente, a Alex Ever Sosa Huapaya, mi asesor, por motivarme a continuar en todo momento con este proyecto.

ÍNDICE

Dedicatoria	2
Agradecimientos	3
Índice	4
Resumen	7
Introducción	9
1. Capítulo I: Marco Teórico	14
1.1. Antecedentes de la investigación.....	14
1.2. Bases teóricas.....	16
1.2.1. Protección del consumidor.....	16
1.2.2. Asimetría informativa.....	20
1.2.3. Noción de consumidor.....	22
1.2.4. Micro y pequeña empresa.....	25
1.3. Definiciones de términos básicos.....	27
2. Capítulo II: Formulación de la hipótesis	29
2.1. Hipótesis principal.....	29
2.2. Hipótesis específica.....	29
3. Capítulo III: Diseño metodológico	30
3.1. Diseño de la investigación.....	30
3.2. Técnicas para la recolección de datos.....	30
3.2.1. Descripción de las técnicas e instrumentos.....	30
3.2.2. Validez y confiabilidad de los instrumentos.....	31
3.3. Aspectos éticos.....	31
4. Capítulo IV: La noción de consumidor	32

4.1.	Noción abstracta.....	36
4.2.	Noción concreta.....	38
4.2.1.	Consumidor-cliente.....	39
4.2.2.	Consumidor destinatario-final.....	41
4.3.	Noción de consumidor en el Perú.....	44
4.4.	Las empresas como consumidoras.....	50
4.5.	Tratamiento del concepto en el Derecho Comparado.....	53
4.5.1.	La actual noción de consumidor en el Derecho Argentino.....	53
4.5.2.	La actual noción de consumidor en el Derecho Chileno.....	55
4.5.3.	La actual definición de consumidor en el Derecho Colombiano....	57
4.5.4.	La actual definición de consumidor en el Derecho Español.....	59
5.	Capítulo V: Los pequeños formatos empresariales.....	62
5.1.	La concepción de micro y pequeña empresa.....	65
5.1.1.	Definición de microempresa.....	68
5.1.2.	Definición de pequeña empresa.....	68
5.2.	Tratamiento de las mypes en el Perú.....	69
5.3.	Evolución normativa de las mypes en el Perú.....	75
5.4.	Régimen de las mypes en el Perú.....	77
5.4.1.	Sobre el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa.....	79
5.4.2.	Régimen Laboral Especial.....	80
5.4.3.	Régimen Mype Tributario.....	84
5.4.4.	Tratamiento especial en el Derecho del Consumidor.....	86
6.	Capítulo VI: Tratamiento del Indecopi a la pequeña empresa en materia de Derecho del Consumidor.....	89
6.1.	El inicio del ensanchamiento de la noción de consumidor.....	89

6.1.1.	Precedente: Resolución 101-96-TDC.....	89
6.1.2.	Lineamientos sobre protección al consumidor: Resolución 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI.....	94
6.1.3.	Resolución 315-2002/CPC y voto en discordia.....	96
6.2.	Protección y desprotección de la pequeña empresa.....	99
6.2.1.	Documento de trabajo 001-2000: Fortalecimiento del sistema de protección al consumidor: diagnóstico y propuesta	99
6.2.2.	Precedente: Resolución 0422-2003/TDC-INDECOPI.....	101
6.2.3.	Decreto Legislativo 1045.....	111
6.2.4.	Código de Protección y Defensa del Consumidor.....	115
6.3.	El actual tratamiento en las resoluciones del Indecopi.....	117
6.3.1.	El particular caso de las asociaciones.....	118
6.3.2.	Criterio de exclusión de las pequeñas empresas.....	122
6.3.3.	Resolución 386-2011/CPC-INDECOPI.....	124
6.3.4.	Giro de negocio: Resolución 2188-2011/SC2-INDECOPI.....	128
6.3.5.	Respecto al Registro REMYPE.....	135
7.	Conclusiones y Recomendaciones.....	140
7.1.	Conclusiones.....	141
7.2.	Recomendaciones.....	145
	Fuentes de Información.....	149

RESUMEN

La presente investigación cuestiona el enfoque del concepto de consumidor establecido por la normativa en materia de Derecho del Consumidor y su consecuente aplicación por el Indecopi, el mismo que ha sido utilizado como un filtro de acceso; ello con la finalidad de que puedan ingresar a dicho ámbito de protección las pequeñas empresas como consumidoras en el normal desarrollo de su actividad empresarial, ya que representan un número muy alto de empresas constituidas en nuestro país y son consideradas el siguiente nivel de crecimiento de las microempresas. La metodología se centra en un modelo de investigación no experimental con diseño transversal, que se desarrolla en base al análisis de la normativa en la materia y de las decisiones por parte de los órganos resolutivos del Indecopi, demostrando que no existe una debida justificación para que las pequeñas empresas no sean consideradas como consumidoras en el desarrollo de su actividad empresarial; razón por la que, se advierte de un actual tratamiento insuficiente para este tipo de empresas y se concluye que existe la necesidad de una modificatoria en el texto formulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor y en consecuencia cambios en los fundamentos desarrollados por el Indecopi respecto al concepto de consumidor para lograr proteger a la pequeña empresa como un consumidor afectado por la asimetría informativa.

Palabras clave: noción de consumidor, consumidor final, pequeña empresa, asimetría informativa, Indecopi, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

ABSTRACT

The objective of this research is to question the approach of the consumer concept managed by the regulations on Consumer Law and its consequent application by Indecopi, the same that has been used as an access filter; this with the aim that small-businesses, as consumers in the in the normal development of their business activity, since they represent a very high number of companies incorporated in our country, enter this scope of protection, and are considered the next level of growth of micro-businesses. The methodology focuses on a non-experimental research model with a cross-sectional design, which is developed based on the analysis of the regulations on the matter and on the poorly founded decisions by the decision-making bodies of Indecopi, revealing that there is no justification for small businesses to not be considered as consumers in the development of their business activity; for this reason, it warns of a current insufficient treatment by Indecopi for this type of business, and it is concluded that there exists a need for a modification in the text formulated in paragraph 1.2 of article IV of the Preliminary Title of the Code of Consumer Protection and Defense, and consequently changes in the fundamentals developed by Indecopi regarding the consumer concept to protect the small-business as a consumer affected by information asymmetry.

Keywords: notion of consumer, final consumer, small-business, asymmetric information, Indecopi, Consumer Protection and Defense Code.

INTRODUCCIÓN

La protección de la parte más débil en las relaciones jurídicas ha concitado un interés neurálgico en el Derecho en la segunda mitad del siglo XX, al que no han sido ajenas las ramas jurídicas que estudian el desenvolvimiento del mercado, como el Derecho de Competencia Desleal, el Derecho del Consumidor o la Propiedad Intelectual. En esa línea, la protección de la parte más débil contratante de productos y servicios en el mercado ha tenido un desarrollo particular en lo que conocemos hoy como Derecho del Consumidor, rama del Derecho que estudia las normas, jurisprudencia y doctrina destinadas a la protección de los consumidores en la relación comercial con los proveedores.

Por su parte, las micro y pequeñas empresas (mypes) cumplen un papel relevante en el desarrollo social en el Perú, pues constituyen una fuente de empleo formal importante y generan un intercambio comercial dinámico que impulsa el crecimiento económico sostenido que vivimos en las últimas décadas. Así mismo, se debe precisar que el Estado brinda una protección y fomento conjuntos a las micro y pequeñas empresas concordante con lo establecido en el artículo 59° de la Constitución Política del Perú que, si bien no logran ser del todo idóneas, se encuentran en una evolución constante, entendiéndose que el desarrollo de estos formatos empresariales refleja el desarrollo del país.

El Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la autoridad administrativa competente que se encarga de dilucidar la mayoría de las controversias que se producen en el ámbito del consumo de

bienes y servicios de acuerdo a lo establecido por el artículo 105° del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Otras entidades administrativas también cumplen esta función en temas específicos de mercado; es el caso del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) en servicios de telecomunicaciones, de la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud) en la prestación de servicios médicos, entre otros. Sin embargo, las resoluciones emitidas por los órganos resolutivos del Indecopi sirven como directriz interpretativa de las normas en materia de derecho del consumidor.

En la actualidad, para el caso de las empresas, ni la doctrina ni la normativa nacional e internacional han logrado una definición uniforme de los términos “consumidor” o “consumidor final”, de modo que han aparecido distintas interpretaciones que repercuten en una posible protección o no de algunos formatos o unidades empresariales. Esta ausencia de una definición común ha traído como consecuencia que, a lo largo de los años, se haya producido una serie de interpretaciones respecto a si se puede o no considerar a la pequeña empresa como consumidor, esto es, sujeto de la protección de las normas en materia de Derecho del Consumidor ante las controversias derivadas de la asimetría informativa como una falla constante en el mercado. En la actualidad, se genera un trato diferenciado entre la micro y la pequeña empresa, en aplicación del numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Este referido tratamiento actual a la pequeña empresa como consumidora podría repercutir en la falta protección administrativa al amparo de las normas del

Derecho del Consumidor, ir en contra de un lineamiento histórico seguido por la autoridad competente, generar una desventaja frente a otros proveedores en la adquisición de bienes y servicios como usuarios, y romper con un concepto de protección y fomento por parte del Estado al binomio conocido como mype. Países de América Latina como Chile y Costa Rica reconocen interpretativa y explícitamente en su normativa en materia de Derecho del Consumidor a la micro y pequeña empresa como susceptibles de ser afectadas por las fallas del mercado al participar como consumidores de bienes y servicios, razón por la cual son amparadas y protegidas por las entidades competentes en dicha materia de manera conjunta.

Frente a esta realidad, corresponde preguntarnos si, en el Perú, el actual tratamiento a las pequeñas empresas como consumidoras en casos de controversias en materia de Derecho del Consumidor resulta suficiente, o si, por el contrario, es necesaria una reinterpretación de las normas correspondientes o una modificación normativa que amplíe y complete la protección de las mypes en su conjunto, en virtud de su relevante papel en el impulso de la economía y el desarrollo social del país.

Es importante mencionar que la presente investigación tiene relevancia desde el plano dogmático, en razón a que los resultados de la investigación generarían un aporte académico significativo para el desarrollo del Derecho del Consumidor en el Perú, en relación al ámbito de protección de las empresas como consumidores. De igual manera, esta investigación posee una relevancia en la práctica, debido a que con ello se podrá tener material académico que sirva de

fundamento para la aplicación de la normativa en la materia permitiendo encontrar soluciones concretas ante controversias cuando las pequeñas empresas actúen como consumidores de bienes y servicios, en virtud de que, como ya se ha mencionado, estas representan un gran porcentaje de empresas que participan en el mercado. Por otro lado, nuestros legisladores tendrían un documento de respaldo, para desarrollar la ampliación de los criterios de la normativa en materia de Derecho del Consumidor con la finalidad expresa de proteger tanto a la microempresa como a la pequeña empresa.

La presente investigación consta de seis capítulos: El primero de ellos, es el marco teórico, donde se estudian los conceptos, teorías, doctrinas, etc., que nos dan un panorama del desarrollo sobre el tema. En el segundo capítulo se formulan la hipótesis principal y la hipótesis específica que motivaron la presente investigación. Y en el tercero de ellos, precisamos el diseño metodológico que orientó nuestra investigación.

En el cuarto capítulo se analizan las teorías que desarrollan el concepto de consumidor entendido desde la doctrina y cómo éste evoluciona en su aplicación de la noción de consumidor final que recoge nuestra normativa para que, posteriormente, sea interpretada y aplicada por el Indecopi. Así, el quinto capítulo de esta tesis analiza el desarrollo histórico, social y normativo de los pequeños formatos empresariales reconocidos en nuestro país y desde distintos enfoques se estudia la protección y el fomento del Estado en favor de las micro y pequeñas empresas.

El sexto capítulo de la presente investigación hace un análisis detallado del recorrido normativo en la materia y del resolutivo que hace el Indecopi, y cómo ello nos lleva al actual tratamiento que se le da a las pequeñas empresas. Finalmente, se señalan las conclusiones resultantes de la investigación y se detalla el aporte respectivo al estudio y en qué forma éste debe ser aplicado, sobre la base de las recomendaciones.

1. MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la investigación

En primer lugar, en relación con la protección de las microempresas como consumidores en materia de derecho del consumidor, el abogado peruano Bryan Anticona (2017) precisa que la noción de consumidor, reconocida hoy por el Código de Protección y Defensa del Consumidor y la autoridad administrativa competente, debería ampliarse a las microempresas que adquieran productos o servicios para su giro empresarial, en la medida en que representan el mayor porcentaje de empresas con participación en el sector empresarial. Tal medida se justifica, además, porque se encuentran en desventaja respecto de los proveedores, quienes tienen una mayor especialización y cantidad de información sobre los productos o servicios ofrecidos a los consumidores en el mercado.

El mismo Anticona (2017, pp. 83-84) precisa que la contratación de productos o servicios deficientes para el giro de la microempresa las coloca en una situación de riesgo, pues puede afectar su producción y su desenvolvimiento en el mercado, así como la estabilidad laboral del personal que trabaja en ellas. En suma, la falta de extensión de la noción de consumidor respecto a este supuesto resultaría contradictoria con el deber de promoción del Estado para el desarrollo de las pequeñas empresas.

Otro autor que ha trabajado este tema, Luis Escudero (2017), hace referencia a cómo los alcances del concepto de consumidor final se encuentran definidos por los operadores jurídicos, principalmente por la Sala Especializada en Protección al Consumidor, y señala que el concepto de consumidor que hoy manejamos en nuestro país ha sido establecido con aciertos y errores a lo largo de los años por el legislador en el ámbito normativo y por el Indecopi, en su función de autoridad competente para dilucidar estos conflictos. Para este autor, ello se encuentra plasmado en nuestro actual Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Para Escudero (2017, p. 62), el concepto de consumidor no es estático, pues ha ido variando a lo largo de los años tanto normativa como jurisprudencialmente. No obstante que el Código de Protección y Defensa del Consumidor lo define en su Título Preliminar, los alcances de tal definición han sido desarrollados por los órganos resolutivos del Indecopi, siendo el de opinión más relevante la Sala Especializada en Protección al Consumidor.

Por otro lado, el doctor en Derecho Julio Durand (2004, p. 538) alude ya a la actual problemática de la definición del concepto de consumidor final y cómo la pequeña empresa puede ser considerada como tal. Este autor hace referencia a la necesidad imperiosa de extender la categoría jurídica de consumidor a la pequeña empresa, superando la concepción de consumidor como persona natural, ya que este tipo de personas jurídicas están expuestas constantemente al desequilibrio generado por la asimetría informativa frente a los proveedores de productos y servicios.

Respecto a la posible condición de las pequeñas empresas como consumidores, el mismo Durand (2004, p. 521) establece que, en tanto los bienes y servicios no sean integrados a su circuito económico —es decir, en tanto no sean utilizados como insumo—, podrán ingresar a la categoría de consumidores finales para efecto de la protección que establece el marco normativo en materia de protección del consumidor.

Las dos tesis antes citadas (la de Escudero y la de Durand) tienen una vinculación con el tema de nuestra investigación, en la medida en que analizan en parte el concepto de consumidor; sin embargo, no desarrollan la problemática del concepto aplicado a las pequeñas empresas como consumidoras.

1.2. Bases teóricas

A continuación se presentan las bases teóricas que sustentan el trabajo de esta investigación.

1.2.1. Protección del consumidor

En su interesante estudio histórico de la protección del consumidor, Alicia de León (2000) revisa sus antecedentes históricos y precisa:

En cuanto a los inicios asociativos, el precedente más remoto que se conoce es la primera Liga de Consumidores creada en Nueva York en 1891, germen de las futuras asociaciones de consumidores. Sin embargo, se debe poner de relieve que el origen del movimiento de forma ya consolidada coincide con la aparición en 1927 de un libro de gran éxito titulado “Your Money’s Worth” escrito por los fundadores de la organización Consumer Union —un economista, S. Chase y un

ingeniero, F.J. Schlink—, trabajadores ambos en el National Bureau of Standards, quienes reclamaban que el público norteamericano tuviese acceso a los resultados de los test comparativos efectuados por el Gobierno antes de decidir la adquisición de un determinado bien. Con este fin Schlink crea una nueva agencia, Consumer's Research, que se convierte en la primera organización americana dedicada a ofrecer información al consumidor, financiándose por la suscripción a una revista mensual Consumer Bulletin, editada por la propia asociación, en la que hacían públicos para uso y conocimiento de sus miembros los resultados de los citados test gubernamentales sobre calidad y precios de los productos y servicios puestos en el mercado. (pp. 35-36)

A su turno, respecto a los orígenes que motivaron la construcción de lo que hoy conocemos como protección del consumidor, Manuel Paniagua y Luis Miranda (2012) hacen referencia al recordado discurso del presidente estadounidense Jhon F. Kennedy en el año 1962, cuando señaló:

La situación de desprotección del ciudadano-consumidor se agrava cuando nos encontramos con unos empresarios (y sus asociaciones), ya sean de productores, importadores o distribuidores; y unos consumidores y usuarios finales en el mercado que se encuentran, como tónica general, aislados y en una clara situación de inferioridad económica, jurídica e informativa. (p. 21)

Así mismo, Paniagua y Miranda indican que:

[...] el arranque del movimiento de defensa de los consumidores y usuarios, el movimiento consumerista, se ubica (geográfica y cronológicamente) en el mensaje que el presidente J.F. Kennedy dirigió al Congreso norteamericano el 15 de marzo de 1962 (fecha en la que anualmente se celebra el día del consumidor) bajo el título "Protección de los intereses de los consumidores", donde se equiparaba al consumidor con el ciudadano-elector y se aludía a los derechos de los consumidores, destacándose de los derechos de seguridad, información, elección y audiencia. (pp. 21-22)

Desde otra perspectiva, en un plano doctrinario en materia jurídica, Guido Alpa (2004), en respuesta a la interrogante de por qué proteger al consumidor, hace un análisis que responde a la expansión de los derechos civiles en una sociedad pluralista. Dice Alpa:

Desde la edad de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados en la época revolucionaria francesa, se ha pasado a la edad de las reivindicaciones económicas y sociales, y después a la edad de los derechos civiles. Hoy, en una sociedad pluralista en la que los derechos civiles están en fase de expansión, y los derechos de los trabajadores adecuadamente garantizados, uno de los límites que se pueden añadir al gobierno de la sociedad por parte de las reglas del mercado es aquel constituido por la tutela de los intereses de los destinatarios de los productos y servicios. (p. 42)

Aunado a ello, y desarrollando el tema respecto a la protección del consumidor como una disciplina jurídica conocida hoy como Derecho del Consumidor, Julio Durand (2004) señala:

El Derecho del consumidor viene a ser el conjunto de reglas dirigidas a controlar todo lo concerniente a los actos jurídicos que realiza el consumidor para satisfacer sus necesidades. Sobre este punto, cabe hacer una precisión, pues algunos autores expresan que muchas de las necesidades han sido “creadas” por los países industrializados a fin de vender sus productos en aquellas sociedades consumistas, llenas de presiones crecientes y extendidas. Nosotros discrepamos con este planteamiento; consideramos que las necesidades no son creadas, el hombre como tal, desde el punto de vista ontológico ha tenido, tiene y siempre tendrá sensaciones de carencia de algo, es decir necesidades, de todo orden, primarios, secundarios [sic] u otras y lo que hacen los productores es captar necesidades del hombre y elaborar las más variadas formas de satisfacerlas a través de la producción masiva de bienes y servicios para calmar esas carencias naturales de todo ser humano, haciéndolas ostensibles a través de singulares y subliminales estrategias publicitarias que hacen parecer que las necesidades se crean cuando en realidad no es así. (p. 63)

Como se puede observar en la cita anterior, Durand hace referencia al Derecho del Consumidor como una consecuencia lógica de la necesidad de sistematizar el conjunto de reglas utilizadas para proteger la participación del consumidor en el mercado.

Por otro lado, Martínez de Aguirre y Aldaz (1992) se refiere a la perspectiva funcional de este derecho —más allá de las posibles incongruencias teóricas y dogmáticas— que busca la protección del consumidor en su desenvolvimiento en el mercado, precisando que:

Así, desde el punto de vista tradicional o dogmático el Derecho de los consumidores puede aparecer como un conjunto heterogéneo y hasta cierto punto incoherente de normas de diferente procedencia y naturaleza, difícilmente reconducibles a la unidad. Sin embargo, la perspectiva funcional adoptada permite identificar el hilo conductor de todas ellas, que actúa como nexo de unión y las dota de homogeneidad teleológica y unidad real (aunque problemática, según veremos). Cabe decir, en conclusión, que es la finalidad de proporcionar a los consumidores y usuarios la protección que precisan, desde el punto de vista jurídico, la que aúna y da sentido propio a la categoría. (p. 120)

Finalmente, desde la perspectiva de Juan Carlos Villalba (2011), las reglas de esta disciplina jurídica responden de manera directa a la asimetría informativa generada entre los proveedores y consumidores como consecuencia de su interacción en el mercado. Según este autor:

El consumidor se verá perjudicado porque accederá a productos de inferior calidad y en muchos casos se sentirá engañado. En estas circunstancias se hace evidente la necesidad corregir esa asimetría a través de medidas de los propios agentes del mercado que le den confianza al consumidor, como por ejemplo dar garantías de calidad adicionales, o a través de medidas tomadas por el Estado para corregir esas asimetrías, como el deber de información contenido en

las normas de protección al consumidor y la sanción de la omisión de información. (p. 180)

1.2.2. Asimetría informativa

Para Alfredo Bullard (2003, p. 300), la asimetría informativa se define como “una situación en la que una de las partes en el negocio jurídico conocía información que era ignorada por la otra y que hubiera tenido efectos en los términos del contrato celebrado”.

Lo señalado por Bullard responde a uno de los efectos más conocidos en el mercado al cual la protección del consumidor responde de manera directa, pues su falta de atención genera un estado de riesgo en los consumidores frente a los proveedores.

Por su parte, Rodolfo Salas (2010) desarrolla el concepto de asimetría informativa como un fenómeno presente en las relaciones de consumo, y la define de la siguiente manera:

Con el concepto de consumidor, surge el problema de su posición vulnerable en el mercado, pues cuando éste busca efectuar una relación de consumo, debe realizarlo frente a un proveedor que cuenta, naturalmente, con la información del producto y/o servicio que brinda. Él posee, en efecto, conocimiento desde los insumos usados hasta el proceso productivo por el cual ha pasado, en el caso de los bienes o las características esenciales del servicio a prestar, en ambos casos antes de entrar a negociar con el consumidor. (p. 187)

En relación con la asimetría informativa, Alonso Morales (2008) opina:

[...] deriva de la mayor capacidad de los proveedores para adquirir, procesar y utilizar información relevante, la misma que es consecuencia de la experiencia adquirida en el mercado y de la participación en el proceso productivo o de comercialización de bienes y servicios. (p. 23)

Al hacer referencia al rol que la protección del consumidor como disciplina debe cumplir en el mercado, Gustavo Rodríguez (2008) analiza la asimetría informativa como un elemento inherente a las relaciones de consumo, y señala que:

Algunas premisas esenciales pueden plantearse con respecto a la información y ello orientará la forma en que las políticas públicas y las reglas legales pueden diseñarse: por ejemplo, si la información es socialmente valiosa porque puede servir para agregar valor, entonces, su divulgación por parte de un proveedor a un comprador es claramente deseable, aunque si la información no es socialmente valiosa, la revelación de la misma no importa. Si la información es valiosa, el esfuerzo incurrido por adquirirla es un desperdicio social de forma que una normativa que obligue a la divulgación de información reducirá los incentivos para invertir en la adquisición de la misma. Si la información es valiosa, el esfuerzo por adquirir información es deseable si el costo de dicha adquisición es menor que su valor esperado. (p.114)

A su vez, Gabriel Gonzales (2009), en su estudio sobre la problemática de la asimetría informativa desde el análisis del deber de información, precisa:

[...] a diferencia de los proveedores que cuentan con información y experiencia suficiente sobre los bienes y/o servicios ofrecidos en el mercado, los consumidores tendrían que incurrir en costos demasiado elevados para tener acceso a la información relevante y para adquirir la experiencia necesaria en el mercado. Por lo anterior, es que el Estado orienta sus esfuerzos a corregir esta asimetría informativa, imponiéndoles deberes y prohibiciones a los proveedores, no sin dejar de promover un comportamiento diligente y responsable de parte de los consumidores. (p. 68)

A partir de las citas anteriores se puede advertir que el valor de la información en las relaciones comerciales puede generar fallas en el mercado que podrían repercutir en los consumidores de manera negativa si ello no forma parte de una esfera de atención del Estado que promueva normas y mecanismos legales para contrarrestar la asimetría informativa entre los consumidores y los proveedores.

Así mismo, la asimetría informativa ha sido de trascendental relevancia al momento de generar las reglas que dirigen la protección al consumidor, y se ha convertido en un elemento importante al momento de definir quién o quiénes pueden ser considerados consumidores, ya que se encuentran en un estado de susceptibilidad frente a esta falla del mercado.

1.2.3. Noción de consumidor

Respecto a la problemática generada por la definición del concepto de consumidor, Alicia de León (2000) señala que:

[...] es importante destacar el problema principal que se plantea y se centra en torno a la noción de consumidor mediante la que se quiere indicar la existencia de una categoría de sujetos con intereses merecedores de tutela por parte del ordenamiento y cuya principal dificultad estriba en que no estamos ante un concepto originariamente jurídico sino de naturaleza socioeconómica. Por tal razón, cualquier intento jurídico de delimitación plantea grandes dificultades y se hace necesario acudir a las ciencias sociales a la búsqueda de instrumentos útiles para su análisis jurídico. La especial situación que ocupa el llamado consumidor en el proceso económico de circulación de bienes y servicios apunta hacia el momento final de intercambio de mercancías en el que los valores de uso se adquieren exclusivamente para ser usados o consumidos sin que vuelvan a ser renovados para ser introducidos de nuevo en el mercado. Por tal razón, el término consumidor alude generalmente al destinatario final de bienes y servicios. (pp. 33-34)

De lo dicho por esta autora se puede colegir que la definición de consumidor tiene una naturaleza socioeconómica a la que se busca ofrecer un marco jurídico; así, desde una concepción que involucra ambas naturalezas se alude al consumidor como el destinatario final de bienes y servicios.

En ese orden de ideas, Carlos Lasarte (2010) presenta dos posibles concepciones de la noción de consumidor cuando indica que:

[...] el problema consistente en determinar la noción contemporánea de “consumidor” está vinculado a la evolución experimentada por el movimiento de protección de los consumidores en las últimas décadas del siglo XX. La revisión retrospectiva pone de manifiesto que, desde la explosión inicial de la idea de defensa del consumidor, cada vez se ha ido ampliando más el círculo de personas que se consideran necesitados de una especial protección en materia de consumo.

Ello explica que, en términos generales, pueden distinguirse dos nociones diferentes de los consumidores. Una noción concreta o estricta, centrada fundamentalmente en quienes adquieren bienes o servicios para uso privado. Y una noción abstracta o amplia, que incluye a todos los ciudadanos en cuanto personas que aspiran a tener una adecuada calidad de vida. (p. 58)

Como podemos observar, Lasarte plantea dos concepciones válidas de consumidor: una de ellas referida a la adquisición de productos o servicios, y la otra concerniente a la expectativa amplia y general de la persona que se desarrolla en un ámbito socioeconómico.

Por su parte, Gemma Botana (1994) desarrolla el concepto de consumidor recogido en la mayor parte de las legislaciones, el cual tiene que ver con la

limitación de considerar como tal a quien adquiere bienes o servicios para utilizarlos en la realización de su actividad económica. Señala este autor:

[...] A partir de un concepto amplio de consumidor, como sujeto del tráfico económico frente a la empresa organizada, se comenzó a perfilar la idea del consumidor final de bienes y servicios para uso privado, tanto como adquirente de bienes de consumo cuanto como usuario de servicios públicos y privados. Para que una persona tenga la cualidad de consumidor final es preciso, por un lado, que adquiera, posea o utilice un bien o un servicio; y por otro lado, que ese bien o servicio sea destinado a 'fines privados' o 'fines ajenos a su actividad profesional'. (pp. 59-60)

De esta definición se podría desprender que la concepción de consumidor excluye en gran medida la actividad empresarial; sin embargo, la ampliación del concepto de consumidor que involucraba a las pequeñas empresas fue desarrollada en nuestro país a través de criterios resolutivos emitidos por el Indecopi en los precedentes de observancia obligatoria conocidos como Cheenyi vs. Kónica y Moquillaza vs. Milne. Por ello, Edwin Aldana e Ivo Gagliuffi (2004) indican:

La justificación para que una persona natural o una persona jurídica pueda ser considerada Consumidor Final y, por tanto, comprendida dentro del marco de protección del TUO, no debería partir del hecho de que el producto o servicio adquirido o contratado sea usado por esta para fines personales, familiares o de su entorno familiar, sino únicamente que dicha persona natural o jurídica —sin importar su dimensión (ya sea pequeña, mediana o gran empresa)— pueda encontrarse en una situación de desigualdad o asimetría informativa en relación con el producto o servicio adquirido o contratado al respectivo proveedor, sin importar si este es empleado para fines personales, familiares o del entorno social inmediato (lo cual no puede ser aplicable a las personas jurídicas) o si es empleado para fines propios de su giro social o actividad económica en el mercado. (p. 58)

Aun así, hoy esta amplitud del concepto de consumidor para las empresas que puedan encontrarse en una situación de desigualdad o asimetría informativa se ha visto restringida en nuestro Código de Protección al Consumidor; solo es excluida la pequeña empresa, que se ha desligado de la jurisprudencia anteriormente mencionada. En tal sentido, Juan Espinoza (2011) afirma:

En verdad, no se entiende por qué se califica de “excepcional” la inclusión de la microempresa dentro de la categoría del consumidor. El Código de Protección y Defensa del Consumidor, apartándose inteligentemente del modelo legislativo diseñado por el Decreto Legislativo N° 1045, ya no entiende como excepcional esta situación: en todo caso, se trata de un supuesto especial (que complementa la definición general) y cabe aplicar analogía.

Como se dijo con respecto al criterio interpretativo anterior, esta exclusión colisiona con una interpretación histórica favorable al consumidor (¿cómo se explica si antes estaban incluidas las pequeñas empresas, ahora se excluyen?). No debemos obsesionarnos con los últimos eslabones de la cadena producción-consumo, sino brindar una tutela efectiva también a los más débiles: esta es la situación del pequeño empresario en asimetría informativa. Insisto: es injustificable este retroceso. (p. 282)

1.2.4. Micro y pequeña empresa (mype)

Para Ana Revilla (2008):

Los conceptos de micro empresa y pequeña empresa son relativamente modernos [...] han sido utilizados para poder identificar con precisión a la gran mayoría de empresas existentes en el país que tienen características propias y que por tanto requieren de una política especial. (pp. 127-128)

Por su parte, Jorge Conde (2008), desde una interpretación de la Ley 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, precisa que:

[...] en su Artículo 2º define a la pequeña y micro empresa como una unidad económica que opera una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial, que desarrolla actividades de extracción, transformación, producción y comercialización de bienes o prestación de servicios, dentro de los parámetros establecidos. Se puede apreciar que dentro de la concepción de la pequeña y micro empresa se hace alusión a la “unidad económica” que opera la persona natural para hacer referencia al comercio individual o empresario y a la persona jurídica, lo que da lugar a que la explotación pueda ser entendida como un patrimonio unitario capaz de ser trasladado o gravado. (p. 280)

José Morales (2008) precisa sobre las mypes que:

La mayoría, por no decir todas, de las principales empresas nacionales fueron alguna vez MYPE [...] nacen como una idea innovadora que se transforma en oportunidad de negocio, en respuesta a la falta de empleo en el país. Luego se consolidan en el mercado y dejan de ser MYPES para pasar a ser medianas empresas hasta convertirse en una empresa líder en el mercado. (p. 308)

A su turno, Sara Tello (2014) hace un análisis de la importancia de la mype en el desarrollo económico del país cuando sostiene que:

La importancia de la MYPE se evidencia desde distintos ángulos. *En primer lugar*, es una de las principales fuentes de empleo; es interesante pues como herramienta de promoción de empleo en la medida en que solo exige una inversión inicial y permite el acceso a estratos de bajos recursos. *En segundo lugar*, puede potencialmente constituirse en apoyo importante a la gran empresa resolviendo algunos cuellos de botella en la producción. Con ello se da oportunidad a que personas sin empleo y de bajos recursos económicos puedan generar su propio empleo, y así mismo contribuyan con la producción de la gran empresa.

Se promueven las pequeñas empresas porque generan empleo e innovación, brindándole capacitación, fuente de crédito y normas promotoras. Se equivocan quienes creen que la pequeña empresa es un fenómeno exótico de los países preindustrializados del Tercer Mundo. (p. 204)

Estas citas de diversos autores nos indican que la micro y pequeña empresa (conocida como mype) son concebidas como una unidad económica generadora de empleo y desarrollo de la economía del país, así como impulsora de un crecimiento social, razón por la cual deben ser un foco de atención para el Estado en su rol de protección del consumidor.

1.3. Definiciones de términos básicos

- **Consumidor.** El numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, lo define como:

1.1. Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

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

1.3. En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.

- **Proveedor.** Definido por la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, numeral 2 del artículo IV de su Título Preliminar, como:

Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. Entre los que encontramos: distribuidores o comerciantes, productores o fabricantes, importadores y prestadores.

- **Indecopi.** Según su portal institucional:

El Indecopi es un Organismo Público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y goza de autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) fue creado para propiciar el buen funcionamiento del mercado, en beneficio de los ciudadanos, consumidores y empresarios, mediante la defensa de los consumidores, la prevención y fiscalización de prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, la protección de la propiedad intelectual y la promoción y desarrollo de una infraestructura y cultura de la calidad en el Perú. (Recuperado de <https://www.indecopi.gob.pe/en/sobre-el-indecopi>)

- **Microempresa.** Según el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, la microempresa es la persona jurídica con ventas anuales hasta el monto límite de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
- **Pequeña empresa.** De acuerdo con el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, se considera a la pequeña empresa como una persona jurídica con ventas anuales superiores a las 150 UIT y hasta el monto límite de 1700 UIT.

2. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

2.1. Formulación de la hipótesis

2.1.1. Hipótesis principal

- Resulta insuficiente el actual tratamiento que otorga la normativa vigente en materia de Derecho del Consumidor y su consecuente aplicación por parte del Indecopi a las pequeñas empresas, ya que son excluidas y colocadas en situación de desprotección cuando actúan como consumidoras dentro del ámbito de su actividad empresarial, en la medida que éstas son susceptibles de ser afectadas por la asimetría informativa y son sujetos de protección por parte del Estado.

2.1.2. Hipótesis específica

- Es necesario modificar el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor para que haya un mayor amparo a las pequeñas empresas como consumidores.

3. DISEÑO METODOLÓGICO

3.1. Diseño de la investigación

Para alcanzar los objetivos de esta investigación empleamos el modelo de investigación no experimental. En relación con el tipo de problema de investigación que se busca responder, este es explicativo causal. Con este enfoque no experimental, el diseño que consideramos apropiado para este trabajo es el transversal o transeccional, pues los datos son recolectados en un solo momento o tiempo único y buscamos describir las variables del estudio y analizar su incidencia con respecto al objeto de la investigación.

3.2. Técnicas para la recolección de datos

3.2.1. Descripción de las técnicas e instrumentos

El investigador logró recabar información del análisis de criterios establecidos en la jurisprudencia emitida por el Indecopi. Así mismo, pudo encontrar doctrina redactada por autores nacionales y extranjeros en libros que abordan la materia, además de obtener material especializado recogido a través de documentales, conferencias y simposios organizados por la autoridad peruana en temas de mercado.

Es preciso anotar que el investigador trabaja desde hace tres años en la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, razón por la que la presente investigación fue orientada por profesionales especialistas en la materia.

3.2.2. Validez y confiabilidad de los instrumentos

No aplicaremos ningún instrumento de recolección de datos; solo utilizaremos guías de observación. Por ello, no podemos convalidar ningún instrumento.

3.3. Aspectos éticos

El autor de esta tesis declara bajo juramento que en su elaboración ha respetado los derechos de autor, de modo que su trabajo no contiene plagio alguno. Su contenido, así, es de responsabilidad entera del autor de esta tesis.

4. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR

Definir al consumidor en los sistemas jurídicos de cada país significa identificar al sujeto que gozará de los atributos que las normas en la materia de protección al consumidor establecen, ofreciendo mecanismos preventivos y correctivos ante vulneraciones a sus situaciones fácticas —y jurídicas—. Por ello, para definir al consumidor se debe entender cuál es el origen de la necesidad de tal conceptualización y lo que implica hacerlo, pues de ello derivará la aplicación de un marco normativo.

Desde un punto de vista general, se señala que las normas de protección al consumidor responden más a un factor de vulnerabilidad —de manera específica— que a uno de desigualdad. Esto es así en tanto considera al primero como una desigualdad específica en la medida en que se encuentra circunscrita a una relación jurídica en la que participan dos desiguales —es decir, un sujeto vulnerable que interactúa con otro no vulnerable en un contexto de desigualdad—, lo que le concede interés para las normas de protección al consumidor; mientras que el segundo factor (la desigualdad) no siempre requiere de normas protectoras, pues se trata de un concepto amplio y genérico (Lorenzetti, 2009, p. 36).

En esa línea, complementando la importancia del concepto de vulnerabilidad —como desigualdad específica—, el profesor Farina (2011, p. 7) lo define de la siguiente manera: “La necesidad de proteger a los consumidores deriva de haber

sido advertido que la creciente vulnerabilidad de estos en las relaciones económicas estaba poniendo en riesgo a la propia economía de mercado”.

Además, este concepto de vulnerabilidad, desde un punto de vista material —y comúnmente abordado en la materia del Derecho del Consumidor—, relacionado con ideas derivadas de las ciencias económicas, es consecuencia de una falla del mercado conocida como *asimetría informativa*, que Alonso Morales (2008) define como eje central para la protección del consumidor cuando señala:

La protección a los consumidores frente a los proveedores se basa en asimetría informativa, la misma que es producto de la experiencia de los proveedores en el mercado y de su participación en el proceso productivo; de lo cual deriva su mejor posición para entregar información y para prevenir los riesgos propios de una relación comercial. (pp. 24-25)

Por lo tanto, en vista de la existencia de esta falla en el mercado, el Estado se ha visto en la necesidad de implementar normas que regulen y equiparen la situación de hecho y derecho que se produce a raíz de esta asimetría informativa. Y aun cuando estas debilidades son producto de la diferencia entre los patrimonios y capacidades de los que celebran la relación jurídica, esta diferencia favorable para los proveedores se presume, pues no se podría descartar la existencia de consumidores con patrimonios grandes y con capacidades técnicas en el área de los bienes o servicios que se consumen (Rusconi, 2009, p. 13).

En esa misma línea, el autor citado en el párrafo anterior señala que esta diferencia materializada en la asimetría informativa —que provoca la vulnerabilidad de los consumidores al establecer relaciones de consumo—

radica en el giro comercial de los proveedores que, con la experiencia de ofrecer bienes y servicios en el mercado, cuentan con una maquinaria técnico-legal para poder contrarrestar las contingencias que devengan de su participación en el mercado. Se entiende, además, que ello es producto de la experiencia de años de participación y desarrollo del objeto de la propia empresa. Señala al respecto Rusconi (2009):

Por su propio giro comercial, independientemente de la magnitud o tipo de explotación, posee necesariamente asesoramiento de un grupo de técnicos o profesionales —en áreas contables, jurídicas o técnicas— que lógicamente no están a disposición del común de los consumidores. Cuanto mayor sea la importancia de la empresa, el comercio o la explotación, mayor y más diversificado será el grupo de asesores, y, aún en el momento de no contar con ellos, su mayor solvencia le permitirá, llegado el caso, contratar los servicios que necesita. (p. 13)

Esta situación de asimetría¹ se torna manifiesta en conflictos en los que se evidencian, por un lado, los recursos con los que cuenta la empresa para mitigarlos, y, por otro lado, la escasez de estos para que los consumidores puedan asumir controversias generadas por los defectos de la relaciones jurídicas entabladas, razón por la cual resulta importante que el Estado desarrolle mecanismos de protección y de solución de conflictos que sean gratuitos —o de bajo costo— y guiados para que los consumidores puedan encontrar soluciones eficientes y justas.

¹ Otra forma terminológica en que se puede manifestar esta diferencia fáctica (asimetría informativa) es precisada por Rusconi (2009): “La hiposuficiencia es una noción subjetiva, indicativa de que el consumidor es una persona careciente, escasa de ‘suficiencia’ o ‘actitud’. Pero esa carencia, destacamos, es generada por el mercado de consumo como factor condicionante, que pone de manifiesto, necesario, la imposibilidad del consumidor de valerse por sí solo. Es preciso un auxilio exterior para lograr interactuar sin padecimientos en ese medio ‘hostil’ al que ya nos referimos. Por ende, el reconocimiento de esa situación de vulnerabilidad por los estados lleva el dictado de normas especiales y el desenvolvimiento de acciones concretas con la finalidad de brindar la ayuda necesaria”. (p. 11)

Establecidas las circunstancias recién descritas, se hace imperiosa la protección del consumidor y su identificación entre los sujetos que intervienen en el mercado como agentes de consumo, por lo que para definir esta realidad se emplea el concepto de “discriminación positiva”. Este no es más que la atención por parte del ordenamiento de reglas para mitigar la vulnerabilidad de los agentes de consumo presumiendo que cuentan con menor capacidad técnica e informativa al momento de adquirir bienes y/o servicios en un contexto que podría resultar dañino para los consumidores, por lo que interviene intentando equilibrar un mercado que evidentemente presenta fallas constantes.

Vista la necesidad de proteger a estos agentes del mercado, es ahora necesario definir a quiénes les resulta aplicable este marco legal, y así se establece una noción legal de consumidor como puerta de entrada a este sistema. Respecto a la aplicación de este marco normativo, Lasarte (2018) señala:

[...] todas las personas incluidas en dicha noción legal podrán ejercitar los derechos, facultades y beneficios que la ley les otorga, sin que sea necesario examinar caso por caso si efectivamente la persona que pretende hacer valer esos derechos está en tal situación típica de consumidor que tuvo presente el legislador al dictar la disposición legislativa de que se trate. (p. 60)

Se debe precisar, ahora, que esta noción legal de consumidor que es necesario definir para la aplicación de estas leyes tiende a variar en cada país, de modo que resultan permisibles distintas interpretaciones que pueden incluir o excluir a algunos sujetos que adquieren bienes o servicios de acuerdo con el análisis de la naturaleza de estas. Así mismo, esta interpretación será llevada a cabo por

las autoridades competentes que emitan los criterios vinculantes correspondientes tomando en consideración literatura jurídica que en esta investigación analizaremos.

Debemos anotar también que en la evolución de la materia de Derecho del Consumidor, la noción de consumidor se ha ido ampliando con el pasar de las décadas, al punto que en algunas legislaciones se han aplicado estas normas tuitivas para la defensa de las personas jurídicas (con fines o sin fines de lucro) o de las empresas con tamaño más reducido. En relación con esto, comenzaremos por analizar las dos definiciones de las que más páginas se han escrito en la literatura jurídica: la noción de consumidor abstracta y la noción de consumidor concreta.

4.1. Noción abstracta

Respecto a la noción abstracta del concepto de consumidor, la doctrina es uniforme al equipararla con el concepto de ciudadano que adquiere o disfruta de bienes y/o servicios ofrecidos en el mercado por empresas privadas o por el propio Estado, sin la restricción de circunscribirse al cumplimiento de requisitos de una norma especializada. Esta noción ha sido recogida de manera común en las Constituciones Políticas de cada país.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política del año 1993 incluye esta noción en su artículo 65, que señala lo siguiente:

Artículo 65.- Protección al consumidor

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

De igual manera, este concepto amplio no otorga a los consumidores las facultades necesarias para que puedan ejercitar sus derechos individuales.

Sobre ello, Ángel Acedo (2000) anota:

Según este planteamiento, no sirve esta noción amplia para ejercitar derechos individualmente por el consumidor en su propio interés, sino más bien para expresar programas políticos de actuación, siendo exigible la actuación de los poderes públicos en su política de atención a todos los ciudadanos en cuanto consumidores. (p. 311)

Al respecto, existe una diferencia en los usos de esta propia noción abstracta de consumidor: por un lado, el legislador hace referencia a esta como el ciudadano que sufre un perjuicio y que es eje central para la aplicación de la normativa que resulte aplicable a cada caso en concreto; y, por otro lado, el término alude al sujeto que interviene de manera directa o indirecta en el acto de consumo (Fernández, 2002, pp. 65-66).

El autor recién citado precisa que esta noción contempla al consumidor fuera de los alcances de las normas especializadas en protección al consumidor y se respalda con conceptos que las normas constitucionales establecen. Por lo tanto, se entendería que todas las personas tendríamos la cualidad de consumidores.

Finalmente, conviene precisar que ante las posibles afectaciones a los derechos de los consumidores, bajo esta noción abstracta es aplicable lo que se conocería en doctrina como *protección indirecta*, que se materializa a través del derecho público y es encomendada a los poderes públicos, de modo que no resultan aplicables leyes de protección de derechos individuales pero sí normativa para defender posibles vulneraciones a derechos colectivos como la seguridad, la salud, la información, entre otros.

4.2. Noción concreta

Al referirnos a esta noción nos acercamos —yendo de lo genérico a lo específico— a la actual concepción de la mayoría de ordenamientos de lo que se conoce como consumidor para la aplicación de las normas en la materia, ya que, a diferencia del anterior concepto estudiado (noción abstracta de consumidor), con este es posible concebir a un consumidor con la facultad de ejercitar derechos individuales y mecanismos de protección y defensa que serán amparados por los organismos competentes.

En referencia a ello, Fernández (2002) señala:

El concepto concreto de consumidor se utiliza cuando atribuye derechos que puede ejercitar individualmente en su interés particular. En este criterio se concibe el consumidor como partícipe de un determinado acto de consumo y se le conceden derechos en función de su participación en el acto de consumo. (pp. 67-68)

A partir de lo recién citado, se puede advertir como plenamente identificable el sujeto vulnerable partícipe en la relación jurídica de consumo, por lo que la

normativa legal responderá a una necesidad particular a través de una protección directa (Acedo, 2000, p. 20) mediante la atribución de derechos y mecanismos de defensa específicos, con lo que se diferencia de la protección indirecta, que responde a una noción abstracta de consumidor.

Así mismo, corresponde señalar que esta noción concreta, dada la tendencia a su aplicación en las normativas legales vigentes en diversos países, goza de diversos enfoques, como un enfoque amplio conocido como la noción de consumidor cliente y un enfoque más restrictivo conocido como la noción de consumidor final.

4.2.1. Consumidor-cliente

Esta noción de consumidor cliente no marca una diferencia entre las personas que adquieren bienes o servicios para satisfacer necesidades de índole personal o para insertarlas en sus procesos productivos en el marco de una actividad empresarial, ya que no se comprende como requisito conceptual la finalidad de las adquisiciones, de manera que será catalogado como consumidor el que adquiere en el marco de una relación jurídica de consumo amplia.

Podríamos entender entonces que esta idea de consumidor cliente se sobrepone al concepto mismo de vulnerabilidad y de asimetría informativa, en la medida en que el destino del bien no resulta un factor determinante para definir al sujeto receptor de las normas tuitivas. Así mismo, este concepto sobrepasará los límites

de las normas especializadas en protección al consumidor, como refiere Acedo (2000) al señalar que:

Esta noción amplia de consumidor como cliente está presente en diversas normas comunitarias como el derecho antitrust de la Comunidad Europea, en disposiciones legales de la República Federal de Alemania sobre la llamada "Responsabilidad del Fabricante", en el derecho español sobre disciplina bancaria, así como en cierta jurisprudencia francesa. (pp. 312-313)

Según Acedo, entonces, esta noción de consumidor cliente no es exclusivamente para las normas de protección al consumidor, por la amplitud misma del concepto, que solo requiere que quien alega ser consumidor sea la persona que adquiera el bien o el servicio.

Esta idea de consumidor cliente rara vez fue considerada como aplicable a la normativa específica de protección al consumidor, siendo un claro ejemplo de ello el —ya derogado— Estatuto del Consumidor de Colombia, Decreto 3466/1982, que señalaba de manera expresa lo siguiente:

ARTÍCULO 1º. Definiciones

Para los efectos del presente decreto, entiéndese por:

[...]

c) Consumidor: Toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades.

Ahora bien: esta teoría ha sido criticada —como se dijo anteriormente— por no considerar el concepto de asimetría informativa, pues desde este punto de vista todas las empresas podrían ser consumidoras y acceder a los mecanismos de

protección y defensa de la normativa aplicable en materia de protección del consumidor cuando las relaciones de consumo entre empresas se encuentran en el ámbito del derecho civil, pues se presume que estas cuentan con mecanismos internos que mitigan las fallas en el mercado (Schiesaro, 2016, p. 145).

4.2.2. Consumidor o destinatario final

Al aludir a la noción de consumidor final —también conocido como destinatario final— hacemos referencia a la teoría más utilizada en los marcos normativos de la materia que establecen una definición que sirve para limitar el ámbito de aplicación de estos.

Al respecto, Rinessi (2006) señala:

la alusión al consumidor final de los bienes o servicios se refiere a quien, en esta etapa última de los procesos de producción, circulación, distribución y prestación de bienes y servicios en el mercado, conforme a sus leyes, adquiere, mediante el empleo de valores de cambio, valores de uso de quien profesionalmente nos ofrece en el mercado, y lo hace con la finalidad de consumirlos o utilizarlos, en consideración, exclusivamente, de su valor de uso, con el propósito de dar satisfacción a sus necesidades personales, familiares, particulares o, en suma, domésticas; y no, por tanto, con el propósito de reintroducirlos directa o indirectamente en el mercado, convertidos en nuevos valores de cambio, es decir, a quien toma parte en condición de adquirente en un acto patrimonial. (pp. 37-38)

Como vemos, esta definición se limita al consumidor que adquiere algo con la finalidad de satisfacer necesidades particulares en el ámbito personal o familiar, dejando de lado a los empresarios para la aplicación de las normas tuitivas, en

tanto se presume que los bienes adquiridos por estos no tendrán un destino final en ellos. Como el objetivo de la empresa es el desarrollo de su actividad, estos bienes son reinsertados en un proceso productivo.

Debemos asimismo precisar que este concepto de “destino final” del bien se ve complementado frecuentemente con el concepto de “beneficio propio”, ya que ambos responden, como señala Rusconi, a dos naturalezas distintas: la primera, de carácter económico, está referida al agotamiento del bien en una cadena de producción, mientras que la otra lo está a la finalidad de satisfacer la necesidad del que celebra el acto de consumo sin ánimo de transformación o de intermediación para comercializar con el bien o servicio adquirido (Rusconi, 2009, p. 145). Se puede entender, entonces, que estas dos definiciones son complementarias en la teoría del consumidor, siendo la primera de ellas vista desde un plano objetivo y la segunda desde lo subjetivo, en tanto se enfoca en la necesidad del consumidor.

La doctrina ha entendido muchas veces que el término destinatario final no se limita al sujeto que celebró el acto de consumo, sino que también incluye a aquel que cumpla con los dos conceptos antes señalados: en primer lugar, que aleje el bien o servicio del mercado con la finalidad de terminar con su circulación, y, en segundo lugar, que pueda satisfacer la necesidad por la que se celebró el acto. Por ello, podrían incluirse terceros a los cuales se les ha cedido sin la espera de beneficio la adquisición, o los terceros que pueden disfrutar de los beneficios de estos, como por ejemplo los beneficiarios en un contrato de

seguros, que son ajenos a la celebración del acto de consumo aun cuando los efectos de este satisfacen su necesidad.

Es preciso indicar, finalmente, que nuestro ordenamiento jurídico adoptó esta teoría para definir la aplicación de las normas tuitivas en materia de protección al consumidor, teniendo en consideración el destino final del bien y la satisfacción de una necesidad (beneficio propio), y excluyendo —como los ordenamientos jurídicos a nivel continental han tratado— a las empresas y a la actividad profesional en la mayoría de los casos.

Sin embargo, podemos advertir que esta teoría del destino final del bien o servicio delimita el concepto de consumidor aplicándose como una presunción absoluta que elimina la posibilidad de un consumidor-empresario. Por tanto, se asume que la carencia del desarrollo empresarial del sujeto trae consigo desconocimiento técnico de la actividad. Quien adquiere como último sujeto en la cadena de producción —y no habiendo desarrollado una técnica— será susceptible de intervenir en el mercado en situación de desigualdad por el desconocimiento. Por ello, se presume que un destinatario final que actuó en beneficio propio no puede contar con las destrezas técnicas para mitigar las fallas del mercado.

En esa misma línea, este criterio de consumidor o destinatario final deja entender que el bien o servicio será adquirido para satisfacer una necesidad de “índole privada” y, por otro lado, “ajena a la actividad empresarial”, siendo este segundo criterio más fácil de advertir para la administración pública y de demostrar por

parte del consumidor, en tanto solo deberá acreditar su naturaleza como persona natural o persona jurídica, y que el bien adquirido no guarda la mínima relación con actividad empresarial alguna.

Ahora: se ha podido detectar un exceso en el empleo de la teoría del consumidor o destinatario final (en tanto esta debería funcionar en atención a las fallas del mercado y no con naturaleza propia desatendiendo otros conceptos importantes), y en los últimos años algunos ordenamientos jurídicos (y -afortunadamente- cada vez más juristas) no apoyan la idea de excluir a quien no sea destinatario final, considerando a personas naturales o jurídicas que se encuentran en situación de desigualdad. Un claro ejemplo de esto son las micro y pequeñas empresas, que no cuentan con los requerimientos técnicos para mitigar contingencias en la contratación, pero encuentran un reconocimiento por parte del Estado para que se fomente su desarrollo y se las cautele de cualquier problema que pudiera afectar su desarrollo.

4.3. Noción de consumidor en el Perú

La primera mención al concepto de consumidor se dio en el año 1979, con la entrada en vigencia de la Constitución Política del Perú de ese año, cuyo artículo 110 precisaba:

Artículo 110: El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución

equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.

Este primer acercamiento al interés del Estado en la protección del consumidor no se vio reflejado durante la década siguiente, pues ni se implementaron los mecanismos adecuados para la protección de los consumidores ni se emitió jurisprudencia vinculante que marcara el devenir histórico de la materia. Así mismo, podríamos decir que este primer concepto de consumidor recogido en la carta magna de 1979 hace referencia al concepto abstracto ya desarrollado líneas arriba.

Posteriormente, y en concordancia con la Constitución de 1979, se emitió el Decreto Supremo 036-1983-JUS del 22 de julio de 1983, Normas de protección a los consumidores, cuyo artículo 4 definió a los consumidores como “quien mediante contrato verbal o escrito adquiere bienes, fungibles o no, o la prestación de algún servicio”. Otra vez, una definición cercana a la noción abstracta. La gran dificultad de esta normativa fue la falta de aplicación de esta ley que buscó instrumentalizar la protección al consumidor.

En palabras de Payet (1990, p. 915): “El Decreto Supremo 036-1983-JUS no estableció procedimiento alguno para que los consumidores individuales planteen reclamos para hacer efectivos sus derechos. De igual manera, dicha potestad recayó en la competencia de funcionarios públicos, dependiendo exclusivamente de su iniciativa”.

Esta definición sufrió un cambio gracias al Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor, promulgado el 7 de noviembre de 1991 y que se vio acompañado de la creación, en el año 1992, de la institución competente para observar las controversias amparadas bajo esta norma, el Indecopi, que definió al sujeto de interés para su aplicación: “Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por: a) Consumidores o usuarios.- Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios”.

Así, esta definición y la instrumentalización de la protección contenida en esta norma tuvieron una aplicación en el marco de la competencia del Indecopi que —en sede administrativa— designó a la Comisión de Protección al Consumidor como órgano resolutorio de primera instancia y a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi como órgano resolutorio en segunda instancia.

Además, esta definición, inspirada en la aplicación normativa específica, adoptó la noción de consumidor “destinatario final”, aunque, en la práctica, generó dudas respecto a su aplicación: si bien precisó que el bien o servicio se agotaba en el consumidor, no definió el objeto del beneficio de la adquisición y generó cuestionamientos sobre hasta dónde se puede extender esta protección, pues tanto las personas naturales como las jurídicas podían ser consideradas consumidores; tampoco resolvió si este beneficio podía o no contribuir indirectamente a una actividad empresarial.

Cabe precisar que la jurisprudencia emitida durante las dos siguientes décadas permitieron delimitar el ámbito aplicativo de la ley, cuestión que abordaremos en los próximos capítulos de esta investigación.

Luego de la dación de esta norma, en el primer gobierno del expresidente Alberto Fujimori (1990-1995) se promulgó la Constitución Política de 1993, en la que se abordó de manera abstracta la protección del consumidor y se redefinió el régimen económico que enmarcaría la actividad empresarial en las siguientes décadas.

Más tarde, en el año 2008, se emitió el Decreto Legislativo 1045, Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, que modificó el concepto de consumidor del Decreto Legislativo 716 y que fue incluido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor, señalando lo siguiente:

Consumidores o usuarios: Las personas naturales que, en la adquisición, uso o disfrute de un bien o contratación de un servicio, actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y, excepcionalmente, a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio. La presente ley protege al consumidor que actúa con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias.

Como podemos advertir, en esta norma se mantuvo —con cambios gramaticales— la idea de “destinatario final” de bienes y servicios y se remarcó la prohibición de reinsertarlos en el mercado mediante una actividad empresarial. Así mismo, contra la jurisprudencia que se había desarrollado hasta ese

momento, se incluyó de manera literal a la microempresa como sujeto capaz de recibir la protección de la normativa especializada.

Las críticas a esta norma no tardaron en llegar, y así se pudo advertir una exclusión literal por omisión de las personas jurídicas, dándose a entender que estas no pueden ser sujetos protegidos por las normas del derecho del consumidor, por la actividad que desarrollan; sin embargo, el legislador no atendió al hecho de que existían personas jurídicas que no necesariamente desarrollaban una actividad empresarial que les permitía sofisticar técnicas para mitigar fallas en el mercado (por ejemplo, las asociaciones o fundaciones).

Posteriormente, ya en el año 2010, se publicó el Código de Protección y Defensa del Consumidor mediante la Ley 29571, que incluía el siguiente concepto de consumidor:

Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

1. Consumidores o usuarios

1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

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

1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.

Con una finalidad descriptiva, se debe precisar que esta nueva definición trató de limitar conceptualmente tanto como se pudo la definición de consumidor final, con lo que generó tres elementos doctrinariamente distintos ya descritos en párrafos anteriores:

- (i) destino final como concepto económico que constituye el final del bien o el servicio en una cadena de producción;
- (ii) beneficio propio que cumple un rol subjetivo de satisfacción a una necesidad; y,
- (iii) ajeno a la actividad empresarial, como una presunción de que la persona adquirente no cuenta con los mecanismos técnicos y logísticos para conocer el proceso de producción e información de los bienes y servicios adquiridos.

Entonces, al generarse elementos que -desde la opinión de este trabajo de investigación- se superponen, se dio paso a un ámbito de aplicación más limitado para las normas tuitivas; sin embargo, la realidad material evoluciona más rápido que las normas, y, como ya se podía advertir que a la fecha existían sujetos que participaban en la actividad empresarial que eran vulnerables a las fallas del mercado, entonces se incluyó a la microempresa, dejando de lado a la pequeña empresa y estableciendo además —por la propia exclusión de estas— filtros difíciles de superar que lo son: (i) los ingresos anuales por ventas de estos

pequeños formatos empresariales, y (ii) el número de trabajadores; ignorando si estas carecían o no de mecanismos para mitigar la asimetría informativa.

4.4. Las empresas como consumidoras

Hemos creído conveniente iniciar este acápite precisando que no debe confundirse la definición de persona jurídica con la de empresa. Una empresa puede ser creada y desarrollada tanto por una persona natural como por una persona jurídica, ya que, por un lado, encontramos terminología económica y, por el otro, un concepto jurídico. A lo largo de los años, el legislador y algunos juristas han tendido a confundir y vincular conceptos.

Tanto las personas naturales y las jurídicas pueden encontrarse en situación de: (i) consumidores finales, o (ii) adquirentes que a la vez son proveedores (o empresarios) y que utilizan o disfrutan de bienes o servicios para fines propios de su actividad como tales (Cavero, 2016, p. 41). En ese sentido, debemos desvincular el término actividad empresarial del de persona jurídica, ya que ambos responden a naturalezas distintas.

Más específicamente, la doctrina es uniforme en excluir al sujeto que desarrolla actividad empresarial como consumidor, ya que se presume que al hacerlo genera los mecanismos internos de protección y defensa necesarios para poder equipararse en su estatus de negociación con otros proveedores; por tanto, el legislador y la autoridad administrativa presumen que la asimetría informativa no ha perjudicado a la empresa.

De lo dicho anteriormente no puede entenderse que la protección al consumidor excluye de manera absoluta a las empresas, ya que estas pueden también adquirir bienes o servicios de forma ajena a la actividad empresarial que desarrollan con la finalidad de satisfacer necesidades internas no vinculadas directa o indirectamente con el giro de la empresa; por ejemplo, el servicio del catering para eventos institucionales o la compra de productos para beneficiar a los trabajadores en fechas conmemorativas. En estos casos no sería aplicable una exclusión de las empresas respecto del concepto de consumidor, ya que cumpliría con los requisitos de destino final del bien y beneficio propio; es decir, sería un “consumidor final”.

En ese orden de ideas, lo relevante es a qué nivel puede integrarse el bien o el servicio adquirido a las actividades empresariales o giro del negocio, pues si no son incorporados con la finalidad directa o indirecta de generar riquezas podríamos entender que existe una pretensión de la empresa de terminar con el ciclo económico de lo adquirido por el acto de consumo y un beneficio personal.

En ese sentido, Lorenzetti desarrolla el tema estableciendo situaciones en las que se podría integrar el consumo a la actividad de la empresa:

(i) Integración inmediata o total: entendiéndose como la contratación de bienes o servicios que se destinan integralmente a un proceso productivo con la finalidad de redistribuir o transformarse en el producto final que ofertará la empresa; siendo un caso muy común las materias primas que compra una empresa para transformarlas en un producto final. En estos casos resulta inaplicable la normativa tuitiva;

(ii) Integración mediata: entendiéndose esta como la conclusión del bien o servicio, pero es utilizado con la finalidad de contribuir a la

actividad empresarial, sin ser productos que estén vinculados directamente con el giro del negocio. Un caso común sería la compra de computadoras que sirven para distintos usos como el almacenamiento de data y el de ejecución de diversos sistemas que colaboran con la empresa. Asimismo cabe precisar que, respecto a esto, el legislador presume que no existe la suficiente experticia por parte de la empresa respecto a estos bienes o servicios como para poder mitigar las fallas del mercado al contratarlos; sin embargo, al no considerarse sujetos vulnerables en la protección al consumidor (por el patrimonio, su logística y recursos humanos) no gozarían de las facultades de las normas tuitivas. En estos casos también quedan excluidas las empresas de la normativa; y,

(iii) Integración parcial: los bienes adquiridos se agotan en su ciclo al ser disfrutados y a su vez contribuyen a la actividad empresarial del sujeto, siendo un ejemplo bastante común el del vehículo que funciona para que la empresa realice transportes de productos y a su vez sirve para el uso particular del gerente de la misma. Para estos casos la doctrina precisa que lo mejor es la evaluación del caso en particular. (Lorenzetti, 2009, pp. 129-130)

Sin embargo, esta tendencia de excluir a las empresas de la protección normativa como consumidores ha sido modificada, ya que en la actualidad existen formatos empresariales que pueden encontrarse en situación de desigualdad frente a grandes proveedores por no contar con los medios técnicos para mitigar la asimetría informativa, como ocurre con las pequeñas empresas.

Ello en virtud de que la finalidad de las normas de protección al consumidor es la protección a los sujetos vulnerables que contratan en el mercado. Sin embargo, un sector en la doctrina no concibe la idea de que la empresa pueda ser considerada afectada por las fallas del mercado. En nuestra opinión, este sector se ha ido moderando y se ha visto reducido.

En esa misma línea, Ghersi y Weingarten (2011) precisan que:

Por otro lado, el carácter de empresa impide calificarla como la débil de la relación contractual. Se afirma que la empresa tiene su organización, cierto poderío económico y no desconocen la trascendencia de las condiciones generales a las que se suelen someter. A diferencia de los consumidores, no necesitan una protección especial.

Sin embargo, múltiples actividades económicas son desplegadas por pequeñas empresas jurídicas que están desprotegidas como cualquier persona física frente a la gran empresa. Lo normal es que los agentes, concesionarios y distribuidores respondan a las imposiciones de las fábricas internacionales. (p. 52)

Una revisión de la literatura jurídica y de las diferentes legislaciones muestra uniformidad respecto a la exclusión de las grandes empresas como posibles consumidores, entendiendo que estas resolverán eventuales controversias en el plano civil o arbitral. Sin embargo, tanto en el ámbito nacional como en el internacional se discute acerca de cómo deben tratar el legislador y la autoridad administrativa competente a los modelos empresariales más pequeños y vulnerables: ¿se pueden considerar consumidores dentro del concepto actual?, ¿pueden ser vulnerables ante las fallas del mercado? En los siguientes capítulos analizaremos qué tratamiento puede darle la administración encargada de aplicar de manera instrumental la norma de protección al consumidor, y si es necesaria la modificación normativa.

4.5. Tratamiento del concepto en el Derecho Comparado

4.5.1. La actual noción de consumidor en el Derecho Argentino

En Argentina, la norma de protección del consumidor define al consumidor, en el artículo 1 de la Ley 24.240, modificada por Ley 26.361, 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.

Tal como anota Lorenzetti (2009, pp. 127-128), de acuerdo con la modificatoria de la Ley 24.240 por la Ley 26.231 se abrió la posibilidad de que las empresas sean consideradas como consumidoras por dos razones específicas. Primero, se incluyó en la descripción a la persona jurídica que —comúnmente— es como las empresas desarrollan una actividad empresarial. Y, segundo, se eliminó el texto que prescribía lo siguiente: “no tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de terceros”.

Al respecto, la normativa argentina aplicable a estos casos mantiene la idea mayoritaria en la doctrina de excluir al empresario (persona jurídica o natural) que introduzca los bienes o servicios adquiridos al giro de negocio de manera directa o indirecta, tomando en consideración la naturaleza, las características y la cantidad de estos. Eso quiere decir que cuando lo adquirido no guarde relación

con la actividad objeto de la empresa, se podrá incluir en la protección de la normativa.²

Así mismo, corresponde precisar que no existe un marco normativo aplicable — como en el caso del Perú y otros países de la región— que adhiera a la protección del consumidor a las micro o pequeñas empresas, razón por la cual para estos casos se toma el criterio de la forma de integración del bien. Sobre ello, Piris y Ruiz (2011) señalan:

La aplicación de la ley del consumidor en estos casos es un tema arduamente discutido, más aún cuando se trata de pequeñas empresas y microempresas. Sin embargo, en Argentina, actualmente la doctrina mayoritaria niega la aplicación de este régimen tuitivo a este tipo de relaciones, en razón del destino final del bien objeto de la contratación. Por otra parte, la mala técnica legislativa de la ley 26.361 ha generado en la actualidad una importante ampliación del concepto de consumidor, borrando sus contornos para acoger a casi cualquier sujeto débil sea o no consumidor en el sentido estricto del término. (pp. 6-7)

4.5.2. La actual noción de consumidor en el Derecho Chileno

Sobre el concepto de consumidor, el artículo 1 del Título I de la Ley 19.496, Ley del Consumidor, establece lo siguiente: “Artículo 1º.- La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las

² Tal como lo señala Rinessi (2006): “Lo que permitirá determinar cuando el empresario actuando como tal, o bien como simple consumidor, será la naturaleza, las características, la cantidad de bienes o servicios adquiridos, aspectos estos que deben ser una guía para encuadrar el caso dentro de la normativa de la ley 24.240. pero lo definitorio será cuando, a pesar de que el empresario adquiere bienes o servicios dentro de la actividad de la empresa, tales adiciones no se relacionen directa ni indirectamente con el objeto propio de aquella, o sea, cuando se trata de bienes o servicios adquiridos sin tener por destino de manera directa o indirecta el proceso de producción o de comercialización en qué consiste la actividad empresarial”. (p.50)

infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias”.

Para los efectos de esta ley se entenderá por:

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

Así, pues, de una interpretación de la Ley chilena aplicable en la materia se determina de manera general la noción de consumidor como destinatario final, estableciendo de manera especial la adquisición a título oneroso. Además, como se puede advertir en la segunda parte de dicho artículo, la Ley excluye a las personas que ejercen una actividad empresarial como posibles sujetos protegidos por esta norma.

Sin embargo, esta concepción ha sido modificada a través de la Ley 20.416, Ley que fija normas especiales para empresas de menor tamaño, que establece una protección especial a las micro y pequeñas empresas tomando en consideración la vulnerabilidad de estos formatos empresariales y la trascendencia de estas en la economía chilena, pues se las considera como una fuente de producción interna y de empleo. Al respecto, la citada norma indica:

Artículo Primero.-

Objetivo.

La presente ley tiene por objeto facilitar el desenvolvimiento de las empresas de menor tamaño, mediante la adecuación y creación de

normas regulatorias que rijan su iniciación, funcionamiento y término, en atención a su tamaño y grado de desarrollo.

Artículo Segundo.- Sujeto. Para los efectos de esta ley, se entenderá por empresas de menor tamaño las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas.

Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario.

[...]

Artículo Noveno.- Rol de Consumidoras. Establécese la protección a las micro y pequeñas empresas en rol de consumidoras, en los términos que siguen:

1) **Ámbito de Aplicación.** El presente artículo tiene por objeto normar las relaciones entre micro y pequeñas empresas y sus proveedores, establecer las infracciones en perjuicio de aquellas y señalar el procedimiento aplicable en la materia.

Como se puede observar, esta inclusión en el derecho chileno comprende que tanto la pequeña como la microempresa son formatos empresariales que tienen una naturaleza similar que se encuentra en riesgo constante, no diferenciándolas en la aplicación de la Ley 19.496.

4.5.3. La actual definición de consumidor en el Derecho Colombiano

Respecto a la noción de consumidor en el Derecho Colombiano, la Ley 1480, Estatuto del Consumidor, define en su artículo 5 al consumidor como:

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

De este modo, Colombia recoge la tesis finalista del concepto de consumidor, al incluir la frase “cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica”, en la medida en que presume que el bien o servicio adquirido no tendrán una reinsertión en el mercado.

Por otro lado, observamos que, de manera literal, el Derecho Colombiano establece la diferencia entre el concepto de consumidor y el de usuario. De acuerdo con su doctrina, el primero es entendido como el adquirente de bienes, mientras que el segundo lo es como aquel que adquiere servicios, de modo que zanja discrepancias entre si ambos son tutelados o no por la normativa en la materia.

En relación con esta misma norma, Estrada (2016) señala que ella añade nuevos criterios que se alejan de la definición incompleta que prescribía la norma derogada, precisando que en la Ley 1480:

Se incluyen elementos novedosos que no estaban presentes en la del Decreto 3466 de 1982, los más importantes son sin duda, los conceptos de destinatario final y naturaleza de la necesidad perseguida, siguiendo de esta manera los razonamientos de la jurisprudencia colombiana en la materia. La norma en comento permite la dualidad de la calidad del consumidor, que puede ser ostentada por una persona natural o jurídica, alejándose así de la mayoría de las disposiciones europeas comunitarias sobre el tema, que excluyen la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser considerada consumidor (Directiva 93/13 Cláusulas Abusivas,

Directiva 99/44 Garantías en las Ventas de Consumo, Directiva 2000/31 Comercio Electrónico, Directiva 2008/48 Crédito de Consumo). (p. 175)

Finalmente, debemos señalar que, siguiendo los lineamientos normativos en la región, esta definición permite hacer una interpretación en contrario; esto es, si el empresario actúa fuera de su actividad económica —o, dicho de otra manera, no desarrolla mecanismos para mitigar la asimetría informativa—, será tutelado por la normativa de protección del consumidor, pues existe una presunción absoluta de que si este actúa fuera de su actividad entonces se encuentra en una condición de asimetría informativa frente a un proveedor.

4.5.4. La actual definición de consumidor en el Derecho Español

La Ley General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios, que entró en vigencia el 13 de agosto de 1984, define al consumidor en su aspecto positivo de la siguiente manera:

1.2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

1.3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción.

En primer lugar, es preciso anotar que la normativa española de protección al consumidor —a diferencia de la normativa comunitaria europea— amplía su

campo de acción tuitivo hasta las personas jurídicas, de modo que gesta una identidad propia.

Esta noción central en el Derecho Español se ve complementada con la definición prescrita en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios, que establece que:

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Sobre esta noción de consumidor en el Derecho Español, dice Lasarte (2018):

[...] con semejante definición o descripción, el legislador español ha optado por una noción concreta basada en un criterio subjetivo. Tras una atenta lectura del texto se advierte que la noción de consumidor en la LCU gira fundamentalmente en torno a la expresión “destinatarios finales”. (p. 68)

A partir de las definiciones transcritas en los párrafos precedentes se puede advertir que el Derecho Español no admite como consumidor a quien desarrolle una actividad de producción, de comercio o de transformación para la aplicación de la normativa especializada, pues se contempla que otras vías como la civil es la competente para dilucidar controversias entre empresas en el desarrollo de sus actividades.

En ese sentido, la inclusión de las personas jurídicas —y otros formatos empresariales— resulta bastante limitada en el Derecho Español, en tanto que solo se considera consumidoras a las empresas que actúan sin ánimo de lucro y de modo ajeno a toda actividad empresarial. De tal manera, para la doctrina que busca la inclusión de más sujetos afectados por la asimetría informativa, resultan ser normas que no satisfacen una realidad material.

Finalmente, se advierte que —a diferencia de otros países como Chile o Perú— no hay una norma expresa que desarrolle cuál sería el tratamiento que el Derecho Español otorga a las micro o pequeñas empresas, de donde se desprende que ante posibles contingencias entre estos formatos empresariales débiles con otros proveedores se debe analizar cada caso en concreto.

5. LOS PEQUEÑOS FORMATOS EMPRESARIALES

La doctrina jurídica y la económica no han sido homogéneas al referirse a los formatos empresariales de menor tamaño, por lo que se puede encontrar en la literatura especializada referencias a términos como el de mype (micro y pequeña empresa), pyme (pequeña y mediana empresa) o mipyme (micro, pequeña y mediana empresa).

Durante la segunda mitad del siglo XX, uno de los principales objetivos en materia jurídica a nivel continental y europeo ha sido establecer directrices para repotenciar el desarrollo de las mipymes, dado el trascendental papel que cumplen en el desarrollo económico y social de un país. Sin embargo, consideramos que la doctrina no ha ido a la par de la evolución de estas figuras empresariales, y por ello podemos encontrar vacíos normativos o incongruencias entre normas.³

Para Beatriz Herrera (2011, p. 70), son tres las principales razones que explican la importancia económica de los pequeños formatos empresariales:

- (i) Las mipymes generan individualización de los productos —dada su limitación para extender su mercado y producción—, en contraposición de lo desarrollado por las grandes empresas que se enfocan en producción estandarizada de mayor alcance;
- (ii) Estos formatos empresariales cumplen un rol de brazo de apoyo de las grandes empresas, en tanto resultan ser subcontratadas para realizar actividades menores en la etapa de producción de estas; y,
- (iii) existen actividades empresariales en donde el rol de la pequeña empresa cumple un mejor desempeño que el de las grandes empresas, en

³ Podemos señalar que encontramos una incongruencia en el derecho peruano, pues mientras la Constitución nos habla del fomento a la pequeña empresa (haciendo referencia a las unidades económicas más pequeñas), normas como el Código de Protección y Defensa del Consumidor excluye a la pequeña empresa de su rol tuitivo.

tanto, existen sectores empresariales que no resultan atractivos para la gran inversión.

Estos formatos empresariales resultan una alternativa (en su rol de proveedores) para los consumidores, ya que existen sectores que no son de interés para el desarrollo de las grandes empresas. Así mismo, de lo dicho por la autora citada se advierte que los pequeños formatos empresariales desarrollan una labor en contacto directo con las grandes empresas, a las que sirven de apoyo para las grandes producciones y con las que interactúan adquiriendo bienes y servicios con la finalidad de desarrollarse.

Estos pequeños formatos empresariales representan un enorme peso productivo en Latinoamérica, que puede llegar al 99 % de las empresas formales y ser fuente del 61 % de empleos en la región, lo que hace de ellas el pilar de la viabilidad económica de países con economías incipientes (Dini & Stumpo, 2018, p. 5).

Estos enormes porcentajes guardan relación directa con la gran cantidad de desempleo que sufrieron los países de la región producto de las crisis económicas y políticas de las décadas de 1950 y 1960, cuando esta carencia de empleos traía como consecuencia la participación de la persona como un pequeño empresario informal cuyo objetivo era la subsistencia. De ahí la premura de las políticas públicas para generar acciones de desarrollo, pues este modelo empresarial representa generación de empleo, creación de productos novedosos que ofertar y el desarrollo. Sin embargo, Ferraro y Stumpo (2010) señalan:

[...] ese mayor interés por las pymes no fue acompañado de avances efectivos en materia de implementación de las políticas, que muchas veces permanecieron en el ámbito de declaraciones o de documentos, con cierto grado de difusión pública, pero con escasos resultados concretos. (p. 20)

Así mismo, la mayor participación de las mipymes en sectores económicos de menor productividad ha generado desarrollo y especialización técnica en sus actividades empresariales. Sin embargo, su gran problema reside en su escaso aporte al producto bruto interno (PBI) de cada país, bastante por debajo del de las grandes empresas. Sobre ello, Dini y Stumpo (2018) precisan:

Consecuentemente son muy elevadas las diferencias de productividad entre estas últimas [las mipymes] y las demás empresas: en promedio la productividad de las microempresas es apenas el 6% de las grandes empresas; en el caso de las pequeñas empresas es un 23% y para la mediana un 46%. Si bien esos valores esconden diferencias entre los países de la región, esas brechas son mucho más altas que las registradas en la Unión Europea. (pp. 28 - 29)

Como se puede colegir, las mipymes registran los más altos porcentajes de las empresas en los países de la región y son las que mayor empleo generan, pero esto no se ve reflejado en la productividad. En comparación con la de las grandes empresas, la productividad de las pymes es baja, y la de las microempresas, extremadamente baja.

El citado informe señala lo siguiente respecto a las diferencias de porcentajes de productividad en comparación con los países de la Unión Europea:

Este hecho tiene consecuencias muy importantes para la productividad promedio del total de la economía. Si no se logran aumentos sostenidos de la productividad de las mipymes que

permitan reducir las brechas con las grandes empresas (es decir aumentos superiores al que registra la economía en su conjunto), no será posible cerrar las distancias que presentan las economías de la región respecto a los países más desarrollados. (Dini y Stumpo, 2018, p. 29)

En ese orden de ideas, se puede advertir que esta deficiencia de productividad de las mipymes va acompañada de distintos problemas transversales.

Señalamos los más notorios:

(i) la escasez de entidades públicas que se especialicen en fomentar el desarrollo de los pequeños formatos empresariales trazando estrategias a largo plazo y supervisando su participación en el mundo empresarial;

(ii) la falta de una visión estratégica sobre el rol de las mipymes en la transformación productiva, lo que hace muy difícil la integración de las acciones de apoyo a las micro, pequeñas y medianas empresas con los programas más generales de transformación productiva. Más aún, como no quedan claras las metas y los objetivos de las políticas, a menudo no se logra garantizar la convergencia de las acciones comprendidas por las entidades que, desde perspectivas distintas, concurren a su cumplimiento;

(iii) existe una fragmentación en las políticas de apoyo de parte de los Estados a los pequeños formatos empresariales que genera un reducido impacto visible por la falta de integración de las acciones realizadas por las entidades públicas. (Dini & Stumpo, 2018, pp. 6-7)

5.1. La concepción de micro y pequeña empresa

En América Latina no existe consenso sobre el concepto de estos pequeños formatos empresariales. Diferente es el caso de la Unión Europea, que cuenta con un mercado integrado como consecuencia de políticas económicas adoptadas en conjunto en la región, donde encontramos una concreta definición de pyme. Nuestra región muestra contextos sociales y políticos muy diferentes, que impiden una definición uniforme de conceptos y doctrinas.

Identificar estos formatos empresariales en cada país resulta una cuestión trascendente para poder adoptar las medidas regulatorias necesarias, tanto en los regímenes laborales como tributarios y otros, así como para implementar medidas especiales —con base en la necesidad de cada país y a nivel regional— que incentiven la producción y formalización de las mipymes. En nuestra región, para la definición de este tipo de empresas se han considerado criterios basados en la cantidad de trabajadores contratados, el total de ingresos anuales reportados al Estado, el valor de sus activos, entre otros.

En relación con este tema, Dini y Stumpo (2018) precisan:

En algunos casos no existe una definición nacional y se utiliza la de una institución internacional. También puede ocurrir que en el mismo país existan varias definiciones de mipyme, tradicionalmente una basada en la cantidad de empleados y utilizada por los institutos de estadística, y otra que siga criterios como los de venta y activos de las instituciones de fomentos de la empresa. (p. 12)

En décadas pasadas se solía hacer referencia a este tipo unidades económicas como pequeñas empresas o pymes. Pero en vista de que se estaba ante distintas realidades, se optó por diversificar este concepto, así como el tratamiento brindado a cada formato empresarial. Un claro ejemplo de ello es la inclusión del concepto de microempresa como aquella de menor capacidad productiva, dada la necesidad de destinar políticas especiales para su tratamiento. Así, países como Perú o Chile disponen de políticas públicas destinadas exclusivamente a tratar a las micro y pequeñas empresas (mypes).

La adopción por los Estados del término micro y pequeña empresa (con las siglas mype y no pyme) involucra también el que distintos países que lo utilicen adopten políticas enfocadas en un sector de la productividad empresarial con formatos más pequeños que los de los países que se enfocan en las pequeñas y medianas empresas. En el Perú esta modalidad obedece a un concepto particular y de tratamiento diferenciado en relación con otros países de la región.

Por otro lado, la independencia del término pyme encuentra su propia necesidad y fundamentación en el país que adopta este término, que trasciende lo económico. Tal como señalan Dini y Stumpo (2018):

En el otro extremo, se encuentran también las pymes de alto crecimiento que se caracterizan por tener un comportamiento mucho más dinámico, tanto en facturación como en creación de puestos de trabajo, y cuyo desempeño responde al aprovechamiento de oportunidades de mercado a través de una gestión empresarial eficiente e innovadora. (p. 10)

Así mismo, la incorporación de las microempresas en los formatos empresariales de menor tamaño ha mostrado un lado que también ha generado desventajas.

Al respecto, Ferraro y Stumpo (2010) han señalado:

- Se incrementa la dificultad de operar instrumentos horizontales y homogéneos que no se adaptan a las diferencias que existen entre los beneficiarios, dado que la heterogeneidad se incrementa de modo sensible una vez que segregan a las microempresas.
- Aumentan los problemas asociados a la información necesaria para diseñar las políticas, por la gran cantidad de micro empresas existentes y por sus características que muchas veces bordean la informalidad, aun cuando se encuentren legalmente constituidas.
- Se reduce la posibilidad de generar los enfoques basados en la asociación entre empresas de formato más pequeño.
- En definitiva, se desplaza el énfasis de las políticas hacia objetivos focalizados en la reducción de la pobreza y el incremento de la

ocupación mientras pierden relevancia los objetivos de competitividad y desarrollo exportador. (pp. 24-25)

5.1.1. Definición de microempresa

La microempresa es el formato empresarial de productividad más pequeño de los que conforman la actividad empresarial de cada país. Se caracteriza por una administración que recae en el propietario o en una estructura familiar con limitaciones logísticas y técnicas, además de grandes limitaciones de acceso a servicios financieros o actividades que les permitan recapitalizarse. Dado asimismo su muy alto índice de mortalidad (pues por su propia naturaleza tienden a desaparecer), las políticas públicas apuntan a su subsistencia y a conseguir que se conviertan con el pasar de los años en pequeñas empresas.

En esta categoría se encuentran además las microempresas de subsistencia, también conocidas como no viables, que se caracterizan por su informalidad e inestabilidad. Respecto a ello, Herrera (2011) precisa:

Tienen una baja productividad y operan por debajo de sus costos; los ingresos que generan son insuficientes para sus propietarios y trabajadores. Son mayormente informales —no cumplen con los registros tributarios, laborales y municipales—. No generan empleo adecuado desde el punto de vista de las jornadas y las horas laborales; además, incumplen con los estándares mínimos y derechos laborales básicos: jornada de trabajo, vacaciones, seguridad laboral, remuneraciones, descansos, compensación por tiempo de servicios, Seguridad Social, seguridad industrial, sistema de pensiones, etc. (pp. 79-80)

5.1.2. Definición de pequeña empresa

Estas unidades económicas se caracterizan por la viabilidad de su producción y su participación en el mercado económico; generan empleo, cumplen con leyes laborales y contribuyen con los tributos correspondientes. Así mismo, su índice de mortalidad es más bajo que el de las microempresas. Compiten de manera poco más cercana contra las grandes empresas, lo que podría generar un riesgo directo para su productividad, razón por la cual las políticas públicas deben apuntar a estrechar la situación de desigualdad, en vista de que no han vencido el riesgo de desaparecer, por lo limitado de sus activos y de sus ingresos anuales.

Se asemejan a las microempresas en que su administración y organización recae en su propietario o en la familia de este. Se verifica, así mismo, una tendencia a profesionalizar a sus trabajadores y fomentar los programas de capacitación, así como al uso de tecnologías de información básicas y limitadas. Se estima que este tipo de empresas han sobrepasado el umbral de la informalidad.

Finalmente, se considera que son el siguiente nivel de las microempresas y que representan a un gran porcentaje de las mypes, por lo que las políticas públicas deben protegerlas también de la mortalidad y establecer los mecanismos necesarios para que las microempresas que alcancen el siguiente nivel encuentren viabilidad en su desarrollo como pequeñas empresas.

5.2. Tratamiento de las mypes en el Perú

En su inciso 2, artículo 2, la Constitución Política del Perú consagra los principios-derechos que protegen la dignidad de la persona, como el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Se entiende la igualdad como algo inherente a la persona que le permite el disfrute de esta en la vida y en una sociedad sin discriminación alguna.

Del mismo modo, el derecho a la igualdad no puede ser entendido como un concepto uniforme, en tanto existen situaciones en las que la aplicación de los derechos y facultades emanadas de las normas no son suficientes para las personas.

Dado que existen manifiestas situaciones de disparidad, bajo la concepción del Derecho debe admitirse un trato diferenciado para que este grupo de personas logre la posición exacta de igualdad. Esto no significa un actuar discriminatorio, sino optar por trato diferente que se debe sustentar en fundamentos objetivos y razonables. Al respecto, Alejandro Navarrete (2014) señala:

Tanto la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden admitir tratos diferenciados, siempre que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario, ya que el derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones, por ende, no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino solo aquella que no está razonablemente justificada. (p. 7)

En ese sentido, para que la diferenciación sea admisible y se actúe aplicando un trato desigual determinado sustentado en lo objetivo, es necesario ubicarnos en una situación de hecho específica, basándonos en un trato homogéneo a los que

se encuentran en igualdad de condiciones y haciendo diferenciaciones entre quienes están condiciones desiguales. La literatura jurídica conoce este accionar como “discriminación inversa” o “discriminación positiva”.

Bajo la lógica anteriormente desarrollada, existe un tratamiento diferenciado que dirige el Estado para viabilizar el desempeño de las mypes y su participación en la economía. Es preciso entender que la gran mayoría de estas compiten con empresas (medianas y grandes) que cuentan con las condiciones necesarias para dominar el mercado y poner en peligro la existencia de los formatos empresariales más pequeños. Ello sin duda justifica la aplicación de un trato diferenciado muy parecido y compatible con el tratamiento a los trabajadores desde la perspectiva del Derecho Laboral o el tratamiento a los consumidores desde el punto de mira del Derecho del Consumidor.

Ahora bien: tal como señala Alejandro Navarrete (2014), encontramos asidero explícito para este trato desigual también en la Constitución Política del Perú⁴:

Pero la admisibilidad de este trato diferenciado no cuenta con un sustento antojadizo, sino que se trata dentro del marco de la economía social de mercado. A saber, el artículo 58 de la Constitución señala que: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. [...] el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”, reconociendo así que la iniciativa privada se ejerce en el marco de

⁴ Dicho trato es concordante con lo establecido en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú que establece: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

una economía social de mercado, y que en dicha economía el Estado orienta el desarrollo del país. (pp. 17 y 18)

Por otro lado, hay que decir que nuestro país adoptó la conceptualización del término mype (en referencia exclusiva a la micro y pequeña empresa) considerando los formatos empresariales reducidos en el nivel técnico, humano y logístico, constituidos tanto por personas jurídicas como por personas naturales que buscan desarrollarse en actividades económicas productivas, extractoras, transformadoras o de comercio, y que cumplen con los requisitos que la normativa establece.⁵

Debe entenderse como persona jurídica (mype) cualquier forma de organización empresarial que reconozca la ley vigente; por ejemplo: la sociedad anónima cerrada o S.A.C., la empresa individual de responsabilidad limitada o E.I.R.L., la sociedad de responsabilidad limitada o S.R.L., entre otras.

Existe así mismo una excepción a la constitución de personas jurídicas, aceptándose como microempresas a las unidades empresariales que son administradas por sus propios propietarios en calidad de personas naturales con negocios. Esta formación empresarial se encuentra facultada para transformarse en una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L.) o en cualquier otra figura asociativa reconocida por la legislación (Castillo, Demartini & Ortega, 2014, p. 13).

⁵ Se debe precisar que, con la entrada en vigencia del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado por Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE, se han destinado políticas de fomento y desarrollo a las medianas empresas.

En la década de 1990 se pudo ver la trascendencia de estas unidades empresariales en nuestro país; sin embargo, la falta de atención en décadas pasadas por parte de las políticas públicas se vio reflejada en el empobrecimiento del país, la informalidad en la gran mayoría de los sectores económicos y en diversas afectaciones de los derechos laborales de los trabajadores.

Ya para el año 1997 se tenía el registro de que las micro y pequeñas empresas daban cuenta del 75,9 % del total de la población económicamente activa; de ese porcentaje, un 95 % correspondía a las microempresas, y el 5 % a las pequeñas empresas (Herrera, 2011, p. 70).

Diez años después, en 2017, las estadísticas respecto a las mypes en nuestro país mostraban estos resultados (Ministerio de la Producción, s. f.):

(i) El sector de las micro, pequeñas y medianas empresas representaban el 99,5 % del total de empresas formalizadas en nuestro país. Siendo —de este porcentaje— el 96,2 % microempresas; el 3,2 % pequeñas empresas y solo el 0,1% medianas empresas.

(ii) La actividad empresarial en donde más se desempeñan son el comercio y el servicio, en donde se desenvuelve el 87,6 % de estas unidades empresariales y el resto (12,4 %) en actividades productivas como manufactura, construcción, agropecuario, minería y pesca.

(iii) Las mipymes representan el 60 % de la población económicamente activa ocupada. Además, 10 de cada 100 personas de la PEA son conductoras de una mipyme formal.

(iv) Entre los años 2013 y 2017, el número de empresas formales de este segmento se incrementó a un ritmo promedio anual de 7,2 %. Sin embargo, aún persiste un alto porcentaje de informalidad, ya que el 48,4 % de las MYPE no están inscritas en SUNAT.

En los últimos años se ha podido observar una mayor integración de los gobiernos y de las entidades públicas para armonizar sus directivas de apoyo a las mypes; sin embargo, esto no se vio reflejado hasta los años 1990, por lo que se aprecia desarticulación e ineficiencia para el desarrollo de las mypes.

En relación con lo dicho en el párrafo anterior, Ferraro y Stumpo (2010) refieren lo siguiente:

Hacia fines de los años 90, todos los ministerios importantes tenían programas de apoyo a las mypes: el Ministerio de Economía y Finanzas, la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el Ministerio de Pesquería, el Ministerio de Educación, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y la Primera Vicepresidencia de la República. Cada uno tenía sus propios programas y lo que es más importante, sus propias políticas y orientaciones, que generalmente eran bastante diferentes a la de los demás ministerios.

Cada uno reclamaba su independencia y liderazgo, aduciendo documentos como la competitividad, en la política productiva, el apoyo social, la descentralización y el desarrollo tecnológico, de acuerdo al lugar social, y el sector desde donde se realizaba. Esto, en la práctica, significó un desorden de la promoción y, por lo tanto, un perjuicio para las Mypes. (pp. 351-352)

Las medidas implementadas por el Estado buscan romper el apartamiento de las mypes de las políticas económicas y regulatorias, para que se brinden normas que busquen equiparar su desigualdad frente a las grandes empresas.

Por otro lado, el crecimiento económico —que a la fecha resulta insuficiente en comparación con el de los países desarrollados— en relación con décadas pasadas se ha visto reflejado en el buen rumbo económico que vive el país en

los últimos veinte años, gracias a los procesos de formalización y sofisticación técnica de las micro y pequeñas empresas.

Aunado a lo anterior, la intención del país por promover el desarrollo y sofisticación de las mypes se basa en:

(i) Reforzar este estrato empresarial. Para ello se debe lograr la consolidación y crecimiento de estas empresas; procurar que haya nuevas pequeñas empresas que tengan una mayor expectativa de vida; direccionar las microempresas viables hacia el estrato de pequeña y mediana empresa.

(ii) Segundo impulsar cualquier forma de cooperación, vertical u horizontal, entre las empresas. De este modo, una microempresa de sobrevivencia podrá convertirse en una microempresa viable. Esto redundará en el bienestar de todo el sector empresarial, que debe constituir un frente común frente a sus competidores que están en el exterior. (Mares, 2013)⁶

5.3. Evolución normativa de las mypes en el Perú

Desde el punto de vista legislativo, se advierte que la evolución normativa vinculada directa o indirectamente al tratamiento de las mypes que ha llevado a la actual concepción de estas figuras económicas puede resumirse en lo siguiente:

(i) La Pequeña Empresa del Sector Privado (1976) (otorgada en el Gobierno Militar de Francisco Morales Bermúdez, Decreto Ley 21435), define la pequeña empresa en función de sus montos vendidos y se fijan incentivos para su desarrollo y un sistema tributario preferencial.

(ii) Ley que crea la figura jurídica de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (Decreto Ley 21621 de 1976), para agilizar la formación de pequeñas empresas. Esta ley diferencia el patrimonio de la persona natural y de la persona jurídica con el fin de promocionar la constitución y operación de las pymes.

⁶ El citado artículo web no cuenta con numeración.

(iii) Decreto Legislativo 23189 (julio de 1980), establece que la pequeña empresa puede desarrollar su actividad como empresa personal o EIRL. Fija en 5 el máximo de trabajadores para pequeñas empresas dedicadas a la comercialización y 10 trabajadores para las dedicadas al rubro servicios.

[...]

(iv) Además, se crea la Cooperativa de Servicios de Pequeñas Empresas, con la finalidad de acceder a línea de crédito y financiamiento. También, se crea el FOPE (Fondo Especial de la Pequeña Empresa).

(v) Ley 23407 (mayo de 1982), que promulga la Ley General de Industrias, que determina entre otras el límite de las ventas anuales de una pequeña empresa industrial (no debe exceder de 720 sueldos mínimos vitales, en Lima).

(vi) Ley 24062 (enero de 1985). Ley de la Pequeña Empresa Industrial, que tiene por finalidad regular el capítulo de pequeña empresa industrial establecido en la Ley General de Industrias (Ley 23407). Además, señala que el financiamiento del FOPE será con el aporte de las pequeñas empresas industriales.

[...]

(vii) D.L. N° 705 (noviembre de 1991). Ley de Promoción de Microempresas y Pequeñas Empresas (mype), establece el marco legal para la micro y pequeña empresa definiéndose en función del tamaño (cantidad de trabajadores) y monto anual de ventas.

(viii) En la década de 1990, la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) emite las Resoluciones 897-94 y 295-95. La primera autoriza y la segunda regula el funcionamiento de las EDPYMES (Entidades de Desarrollo para la Micro y Pequeña Empresa). La SBS define las microempresas como aquellas unidades productoras que cuentan con activos hasta por \$20,000 y realizan ventas anuales que no exceden los \$40,000, y como pequeña empresa a unidades que cuenten con activos hasta \$30,000 y/o realicen ventas anuales que no sean superiores a los \$750,000.

(ix) Ley 26904 (diciembre de 1999), que declara de interés público la generación y difusión de estadísticas económicas sobre micro y pequeñas empresas. El Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) es el organismo encargado de a través del COTIEPYME (Comisión Técnica Interinstitucional de Estadísticas de la Pequeña y Micro Empresa. (Herrera, 2011, pp. 72-73)

Respecto a la actual normativa aplicable para las micro y pequeñas empresas, encontramos la Ley 30056, Ley que modifica diversas leyes para facilitar la

inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial, que modificó la denominación del Decreto Supremo 007-2008-TR, 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 – Ley MYPE, por Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial. Además, se modificaron el objeto de la ley y las características de las MYPES contenidas en el Decreto Supremo 007-2008-TR.

Así mismo, de acuerdo con la novena disposición complementaria de la Ley 30056, se dio al Poder Ejecutivo la facultad de publicar el Texto Único Ordenado correspondiente, por lo que mediante Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, derogando, a través de su única disposición complementaria, el Decreto Supremo 007-2008-TR (Ley MYPE).⁷

5.4. Régimen de las mypes en el Perú

Para considerar a una empresa como mype se tiene que tomar en cuenta la finalidad lucrativa de la unidad económica. Puede ser una persona natural con negocio, una E.I.R.L. u otra persona jurídica con un formato societario distinto (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, entre otros). Sin

⁷ Por otro lado, el Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE buscó integrar lo establecido en la Ley 28015, Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa promulgada en el año 2003 y del Decreto Legislativo 1086, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente.

embargo, no pertenecen a esta denominación aquellas unidades económicas que no tengan una finalidad lucrativa; por ejemplo, una institución religiosa, una asociación civil o una fundación. En su artículo 4, el Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE define a la micro y pequeña empresa como:

La Micro y Pequeña Empresa es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios. [...]

Identificada la naturaleza de las mypes, corresponde precisar que la tercera disposición complementaria transitoria de la Ley 30056 precisa que: “Las empresas constituidas antes de la entrada en vigencia de la presente Ley (3 de julio de 2013) se rigen por los requisitos de acogimiento al régimen de las micro y pequeñas empresas regulados en el Decreto Legislativo 1086”.

Según la Ley 1086⁸ (características vigentes hasta el 2 de julio de 2013), se consideraba a las mypes como:

⁸ Esta norma modificó la Ley 28015, que establecía lo siguiente:

Artículo 3.- Características de las MYPE

Las MYPE deben reunir las siguientes características concurrentes:

a) El número total de trabajadores:

- La microempresa abarca de uno (1) hasta diez (10) trabajadores inclusive.
- La pequeña empresa abarca de uno (1) hasta cincuenta (50) trabajadores inclusive.

b) Niveles de ventas anuales:

- La microempresa: hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias – UIT.
- La pequeña empresa: a partir del monto máximo señalado para las microempresas y hasta 850 Unidades Impositivas Tributarias – UIT.

- (i) Microempresa: de uno (1) hasta diez (10) trabajadores inclusive y ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
- (ii) Pequeña empresa: de uno (1) hasta cien (100) trabajadores inclusive y ventas anuales hasta el monto máximo de 1700 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Ello quiere decir que las empresas constituidas a partir del 3 de julio de 2013 deben cumplir con las características especificadas por la Ley 30056, que establece lo siguiente respecto a las micro y pequeñas empresas:

- (i) **Microempresa:** ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
- (ii) **Pequeña empresa:** ventas anuales superiores a 150 UIT y hasta el monto máximo de 1700 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Como se puede ver, el cambio trascendente fue la exclusión del factor número de trabajadores como característica de micro o pequeña empresa, ya que el número de empleados contratados por la empresa podía contradecir a los ingresos percibidos como ventas anuales; es decir, si una empresa contaba con un ingreso total anual de 100 UIT y tenía contratados a un promedio de 13 trabajadores, no podía ser considerada como una microempresa bajo las consideraciones de la Ley 1086.

5.4.1. Sobre el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa

A diferencia de las consideraciones para la aplicación de la normativa en materia de Derecho del Consumidor (que serán explicadas más adelante), el artículo 7 del Decreto Supremo 008-2008-TR especifica que para acceder a los beneficios de la normativa que favorece a las mypes se debe inscribir a la empresa en el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa (REMYPE).

El articulado respecto al REMYPE fue creado por el Decreto Supremo 008-2008-TR, y resulta aplicable y compatible con el Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE. Prescribe que las empresas que cumplan con las características del artículo 5 de esta última norma deben estar inscritas en el REMYPE.

En ese sentido, de acuerdo con lo establecido por el Decreto 008-2008-TR, el REMYPE tiene la finalidad de:

- (i) Acreditar que una micro o pequeña empresa cumple con las características establecidas por las normas;
- (ii) Autorizar el acogimiento de la micro y pequeña empresa a los beneficios que le corresponden conforme al Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE y al Decreto Supremo 008-2018-TR;
- (iii) Registrar a las micro y pequeñas empresas.

Finalmente, el objeto de este Registro es el reconocimiento por el Estado de aquellas unidades económicas que cumplen con las características establecidas en la norma citada anteriormente, con la finalidad de aplicar los regímenes

especiales (como el régimen laboral especial y el régimen tributario especial) y los tratamientos exclusivos de distintas normas para fomentar el crecimiento de la micro y pequeña empresa.

5.4.2. Régimen Laboral Especial

Con la finalidad de direccionar el desarrollo de las pequeñas unidades económicas, encontramos distintos tratamientos especiales en diferentes normas. Uno de los más importantes es el Régimen Laboral Especial (RLE) de la micro y pequeña empresa, establecido en el Título VII del Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE, que busca mejorar las condiciones de aplicación de las leyes laborales. Se trata de lograr la formalidad y el efectivo cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores de las mypes.

Como primer supuesto, el RLE señala derechos de fundamental cumplimiento, también conocidos como genéricos, que deben ser cumplidos obligatoriamente por estas pequeñas unidades económicas, tal y como lo establece el artículo 45 del Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE:

- (i) la proscripción del trabajo infantil, tomándose como referencia la edad señalada en el Código del Niño y el Adolescente;
- (ii) no utilizar el trabajo forzado ni los castigos corporales para la ejecución de una prestación laboral;
- (iii) el cumplimiento de las normas sobre remuneraciones y beneficios sociales, garantizando los salarios y beneficios obtenidos por los trabajadores;
- (iv) garantizar el libre desempeño del trabajador sin ser discriminado al inicio, desarrollo y fin de la relación laboral;
- (v) respetar el derecho de los trabajadores a formar sindicatos o afiliarse libremente a alguno ya establecido; y,
- (vi) proporcionar un ambiente seguro y saludable en el trabajo.

Así mismo, encontramos la regulación de derechos laborales comunes aplicables tanto a la microempresa como a la pequeña empresa, entre los que podemos citar los siguientes:

- a. respecto a las remuneraciones, la micro y pequeña empresa se encuentran reguladas por la misma normativa del Régimen Laboral General, estableciéndose que los trabajadores tienen que percibir por lo menos la remuneración mínima vital;
- b. la jornada máxima laboral para los trabajadores de las micro y pequeñas empresas se encuentra regulada por el Régimen Laboral General;
- c. los descansos remunerados para los trabajadores de las micro y pequeñas empresas se encuentran regulados por la normativa aplicable al Régimen Laboral General de la actividad privada respecto al descanso semanal obligatorio y al descanso en días feriados;
- d. respecto a los descansos vacacionales encontramos un tratamiento especial para las mypes, que establece un descanso vacacional mínimo de quince (15) días calendarios por cada año completo de servicios, tomando en consideración la capacidad de estas unidades económicas en recurso humano para cumplir con las funciones de la misma empresa;
- e. en relación con el despido arbitrario, los trabajadores de las micro y pequeñas empresas se encuentran protegidos contra el despido

injustificado y actos que impidan la subsistencia de la relación laboral, en concordancia con el Decreto Supremo 003-97-TR;

- f. la contratación de trabajadores en las mypes se regula por el Régimen Laboral General y no se encuentran diferencias entre la micro y la pequeña empresa, considerándose: (i) contratación por tiempo indeterminado; (ii) contratación a plazo fijo; y, (iii) contratación a tiempo parcial.

Respecto de algunas diferencias que encontramos en este RLE entre las microempresas y las pequeñas empresas están las condiciones con las que se establece la indemnización por despido arbitrario. En el caso de las microempresas, se fija un equivalente a 10 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un tope máximo de 90 remuneraciones diarias; mientras que para el caso de las pequeñas empresas se establece un equivalente a 20 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios, con un tope máximo de 120 remuneraciones diarias.

Por otro lado, encontramos diferencias entre el tratamiento que se les da a las microempresas y a las pequeñas empresas respecto al pago de compensación por tiempo de servicio (CTS): los trabajadores de las pequeñas empresas tendrán derecho al pago de CTS con arreglo al régimen laboral general, es decir, quince (15) remuneraciones diarias por año completo de servicios, con un tope máximo de 90 remuneraciones diarias; y, en el caso de los trabajadores de las microempresas, estos no gozan de CTS.

Finalmente, otro punto que es preciso señalar respecto al tratamiento especial que se les da a las mypes en el RLE es su permanencia en este, tal como lo establece el artículo 51 del Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE, que señala:

La microempresa que durante dos (2) años calendario consecutivos supere el nivel de ventas establecido en la presente Ley, podrá conservar por un (1) año calendario adicional el mismo régimen laboral. En el caso de las pequeñas empresas, de superar durante dos (2) años consecutivos el nivel de ventas establecido en la presente Ley, podrán conservar durante tres (3) años adicionales el mismo régimen laboral.

Luego de este período, la empresa pasará definitivamente al régimen laboral que le corresponda.

Al respecto, y en relación con el objeto de esta tesis, encontramos que la normativa aplicable en derecho laboral a las mypes muestra una flexibilidad que resulta acorde con la realidad de estas unidades económicas, pues no limita el tratamiento especial que se les da exclusivamente al número de ventas anuales. Resultaría contraproducente sacarlas de un régimen especial, pues ello afectaría directamente a sus trabajadores y, con ello, pondría en riesgo la viabilidad de estas empresas en el mercado.

5.4.3. Régimen Mype Tributario

Con el Decreto Legislativo 1269, que entró en vigencia desde el 2017, se creó el Régimen Mype Tributario del Impuesto a la Renta, que señalaba que gozaban de los beneficios contenidos en esta norma personas naturales o jurídicas que cumplieran con:

- (i) domiciliar en el Perú;
- (ii) percibir rentas de tercera categoría, es decir, que cumplieran con desarrollar actividad empresarial;
- (iii) tener ingresos menores de 1700 UIT durante un año, es decir, encontrarse en las consideraciones de micro o pequeña empresa.

En lo que respecta a los beneficios, encontramos en este régimen la libertad de emitir cualquier tipo de comprobante (facturas, boletas de venta, *tickets*, etcétera) y el pago de impuestos en función de la ganancia obtenida con tasas reducidas. Se determina un pago mensual del impuesto a la renta del:

- (i) 1 % de los ingresos netos mensuales a las empresas cuyos ejercicios mensuales arrojen hasta 300 UIT;
- (ii) 1,5 % de los ingresos netos mensuales a las empresas cuyo ejercicio mensual supere las 300 UIT.

Por otro lado, el pago anual del impuesto a la renta para las empresas acogidas a este régimen se divide en:

- (i) 10 % a aquellas empresas que no logren una renta tena anual de 15 UIT; y,
- (ii) 29,5 % para el caso de las empresas cuya renta logre superar las 15 UIT.

En lo que concierne al pago del impuesto general a las ventas, no hay condiciones más favorables con las mypes, pues estas deben pagar el 18 % en cada fase del ciclo de producción y distribución.

En cuanto a los libros contables, el Régimen Mype Tributario determina una reducción y flexibilización en su empleo. El gráfico 1 da cuenta de ello.⁹

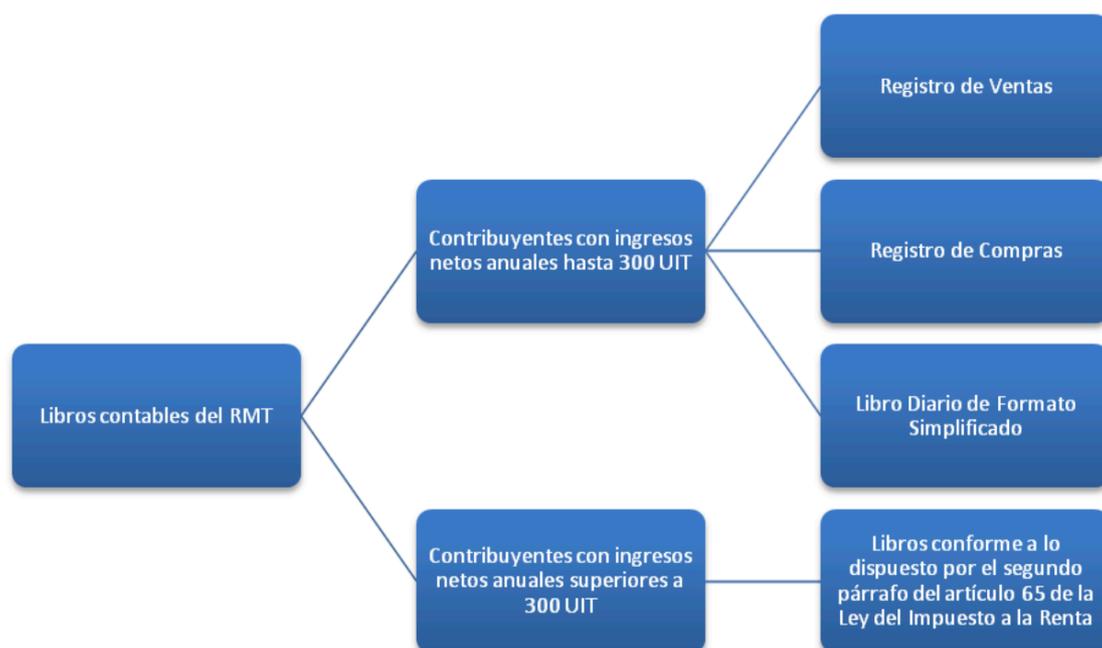


Gráfico 1. Libros contables del Régimen Mype Tributario.

Elaborado por: Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT.

5.4.4. Tratamiento especial en el Derecho del Consumidor

A diferencia del tratamiento de las mypes en el derecho laboral (o del tratamiento mencionado en el Derecho Tributario), en el que apreciamos un articulado direccionado a equiparar la condición de estas unidades económicas frente a

⁹ Visto en <http://orientacion.sunat.gob.pe/index.php/empresas-menu/regimen-mype-tributario/6830-06-sdasdasd> (consulta: 1 de mayo de 2020).

otras de mayor tamaño y recursos, en el Derecho del Consumidor encontramos un quiebre injustificado que excluye a la pequeña empresa del fin tuitivo de la norma en la materia.

En primer lugar, respecto de la definición de protección al consumidor para los casos en los que una mype adquiera un bien o un servicio en el desarrollo de su actividad empresarial, el Código de Protección y Defensa del Consumidor solo ha recogido como posible consumidora a la microempresa si realiza un consumo fuera del giro específico del negocio; sin embargo, para el caso de la pequeña empresa, esta queda excluida como consumidor ante cualquier supuesto de consumo cuyo fin sea direccionarlo a su actividad empresarial admitiéndose solo la posibilidad de ser consumidoras si actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial.

Por otro lado, encontramos en la norma un supuesto en el que el Código de Protección y Defensa del Consumidor, de manera literal, brinda un tratamiento especial a la mype (incluyendo a la pequeña empresa), siendo este el artículo 110 del mencionado cuerpo normativo, que prescribe:

Artículo 110.- Sanciones administrativas

El órgano resolutorio puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

- a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.
- b. Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.
- c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT.

En el caso de las microempresas, la multa no puede superar el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de primera instancia, siempre que se haya acreditado dichos ingresos, no se encuentre en una situación de reincidencia y el caso no verse sobre la vida, salud o integridad de los consumidores. Para el caso de las pequeñas empresas, la multa no puede superar el veinte por ciento (20%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, conforme a los requisitos señalados anteriormente. La cuantía de las multas por las infracciones previstas en el Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, se rige por lo establecido en dicha norma, salvo disposición distinta del presente Código. (Énfasis agregado)

En ese sentido, el Código ha establecido un límite resaltante respecto a su potestad sancionadora bajo la concepción de la mype como administrado responsable de una infracción a una norma en materia de derecho del consumidor, teniendo en cuenta la condición de las micro y pequeñas empresas, protegiendo la viabilidad de estos pequeños formatos. Esto es así porque la aplicación de una multa resultaría de un cumplimiento tan oneroso que podría terminar por sacar a estas empresas del mercado.

Podemos advertir que, a diferencia de otras materias del Derecho, el Derecho del Consumidor -aplicado por la administración pública- presta una atención parcial a las mypes, pues, por otro lado excluye a las pequeñas empresas cuando actúan como consumidores en el normal desarrollo de su actividad empresarial, lo que genera una desprotección por parte de la autoridad administrativa competente al momento en que se requiere de su atención para dilucidar una posible contingencia con un proveedor no considerándola dentro de la órbita del concepto de “consumidor”.

6. TRATAMIENTO DEL INDECOPI A LA PEQUEÑA EMPRESA EN MATERIA DE DERECHO DEL CONSUMIDOR

Este capítulo recopila y analiza las distintas normas, documentos y resoluciones correspondientes al sistema de protección al consumidor que permiten entender cuál ha sido la visión en las últimas décadas respecto al tema materia de esta investigación.

En algunos casos, aun cuando los temas de fondo no se encuentran directamente ligados al tratamiento de las pequeñas empresas, podemos advertir una vinculación que genera una reflexión asociada a estos formatos empresariales. El análisis busca desarrollar el actual tratamiento que dan a las pequeñas empresas los órganos resolutivos del Indecopi aplicando la normativa en materia de Derecho del Consumidor.

6.1. El inicio del ensanchamiento de la noción de consumidor

6.1.1. Precedente: Resolución 101-96-TDC

Sobre este caso, la empresa Cheenyi E.I.R.L. (en adelante, Cheenyi), cuyo giro de negocio era la venta al por mayor y por menor de productos alimenticios, denunció a la empresa Konica S.A. (en adelante, Kónica) ante la Comisión de Protección al Consumidor por una presunta infracción a la normativa de protección al consumidor contenida en el Decreto Legislativo 716, alegando que el 24 de noviembre de 1994 la denunciante adquirió un laboratorio fotográfico y

una impresora de papel cuya garantía era de un año. Dicha maquinaria fue instalada en enero de 1995 y presentó desperfectos en febrero del mismo año, por lo que la denunciada habría desarmado la máquina y la habría dejado en dicho estado. Cheenyi denunció —entre otras cosas— que Kónica no habría cumplido con prestar un servicio idóneo y no habría ejecutado la garantía otorgada.

Mediante Resolución 5 del 5 de octubre de 1995, la Comisión declaró la improcedencia de la denuncia al considerar que Cheenyi no tenía la condición de consumidor final, razón por la cual dicho órgano resolutorio no tendría competencia para dilucidar la controversia. Ante ello, el 25 de octubre de 1995 la denunciante apeló la resolución de primera instancia precisando que la noción de consumidor que establecía la ley vigente en aquella época era estándar y que la interpretación restrictiva de la Comisión la excluía de manera indebida de una legítima protección como consumidora.

El Tribunal de Defensa de la Competencia confirmó la resolución impugnada que había declarado improcedente la denuncia. A la vez, ampliando el concepto de consumidor, constituyó el precedente de observancia obligatoria, que precisaba:

Se considera como consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3º del Decreto Legislativo N° 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran por tanto consumidores y usuarios para efectos de la Ley a los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los artículos 1º y 3º inciso b) del mencionado cuerpo legal. En tal sentido, las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no

puedan ser consideradas consumidores o usuarios, deberán ser declaradas improcedentes. (Énfasis agregado)

Un primer concepto que merece ser rescatado en la referida resolución es el reconocimiento expreso de la asimetría informativa como piedra angular del sistema de protección del consumidor. En dicho pronunciamiento se señala lo siguiente:

La protección al consumidor se basa, a criterio de la Sala, en a asimetría de información existente entre los proveedores y consumidores. Los problemas que esta legislación especial pretende enfrentar parten de la premisa que una categoría de agentes económicos —los proveedores— que se encuentra en una posición ventajosa frente a la otra —los consumidores o usuarios— como resultado de su capacidad para adquirir y procesar información, consecuencia a su experiencia en el mercado y a su situación frente al proceso productivo.

[...]

Bajo tal supuesto, la racionalidad de las normas de protección al consumidor se orienta a proteger a los consumidores, como categoría genérica, de la asimetría informativa en que suelen encontrarse dentro del mercado.

[...]

El concepto de “consumidor o usuario” es un control de entrada al procedimiento, una determinación de qué categoría es amparada por las normas de Protección al Consumidor, sin perjuicio de que en el análisis concreto de los casos que se admitan llegue finalmente a probarse o no la existencia de una infracción. Es pues un análisis hecho previo a la revisión de fondo, y en abstracto.

Por ello, una de las ideas fundamentales que recoge la resolución del Tribunal es el reconocimiento expreso de cómo las normas tuitivas se encuentran al servicio de mitigar la asimetría informativa que atenta contra las relaciones de consumo y los usuarios en general, recalcando además la utilidad de la

categorización del concepto de consumidor como filtro para acceder al sistema de protección. Por tanto, de esa idea debemos entender que la “categorización” del concepto se encuentra al servicio de contrarrestar la asimetría informativa y no al revés, como se ha ido entendiendo a lo largo de los años, interpretando que la asimetría informativa funciona como un filtro más en el concepto de consumidor.

Conviene entonces plantearse la siguiente pregunta: ¿esta categorización del consumidor como puerta de acceso a la protección del Estado en materia de Derecho del Consumidor debe primar sobre la idea de la asimetría informativa, o debería ser al revés?

Por otro lado, de la lectura del precedente se advierte la necesidad de ampliar el concepto recogido en la ley —vigente a esa fecha—, en el que se recopila la idea central de consumidor -o destinatario- final y último eslabón de la cadena, negando —desde la interpretación literal— el acceso de las empresas al sistema de protección al consumidor cuando desarrollan su actividad empresarial.

Si bien esa idea resultaba limitada, marcó un inicio en el ensanchamiento de la protección al consumidor, sobre todo por el contenido de la citada resolución, en tanto señalaron lo siguiente:

La Sala debe reconocer que el principio, tal como ha sido enunciado, puede enfrentarse a *zonas grises*, en las que no es sencillo determinar con toda precisión si el valor del bien se agota o no con su uso por el destinatario. Ello ocurriría, por ejemplo, con el caso de quien adquiere un bien para su uso simultáneo como consumidor final y como proveedor.

De esta manera, el razonamiento empleado por el Tribunal marca un precedente de apertura al rígido concepto de consumidor final recogido por la Ley, generando atisbos de que el dinamismo de las actividades comerciales entre consumidores y proveedores comenzaba a superar la letra rígida de la norma. Pone como ejemplo —además— el supuesto del consumidor que adquiere un vehículo para un servicio de taxi y para el uso personal y familiar, y el de la consumidora que utiliza una máquina de coser para la confección de vestidos a solicitud y también para el uso personal o familiar (Espinoza, 2012, p. 22).

De los propios ejemplos utilizados por el Tribunal en la resolución se recogen supuestos en los que el consumidor desarrolla una actividad empresarial en un formato pequeño, en tanto muchas veces el micro o pequeño empresario utiliza los productos o servicios adquiridos en función doble (empresarial y personal), por lo que estaríamos ya en un supuesto de una directa protección incipiente a los formatos empresariales más pequeños.

Se debe tomar en consideración, además, que el propio Tribunal se pone en el supuesto de que estas llamadas “zonas grises” son campos en los que oscilarán personas naturales o jurídicas susceptibles de padecer asimetría informativa frente a los proveedores, por lo que, de plano, debía descartarse a las grandes empresas de estas “zonas grises”.

Esta idea de descartar a las grandes empresas y enfocarse en las pequeñas se ve reforzada con lo señalado por Alonso Morales (2007) respecto al pequeño empresario susceptible a la asimetría informativa:

Así, el pequeño empresario, al sufrir los efectos de la desigualdad cuando actúa como adquirente o usuario de un bien o servicio, calificaría en ciertos casos como consumidor para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor. Estos supuestos serían aquellos en los que, en la adquisición o el uso, por necesidades de su actividad profesional, no puede esperarse un grado de conocimiento o especialización que haga desaparecer la desigualdad entre el pequeño empresario y el proveedor del bien o servicio de que se trate. (p. 94)

6.1.2. Lineamientos sobre protección al consumidor: Resolución 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI

Con la finalidad de otorgar una interpretación clara que permita la autorregulación en el mercado y una dinámica idónea con consumidores bien informados, la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi elaboró unos lineamientos que recopilaban las directrices jurisprudenciales emitidas por dicha autoridad en materia de protección al consumidor, y, continuando con lo establecido por el Indecopi en el año 1996, se especificó la existencia de la problemática de los “usos mixtos” que, como consecuencia, ampliaba el concepto de consumidor como destinatario final entendido hasta esa fecha, señalando lo siguiente:

En algunos casos los bienes y servicios son adquiridos para ser incorporados a usos mixtos, es decir para ser utilizados por una persona que actúa en algunos casos como proveedor y en otros como consumidor final. En estos supuestos, la Comisión y la Sala han optado por analizar caso por caso, considerando que si existiera alguna duda el adquirente es un consumidor final.

Algunos ejemplos citados por la Sala, muy gráficos para este supuesto, han sido el del padre de familia que utiliza el automóvil familiar como taxi en sus horas libres o la madre de familia que usa una máquina de coser para prestar servicios de confección de vestidos. En ambos casos, debería considerarse que nos encontramos ante un consumidor final.

A nuestro entender, esta intención de ampliar el concepto y evolucionar lo trazado por el precedente de observancia obligatoria del año 1996 resulta una suerte forzada de seguir idealizando el concepto de consumidor final e impedir ceder el paso a nuevas categorías de consumidores, tomando como base la desigualdad de condiciones entre consumidores y proveedores en la concurrencia en el mercado. Sin embargo, rompe con el molde —para la fecha aún marcado— que estigmatizaba a los que desarrollaban actividad empresarial como posibles consumidores.

Este criterio de “usos mixtos” de plano no guardaría relación con las empresas de formato más grande, en tanto, como se dijo anteriormente: (i) son las pequeñas empresas las que comúnmente suelen utilizar los bienes y productos adquiridos tanto para usos empresariales como para usos personales y familiares; y, (ii) se presume correctamente que las empresas con formatos más grandes gozan de los recursos suficientes para mitigar la asimetría informativa generada en el mercado y poder asumir procesos legales que eleven costos de tiempo y dinero.

En ese sentido, una primera conclusión referida a los “usos mixtos” responde a que este es un primer acercamiento a la protección —en la materia— de los pequeños formatos empresariales cuando nos encontramos frente a una

situación de asimetría informativa, es decir, cuando no se puede presumir que la “mype” cuente con los recursos y/o conocimientos técnicos para participar en el mercado en igualdad de condiciones con sus proveedores; hecho que sería concordante con la idea de que la adquisición del bien o servicio se encuentre fuera del giro de negocio que se desarrollaría con años de posterioridad.

6.1.3. Resolución 315-2002/CPC y voto en discordia

Complementando el criterio recogido por los Lineamientos emitidos por la Comisión de Protección al Consumidor, la Resolución 315-2002/CPC del 2 de mayo de 2002 estableció el criterio de proporcionalidad, en razón a que una señora había comprado un horno para emplearlo en una actividad económica empresarial y también con la finalidad de usarlo para fines personales y familiares. Este criterio establecía que, si el horno era utilizado más para fines personales, nos encontrábamos ante un posible consumidor, y si se empleaba más para usos empresariales, nos encontrábamos frente a un proveedor que no tenía acceso a la protección de la norma ante la autoridad administrativa.

Sin embargo, respecto a ello —y en concordancia con lo vertido en esta investigación—, de manera acertada, Espinoza (2012) precisa, en referencia directa al criterio empleado por la Comisión en la resolución citada y a la apremiante necesidad de generar una nueva categoría de consumidores, que:

En este caso quedó claro que el criterio estático de la proporcionalidad debió ceder el paso al *criterio dinámico de la tutela efectiva del consumidor ante situaciones de asimetría informativa*, sobre todo, en realidades como la nuestra donde la pequeña empresa juega un papel importante en el desarrollo del país, ya que la mayoría de los

peruanos, para poder tener ingresos, “ingenian” actividades empresariales, dentro de los alcances de su economía. (p. 27) (Énfasis agregado)

Por otra parte, la doctrina ha precisado soluciones distintas a la propuesta en la resolución en análisis, aplicando la “presunción del destino del bien” en caso de posibles usos mixtos, la cual resulta —a su vez— muy parecida a la aplicación del “destino del bien o servicio adquirido con relación al giro de negocio” de la microempresa (que será desarrollada más adelante). Esta teoría señala que, de existir posibles “usos mixtos” en la adquisición de bienes o servicios por parte de una pequeña empresa, no se considerará consumidor si el bien adquirido resulta compatible con la actividad empresarial; y si no resulta compatible con esta, podrá ser considerado consumidor.¹⁰

Además, Espinoza (2012) señala respecto a este principio lo siguiente:

¹⁰ Una solución distinta a casos muy parecidos al planteado en esta resolución otorga el profesor argentino Juan Farina (2011) aplicando la presunción del destino del bien adquirido por la pequeña empresa en el caso de posibles “usos mixtos”: “Es posible que el titular de una pequeña empresa adquiera bienes o servicios para ser utilizados tanto para fines personales, familiares o domésticos (consumidor final) como para procesos de producción o comercialización, o bien puede suceder que se adquieran bienes o servicios no para ser integrados en auténticos procesos de producción o comercialización, sino para uso personal, pero también ocasionalmente sirvan para realizar o facilitar algún acto aislado de producción o de comercialización. En tales circunstancias se plantea si el adquirente habrá de ser considerado o no consumidor a los efectos de la ley 24.240.

En nuestra opinión, para una justa solución del problema habrá que considerar el caso concreto planteado; puede servir de criterio, en alguna medida, el fin al cual se destine el bien o servicio adquirido. Si resulta evidente que el destino es ser utilizado ‘principalmente’ para integrar los de manera necesaria en procesos de producción o de comercialización, entonces corresponderá aplicar lo dispuesto en el art. 2º, parr. 2º, y no podrá considerarse al adquirente como consumidor tutelado por la ley. Si el bien o el servicio adquirido no se relacionan directa ni indirectamente con el tipo de actividad empresarial o comercial del adquirente, se supone que es para su uso o consumo personal o doméstico. Si un empresario dedicado a la compraventa de automóviles usados los utiliza también para su uso privado, debe presumirse que los adquiere para integrar los al proceso de comercialización, es decir, que no actúa como consumidor, aun cuando él los use. Pero si compra una radio que utiliza tanto en su establecimiento como en su domicilio (y solo para distracción) entonces la presunción debe ser la contraria, esto es, que el uso principal es privado, según un ejemplo de Bercovitz Rodríguez Cano. Fácil es advertir que, si nos remitimos a criterios subjetivos, más que a criterios objetivos, va a resultar ‘interesante’ el despliegue de ingeniosos razonamientos de esta naturaleza para descubrir la supuesta intención del sujeto en cada caso”. (pp. 65-66)

En cuanto a los usos mixtos, es imperativo alejarse del criterio de proporcionalidad, sobre todo en el caso de las Pymes, por cuanto este parámetro importa, al mismo tiempo, una incompreensión respecto a la realidad social y económica que se está administrando en caso de conflictos en una relación de consumo. (pp. 30-31)

Por otro lado, en el ámbito jurisprudencial, un acercamiento respecto a la protección que merecían las mypes en materia de Derecho del Consumidor se advierte en el voto en discordia del vocal Mario Pasco Cosmópolis (de la Resolución 315-2002/CPC-INDECOPI), que, haciendo una interpretación más dinámica de la noción —hasta esa fecha—, señala lo siguiente:

En opinión de quien suscribe el presente voto discordante, adicionalmente al criterio de proporcionalidad, debería tenerse en cuenta criterios de carácter cualitativo. En efecto, en el último supuesto (vale decir, cuando principalmente se actúa como proveedor y accesoriamente como consumidor), si se trata de un caso en el cual, el denominado uso mixto lo hace un Pyme, también debería considerársele como un consumidor por cuanto la situación de asimetría informativa es, en línea de principio, idéntica a la de un consumidor destinatario final.

El vocal no niega el criterio de proporcionalidad, sino que precisa que debería ampliarse la noción de consumidor de la Ley de Protección al Consumidor (vigente a la fecha de emitida la resolución materia de análisis), considerando que las pymes se encuentran en la misma situación que un consumidor final.

A mi entender, este voto en discordia marca un precedente importante respecto al tema que motiva nuestra investigación, ya que en el ámbito resolutivo se expresó de manera literal la necesidad de equiparar a los pequeños formatos empresariales con las personas naturales o jurídicas que consumen fuera de una

actividad empresarial, marcándose -además- una distancia con el término de consumidor final.

6.2. Protección y desprotección de la pequeña empresa

6.2.1. Documento de trabajo 001-2000: Fortalecimiento del sistema de protección al consumidor: diagnóstico y propuesta

Con la finalidad de incentivar la participación activa de distintos sectores de la ciudadanía, el Indecopi convocó a un debate público para recoger diversas perspectivas que ayuden a la institución a generar un documento de trabajo que fortaleciera su labor en materia de protección al consumidor. Luego de un estudio realizado y de información recopilada por el Área de Estudios Económicos del Indecopi, emitió el mencionado documento, en el cual encontramos como punto de coincidencia con esta tesis su pronunciamiento respecto a la necesidad de tutelar a los pequeños formatos empresariales.

Entre las ideas contenidas en este documento se señala lo siguiente:

La razón fundamental, sin embargo, para analizar la conveniencia de un régimen especial de aplicación extensiva de la tutela de protección al consumidor a las decisiones de consumo que realicen las Pymes, es la situación de indefensión en la que se encuentran para resolver sus disputas de una manera sencilla, rápida y efectiva. El alto costo que supone acceder al Poder Judicial y la inexistencia de tribunales de pequeñas causas para solucionar conflictos que involucren montos de mínima cuantía, hace necesario pensar en la posibilidad de encargar dicha labor a la administración pública, siempre y cuando se la dote de los recursos necesarios para asumir dicha labor. Experiencias extranjeras como la alemana y la brasileña, incluyen un régimen de aplicación de tutela legislativa en materia de protección al

consumidor para las pymes, considerando su relativa poca experiencia en el mercado.

Este documento, publicado el año 2000, marca un precedente en el razonamiento de la autoridad administrativa, en tanto es anterior a los Lineamientos sobre Protección al Consumidor, Resolución 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI, emitidos por la Comisión de Protección al Consumidor y que ya hemos analizado. Así mismo, recoge datos estadísticos importantes de ese tiempo que sustentaban el desarrollo del comentario de fondo.¹¹

Por otra parte, conviene precisar que el documento anteriormente analizado utiliza la terminología “Pyme” para referirse a los formatos empresariales de menor tamaño y que podrían encontrarse en una situación de paridad con el consumidor reconocido en la Ley de Protección al Consumidor, pues entonces no resultaba común referirse a las microempresas para hablar de pequeños formatos empresariales.

De la misma manera, conviene precisar que a la fecha la autoridad administrativa no ha desarrollado un documento similar que sustente la necesidad de excluir a las pequeñas empresas como formatos independientes (en contradicción con el

¹¹ El referido documento señala: “Sin embargo, en un país como el nuestro en donde las pequeñas y micro empresas (en adelante, ‘Pymes’) representan el 78% de la población económicamente activa (PEA), generan el 42% del Producto Bruto Interno (PBI) y su número alcanza a 3 000 000 -aproximadamente el 98% del total de empresas que existen en el país-, puede debatirse si la regla establecida en la ley constituye el nivel adecuado de protección que transitoriamente al régimen de protección al consumidor en razón de incorporarlas transitoriamente al régimen de protección al consumidor en razón de que el problema de asimetría de la información se presenta también en la realidad de las Pymes, aun cuando en abstracto pertenezcan a la categoría de proveedor”.

documento analizado en este subcapítulo) de la protección al consumidor que otorgan las normas y que aplica la autoridad administrativa.

6.2.2. Precedente de observancia obligatoria: Resolución 0422-2003/TDC-INDECOPI

En referencia a este caso, Reynaldo Moquillaza S.R.L. (en adelante, Moquillaza) denunció a Milne & Co. S.A. (en adelante, Milne) porque el vehículo que había adquirido de la denunciada presentó desperfectos el mismo día de la entrega. A pesar de que el vehículo fue internado en un taller de mecánica en diversas ocasiones, no pudo repararse. El señor Moquillaza, en representación de su empresa, señaló que había comprado el vehículo para uso empresarial y personal.

La Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por el interesado mediante Resolución 294-2002/CPC del 24 de abril de 2002, y ordenó como medida correctiva que la denunciada reparara el vehículo. A su vez, Milne presentó un recurso de apelación señalando que Moquillaza no podía ser considerado consumidor al amparo del Decreto Legislativo 716, por lo que la segunda instancia debía revocar dicha resolución y declarar improcedente la denuncia.

Luego de analizado el caso, el 3 de octubre de 2003 el Tribunal de Defensa de la Competencia emitió la Resolución 0422-2004/TDC-INDECOPI, en la que, además de confirmar la resolución impugnada en todos sus extremos, emitió el precedente de observancia obligatoria en el que precisó:

1. De conformidad con lo establecido en los artículos 58, 59 y 65 de la Constitución Política del Perú y en los artículos 2 y 5 del Decreto Legislativo N° 716, la Protección al Consumidor es un instrumento de superación de la desigualdad informativa existente entre proveedores y consumidores.
2. Se considera como consumidor, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto, ya sea un bien o un servicio, para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato.
3. Las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios *son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo y, por tanto, son considerados como consumidores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor cuando debido a las necesidades de su actividad empresarial adquieran o utilicen productos, ya sean bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores.* (Énfasis agregado)

Un análisis de lo recién señalado en este precedente permite advertir que se resalta constantemente que el sistema de protección al consumidor tiene como objetivo principal superar la asimetría informativa generada en el mercado, pues se considera que este es el principal problema de los consumidores, ya que marca la desigualdad a la que se enfrentan para celebrar sus actos de consumo.¹²

Establecido esto como primer punto (dotado de una importancia literal), señala como segundo elemento el criterio de consumidor final y, como punto número 3 del precedente de observancia obligatoria, el ensanchamiento de la noción de

¹² La citada resolución destaca la importancia de contrarrestar la asimetría informativa al señalar que: “El elemento que indica con mayor claridad dicha situación de desigualdad es, precisamente, la diferencia en la cantidad y calidad de información de la que disponen los consumidores y los proveedores.

La situación de desigualdad en la que se encuentran los consumidores frente a los proveedores es una realidad que debe enfrentarse equilibradamente en el marco de un sistema de economía social de mercado como el recogido por la Constitución Política del Perú. Dicho sistema defiende, de un lado, las libertades propias del mercado, y del otro, los contrapesos de equilibrio de justicia social y seguridad”.

consumidor en atención a que los pequeños formatos empresariales “*son sujetos afectados por la desigualdad informativa*”.

En concordancia con la lógica recogida en el precedente emitido por el Tribunal, Marcial Rubio (1999) señala:

[...] es tarea del Estado velar por que todos tengan las mismas oportunidades en una sociedad de competencia. La primera tarea es brindar una educación de calidad y suficiente para preparar a las personas para el trabajo. Pero además, debe colaborar a la capitalización de las pequeñas empresas, que son entidades económicas de bajo costo de inversión por puesto de trabajo y que, además, permiten canalizar muchos de los esfuerzos y la creatividad de cada persona en el contexto social. (p. 231)

Por otra parte, el precedente de observancia obligatoria considera que estos pequeños formatos empresariales adquieren bienes o servicios sin la necesidad de contar con conocimientos técnicos que equiparen su posición en el mercado como consumidores con otros proveedores; sin embargo, encontramos en la doctrina nacional posturas con mayor tendencia a contrarrestar la asimetría informativa de manera más amplia, como la que Aldana y Gagliuffi (2004) precisan al señalar que:

En otras palabras, somos de la opinión que cualquier persona natural o jurídica *debería ser considerada como Consumidor Final* si adquiere un producto o contrata un servicio, ya sea para fines personales o para fines propios de su actividad económica o giro social, si es que se determina que esta se encontraba en desigualdad o asimetría informativa frente al proveedor del producto o servicio adquirido, es decir, si se considera que no puede exigirse que posea un conocimiento especializado sobre el producto o servicio adquirido, debido a que es precisamente dicha asimetría informativa la que justifica o legitima la existencia de la legislación sobre protección al consumidor. (p. 59) (Énfasis agregado)

De otro lado, merece resaltar que este precedente marca una distancia directa con el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución 101-1996/TDC-INDECOPI que excluía de manera literal al pequeño empresario como consumidor ante la consideración de la Ley de Protección al Consumidor cuando estos adquieran bienes o servicios con una finalidad empresarial.

Por otro lado, Aldana y Gagliuffi (2004), complementan esta idea precisando que:

el pequeño empresario en cuestión constituye el último eslabón del ciclo de la vida económica del producto y se encuentra, dada su falta de especialización y la ausencia de poder real de negociación derivada de la reducida dimensión de su empresa, en las mismas condiciones de desigualdad que cualquier particular adquirente. (p. 59)

Desde nuestro punto de vista, hay en las líneas citadas del precedente una sobrante aclaración respecto a que los pequeños empresarios se encontrarían en la categoría de consumidores finales, pues se señala que estos serían “el último eslabón del ciclo de la vida económica de un producto”,¹³ aclaración que no es compatible con lo observado en la realidad, en tanto lo que se rescata es el ensanchamiento de un concepto con la finalidad de proteger a consumidores que se encuentran en una notoria asimetría informativa por no contar con los mecanismos ni los recursos necesarios.

¹³ La Resolución 0422-2013/TDC-INDECOPI señala: “el precedente de observancia obligatoria (en relación al 101-96) no deja espacio para considerar como consumidores, para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, a los pequeños empresarios cuando realizan adquisiciones por las necesidades de su actividad empresarial. Ello implica negar que su situación es la misma que la de cualquier particular que contrata con fines privados, situación que forma parte de la esfera del consumo: el pequeño empresario en cuestión constituye el último eslabón del ciclo de la vida económica del producto y se encuentra, dada su falta de especialización y la ausencia de poder real de negociación derivada de la reducida dimensión de su empresa, en las mismas condiciones de desigualdad que cualquier particular adquirente”.

En ese sentido, lo que podemos apreciar de este precedente es una reiteración de la prevalencia del concepto de consumidor o destinatario final por encima de la asimetría informativa. Esto no es real, ya que la contratación de un servicio o la adquisición de bienes que se destinen para el desarrollo de la actividad empresarial no hacen que se agote su utilidad o valor, en vista de que pasarán a formar parte de una cadena de producción bastante alejada de servir al último eslabón de una cadena de consumo. Así, por ejemplo, un servicio telefónico adquirido por una pequeña empresa no agota su capital si es utilizado para una actividad empresarial, en tanto el costo de la adquisición será trasladado al precio final de los productos o servicios que brinde la pequeña o microempresa. Distinto sería que este servicio fuera adquirido por un destinatario final para fines personales o familiares. De ahí la necesidad de generar distinciones entre el criterio de consumidor -o destinatario- final y el de otros sujetos afectados por la asimetría informativa.

De acuerdo con esta lógica de protección a los pequeños formatos empresariales por ser víctimas de la asimetría informativa, autores como Acedo (2012) señalan:

Primeramente, porque lo cierto es que cuando un profesional o un empresario, especialmente cualificado, contrata con una gran empresa suscribiendo, mediante condiciones generales o cláusulas no negociadas individualmente, pactos leoninos o claramente abusivos, no suele ser por descuido o falta de diligencia, sino por absoluta necesidad, pues en otro caso, se quedará sin el producto o servicio demandado.

En segundo lugar, porque carece de sentido equiparar con idéntica protección a una gran empresa, con unos recursos extraordinarios, y a un pequeño comerciante que regenta un modesto kiosco de golosinas ubicado en la vía pública, bajo el amparo de que ambos son igualmente empresarios y que sería muy grave para la seguridad jurídica establecer distingos. (pp. 33 - 34)

De otro lado, autores como Rodríguez (2011) postulan un razonamiento en el que esta protección planteada por el precedente puede ser inservible, en tanto los consumidores que adquieran bienes o servicios para reinsertarlos en actividades empresariales pueden combatir la asimetría informativa de manera orgánica. Por tanto, precisa que:

De nuevo, puede ser que el adquirente del producto que lo incorpora a una cadena productiva sí se hubiera encontrado en situación de asimetría informativa con respecto a su proveedor. Sin embargo, es razonable que dicho sujeto deba hacer una inversión especial para tratar de equiparar, en algo, el nivel de información con el que cuenta dado que los costos asumidos serán distribuidos en el precio del producto final que, a su vez, ofrezca en el mercado (sea porque revende el producto o porque lo emplea como insumo para ofrecer otro). Asimismo, es esperable que el nivel de inversión se vea reducido drásticamente dada la habitualidad del sujeto que integra un producto a su cadena productiva o de comercialización, al punto de que es razonable que llegue a adquirir un nivel de información bastante importante a partir de su propia experiencia de compra reiterada. (p. 316)

No consideramos aplicable la idea de este autor, porque:

- (i) Trasladar el costo para superar la asimetría informativa al precio del producto final generaría una desigualdad de condiciones al momento de competir con empresas de mayor tamaño, ya que superar esta falla de mercado resultaría más costoso para una pequeña empresa que para una grande, por el nivel de producción de cada una. Más fácil sería distribuir ese costo a una mayor masa de producción, con lo que los costos de las mypes tendrían que ser mayores; y,
- (ii) Esperar que la habitualidad de la contratación haga adquirir el nivel de información necesario a las pequeñas empresas generaría un

retraso al momento de competir con empresas grandes que, sin necesidad de recurrir a esa habitualidad, cuentan ya con los recursos necesarios para superarlos.

Por otra parte, este precedente hace una mención literal a los pequeños empresarios y se refiere implícitamente también a los microempresarios, ya que, por analogía, resultaría incongruente que se excluya a estos. A partir de esa lógica, Galván (2004) precisa:

La Resolución comentada no menciona a los microempresarios en el texto del precedente de observancia obligatoria, sin duda debido a que su interpretación se apoya en el artículo 59° de la Constitución que se refiere solamente a la pequeña empresa. Sin embargo, no queda duda que la categoría de consumidor otorgada al “pequeño empresario” por este precedente, también alcanza al microempresario quien, por las dimensiones de su empresa, sufre en mayor grado que aquél de la asimetría informativa cuando se relaciona con sus proveedores. (pp. 153-154)

Finalmente, respecto a esta resolución, conviene señalar lo establecido en lo que concierne al filtro para considerar a un pequeño empresario como consumidor según la adquisición del bien o el servicio. Para ilustrar esta situación, el Tribunal elaboró los cuadros que aparecen a continuación.

CUADRO N° 1

CLASIFICACIÓN DE LOS PRODUCTOS INDUSTRIALES		
MATERIALES Y PARTES	ASPECTOS DE CAPITAL	SUMINISTROS Y SERVICIOS

CUADRO N° 2

APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LA ADQUISICIÓN DE MATERIALES Y PARTES	
CLASIFICACIÓN DE LOS MATERIALES Y PARTES	APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
MATERIA PRIMA	EXCLUIDA EN TODOS LOS CASOS
MATERIALES Y PARTES FABRICADOS	EXCLUIDA EN TODOS LOS CASOS

CUADRO N° 3

APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LA ADQUISICIÓN DE ASPECTOS DE CAPITAL			
CLASIFICACIÓN TIPO DE ADQUIRENTE		APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	
		PEQUEÑO EMPRESARIO	GRAN EMPRESA
<i>INSTALACIONES</i>	EDIFICIOS	EXCLUIDO	EXCLUIDA
	EQUIPO FIJO	EXCLUIDO	EXCLUIDA
<i>EQUIPO ACCESORIO</i>	EQUIPO PORTÁTIL	EXCLUIDO	EXCLUIDA
	EQUIPO DE OFICINA	PROTEGIDO	EXCLUIDA

CUADRO N° 4

APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LA ADQUISICIÓN DE SUMINISTROS Y SERVICIOS			
CLASIFICACIÓN TIPO DE ADQUIRENTE		APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	
		PEQUEÑO EMPRESARIO	GRAN EMPRESA
<i>SUMINISTROS</i>	SUMINISTROS DE OPERACIÓN	PROTEGIDO	EXCLUIDA
	SUMINISTROS DE REPARACIÓN Y MANTENIMIENTO	PROTEGIDO	EXCLUIDA
<i>SERVICIOS</i>	SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y REPARACIÓN	PROTEGIDO	EXCLUIDA
	SERVICIOS DE ASESORÍA	PROTEGIDO	EXCLUIDA

CUADRO N° 5

APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LA ADQUISICIÓN DE SERVICIOS EN GENERAL		
CLASIFICACIÓN TIPO DE ADQUIRENTE		APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
		PEQUEÑO EMPRESARIO GRAN EMPRESA
<i>SERVICIOS UTILIZADOS FRECUENTEMENTE DEBIDO A LAS NECESIDADES DEL NEGOCIO</i>		PROTEGIDO EXCLUIDA
<i>SERVICIOS NO UTILIZADOS FRECUENTEMENTE DEBIDO A LAS NECESIDADES DEL NEGOCIO</i>		PROTEGIDO PROTEGIDA

Fuente: Resolución 0422-2003/TDC-INDECOPI.

Elaborados por: Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi.

Es de esta manera cómo el Tribunal define en qué casos podría ser aceptado que un pequeño empresario, actuando dentro de su actividad empresarial, pueda ser considerado consumidor. A nuestro entender, este criterio resulta rígido y no dinámico, ya que las desigualdades podrían presentarse en distintas situaciones en que participe la pequeña empresa adquiriendo bienes o servicios. Volveremos sobre esto más adelante.

Este fue también uno de los puntos más criticados por la doctrina, pues generaba una mayor densidad en los filtros y un excesivo tecnicismo no visto en otros precedentes administrativos ni en jurisprudencia en la materia.¹⁴

Este precedente de observancia obligatoria dividió a la doctrina especializada. Muchos reputaron como una intervención innecesaria la nueva categoría de consumidor que se les otorgaba a los pequeños empresarios,¹⁵ mientras que otros la consideraron como un precedente importante que fomentaba la igualdad en el sector empresarial al momento de competir. Sin embargo, más allá de estas consideraciones, lo cierto es que este precedente se vio motivado por una tendencia global de ensanchar el criterio rígido de “consumidor final” y se focalizó en que la protección al consumidor era la herramienta necesaria para superar la asimetría informativa.¹⁶

¹⁴ Al respecto, Solís (2003) señala: “En primer lugar, el nuevo precedente hace gala de una densidad pocas veces vista en temas vinculados con la protección al consumidor. La regla no solo se preocupa por establecer qué nuevo grupo de individuos —transgrediendo el texto de la ley— puede ser protegido como consumidor, sino que además se afana por identificar cuándo un pequeño empresario puede calificar como consumidor. Así, la nueva regla prescribe que los pequeños empresarios no se encuentran protegidos por esta normativa cuando adquieran materia prima, materiales prefabricados, edificios, equipo fijo ni equipo portátil, pero sí cuando adquieran equipo de oficina, suministros de operación, suministros de reparación y mantenimiento, servicios de mantenimiento y reparación y servicios de asesoría. Ni siquiera es preciso determinar que se trata de categorías completamente arbitrarias y que muchas veces se superponen unas a otras. Asimismo, es una norma sumamente técnica, pues solo el pequeño grupo de abogados que se especializa en temas de protección al consumidor puede ser capaz de predecir cómo se va a aplicar esta regla”. (p. 56)

¹⁵ Sobre ello, Bullard (2003) señala: “Se ha considerado que en otro tipo de relaciones la capacidad de adquirir y procesar información es parte de las ventajas competitivas que las empresas deben desarrollar para ser eficientes y que, por tanto, la intervención del Estado en esos campos puede estar distorsionando la competencia, antes que promoviéndola”. (p. 446)

¹⁶ En relación con esto, Sosa (2015), citando a Durán Ayago, dice: “La situación de debilidad en las relaciones contractuales hay que buscarla siempre en el principio de libertad contractual. Una libertad que sólo será real si existe cierta igualdad entre las partes. Si esa igualdad es real, no será necesario que el Derecho intervenga, pero si es meramente formal, entonces el Derecho deberá intervenir para garantizar que no se cometan abusos por parte de la empresa más fuerte. Y es que, como apuntaba Rousseau, donde hay fuertes hay débiles, la libertad oprime y la ley libera. No obstante, el concepto de debilidad es pluriforme. La debilidad puede derivarse de la asimetría informativa (contratos de consumo), de la carencia de libertad contractual del adherente cuando estemos ante contratos con condiciones generales o contratos de adhesión,

Si bien este precedente ha mostrado defectos cuestionables, las posteriores normas, resoluciones y criterios no han motivado de mejor manera la finalidad de dejar obsoleto lo establecido por este precedente. Si lo que se quiso es mejorar el sistema de protección al consumidor, pensamos que ello no se logró: solo se limitó el concepto de consumidor de manera injustificada generando un tratamiento insuficiente no aplicable a la necesidad real de las pequeñas empresas, la misma que es reconocida por parte del Estado.

6.2.3. Decreto Legislativo 1045

Mediante la Ley 29157, Ley que delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de América, con la finalidad de generar un marco normativo acorde con las necesidades actuales de tutela de los consumidores ante un crecimiento del mercado, el Estado se encontraba en la imperante necesidad de complementar el Decreto Legislativo 716 (norma en la materia vigente en aquella época), dotándolo de los criterios que durante más de una década se habían recogido de las propias experiencias

o del desequilibrio económico que exista entre los contratantes que, qué duda cabe, puede derivar en un desequilibrio jurídico.

[...]

Partiendo de este triple escenario, las pequeñas empresas, vitales para la economía, tanto española como europea, pero que sufren en muchos casos los riesgos de un comercio globalizado, son los actores principales de este trabajo, aunque en el escenario global no desempeñen más que un papel secundario. Con ellas como referencia hemos querido poner de manifiesto las carencias que se detectan en el actual régimen contractual internacional. Primero, porque se les despoja de la condición de consumidores cuando consumen para su actividad profesional, aunque no sea en el ejercicio de su actividad profesional. Así los textos comunitarios crean una esquizofrenia jurídica por diferenciar quiénes pueden ser considerados consumidores en contratos de consumo, cuando lo realmente interesante sería proteger a todas las personas que celebren un contrato de consumo". (p. 191)

del mercado y de las resoluciones emitidas por la autoridad administrativa competente.¹⁷

Sobre ello, debemos precisar que esta modificación a la Ley de Protección al Consumidor vigente en aquellos años recoge la categoría de consumidor final como un consumidor doméstico que celebra actos de consumo con la finalidad de satisfacer sus necesidades inmediatas personales o de su entorno social. Intentando recapitular la idea —que estaba evolucionando— del ensanchamiento del concepto de consumidor, rompe con lo logrado hasta ese momento y circunscribe la protección del consumidor solo al microempresario, excluyendo de manera literal (cuando se refiere “excepcionalmente”) al pequeño empresario; sin motivar —en nuestra consideración— de manera sólida este cambio de criterio.

Esta modificación generó muchas críticas de la doctrina, tanto de los que se encontraban a favor de la protección de los pequeños formatos empresariales en su conjunto (mypes) y de los que se encontraban en contra de la protección a cualquier persona que realice actividad empresarial. Respecto de los primeros, Espinoza (2012) señala:

Se incorporó (a nivel legislativo) el criterio que se sentó en el precedente de observancia obligatoria (Resolución 0422-2003/TDC-INDECOPI, del 03.10.03) respecto al microempresario en situación de asimetría informativa. Sin embargo, se cometen dos errores: la

¹⁷ En ese marco, el Decreto Legislativo 1045 modificó el concepto de consumidor estableciendo lo siguiente: “a) Consumidores o usuarios.- Las personas naturales que, en la adquisición, uso o disfrute de un bien o contratación de un servicio, actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y, *excepcionalmente, a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio. La presente Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias*”. (Énfasis agregado)

(inexplicable) omisión de las personas jurídicas dentro la categoría de consumidor y *la calificación de excepcional de la tutela del microempresario: con ello, el legislador le puso a los operadores jurídicos una “camisa de fuerza”, por cuanto, en atención al art. IV de T.P. del c.c., no cabría aplicar la analogía con algún supuesto similar.* (p. 31) (Énfasis agregado)

Desde el otro lado de la doctrina, Rodríguez (2011), respecto al cambio del concepto plasmado en esta norma, afirma:

Como puede verse, la nueva normativa falla desde todo punto de vista. Si la idea era ampliar la base de protección, fracasa en su cometido porque restringe la aplicación de la normativa. *Si la idea era recoger el desarrollo del precedente Moquillaza, fracasa porque vacía de contenido la criticable protección especial de dicho criterio.* Si la idea es que se tutele a todos los sujetos en situación de asimetría informativa, fracasa porque bajo esta nueva norma se excluyó a la media y gran empresa de toda posibilidad de tutela, incluso, en los casos de servicios no tradicionales. Esta normativa, en lo que se refiere a la definición del consumidor tutelado, es lisa y llanamente un desastre absoluto. (p. 319) (Énfasis agregado)

Por otra parte, con la finalidad de remitirnos a las fuentes que motivaron este cambio en la Ley de Protección al Consumidor, hemos podido advertir que la exposición de motivos de este decreto legislativo no fundamenta la razón por la cual las pequeñas empresas se encuentran en una posición ideal para superar la asimetría informativa, dándole una categoría excepcional a la microempresa dentro de la categoría de consumidor final y excluyendo a la pequeña, hecho que no encuentra una correspondencia ni constitucional ni converge con otro desarrollo normativo (laboral, tributario, etc). Tampoco encontramos indicadores estadísticos ni desarrollos técnicos que sustenten la decisión de agrupar a este

formato empresarial con las medianas y grandes empresas generándose una ruptura con el rol de promoción y protección que les otorga el Estado.¹⁸

Finalmente, respecto a la modificación realizada por esta norma al concepto de consumidor, consideramos que hay cambios que son rescatables y forman parte de una evolución que lleva a romper la vinculación terca que existió entre

¹⁸ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1045: “Atendiendo a la finalidad del marco regulatorio de protección al consumidor —que es el de reducir la asimetría informativa que caracteriza las relaciones de consumo— el precedente dejó abierta la posibilidad de que las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría de pequeños empresarios puedan ser considerados como ‘consumidores finales’. Ello, en casos específicos en los cuales sea evidente la situación de asimetría informativa en la que se encontraban frente al proveedor, y siempre que demuestren que no era previsible que contarán con un nivel de especialización y conocimiento para su adquisición equiparable al de los proveedores.

Dados los cuestionamientos y problemas que generó el que la anterior Ley de Protección al Consumidor no definiera de manera expresa qué debía entenderse por ‘destinatario final’, así como ante la necesidad de recoger la problemática que nuestra realidad socioeconómica plantea en el ámbito de la contratación de bienes y servicios, el Proyecto pretende definir con precisión la noción de consumidor sobre la base del concepto de ‘asimetría informativa’. De esta manera busca brindar una adecuada protección a quienes contratan bienes y servicios afectados por la situación de desigualdad informativa.

Las empresas (pequeñas, medianas y grandes) pueden sostener que éstas también se encuentran en una situación de asimetría informativa ante el proveedor que les ha proporcionado un bien o servicio, dado que este último es quien conoce las características y limitaciones del producto que coloca en el mercado. En ese sentido, podría alegarse que, al hacer referencia a las situaciones de asimetría informativa, no existe una justificación para distinguir entre microempresarios y pequeños, medianos y grandes empresarios, debiéndose entender, bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, a todos los tipos de empresa señalados. Ello, en la medida que puedan acreditar que no tienen el nivel de conocimiento necesario para hacer frente a la información que, sobre el producto (bien o servicio), le proporcionan sus proveedores respecto de su uso, bondades y limitaciones.

No obstante, por su tamaño, capacidad económica, organización y estructura interna, se debe presumir que dichas empresas están en la posibilidad de generar, desde su interior, mecanismos para superar la situación de asimetría informativa en la que se puedan encontrar frente a sus proveedores. Ello, ya sea porque cuentan con personal especializado o con los recursos necesarios que les permiten obtener la información o asesoría necesaria. Esta situación es más evidente en el caso de las grandes empresas; pero también suele estar presente en el caso de pequeñas y medianas empresas.

En ese sentido se justifica este tratamiento diferenciado entre empresas, por el cual empresas pertenecientes a la categoría de microempresarios podrán gozar de la protección que brindan las normas de protección al consumidor. Ello, siempre y cuando acrediten que no era previsible que contarán con un nivel de especialización y conocimiento necesario para hacer frente a la información que, sobre el bien o servicio, les proporcionan sus proveedores, pues solamente en esos casos sería necesario nivelar su situación de asimetría informativa. Ello se hará evidente únicamente en la adquisición de bienes o servicios que no guarden relación con el giro propio de su negocio”.

consumidor y “destinatario final”. Si bien la categorización “consumidor destinatario final” sirve para señalar a la persona natural o jurídica como un posible consumidor doméstico, decir “los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa” expone la responsabilidad del legislador de entender que el sistema de protección al consumidor debe su razón de ser a contrarrestar esta falla de mercado y no a defender una categoría que, si bien tiene una trascendente relevancia desde el plano teórico, no aporta el dinamismo necesario que requiere la materia en la actualidad.

6.2.4. Código de Protección y Defensa del Consumidor

Posteriormente a la publicación del Decreto Legislativo 1045, se emitió el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor, que generó un cambio literal en la disposición respecto a la noción de consumidor correspondiente a los pequeños formatos empresariales.¹⁹

De la mencionada norma se advierte que, a diferencia del Decreto Legislativo 1045, en este caso se eliminó la palabra “excepcionalmente” para la aplicación de las normas a favor de los microempresarios, lo que pudo generar confusiones

¹⁹ Para los efectos del presente Código, se entiende por:

“1. Consumidores o usuarios

1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

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

1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta”. (Énfasis agregado)

en su momento; sin embargo, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi consideró la aplicación exclusiva a este formato empresarial en atención a una interpretación literal e histórica (concordante con el Decreto Legislativo 1045); es decir, para los órganos resolutivos de esta entidad administrativa, el Código excluye a las pequeñas empresas como consumidores en el desarrollo de su actividad empresarial.

Otras posiciones presentan interpretaciones más extensivas que defienden la suficiencia de la norma para la protección a las pequeñas empresas en el marco administrativo. Es el caso de la del actual vicepresidente de la Sala Especializada en Protección al Consumidor y jurista Juan Espinoza (2012)²⁰, quien señala:

Si existe un conflicto entre la “voluntad del legislador” y una interpretación teleológica (o finalista) objetiva de la ley, debe primar ésta: lo que se quiere tutelar es a los agentes económicos que estén en situación de asimetría informativa. Nótese que el precedente administrativo vinculante (Resolución N° 0422-2003/TDC-INDECOPI, del 03.10.03) se refería a los “pequeños empresarios” (*a fortiori* estaban incluidos los microempresarios) afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo. (p. 44)

²⁰ Lo desarrollado por el autor fue recogido años después en su voto en discordia emitido para la Resolución 2776-2017/SPC-INDECOPI, en donde precisó lo siguiente: “Dicho lo anterior, centrándonos en lo que refiere a lo dispuesto por el numeral 1.2 del artículo IV del Código, si bien dentro de la gama de empresarios, únicamente se menciona a los microempresarios como sujetos que podrían calificar como “consumidores”, considero que en virtud de lo establecido por los artículos 59° y 65° de la Constitución, se debe recurrir a un criterio de interpretación teleológica (finalista), entendiendo que *la tutela alcanza también a las pequeñas empresas, ya que estas, al igual que las microempresas, son agentes económicos que sufren de asimetría informativa y, por tanto necesitan de especial protección, tal como se indicó precedentemente.* [...]”

En este orden de ideas, a mi juicio, *no resulta válido ceñirse a una interpretación literal restrictiva del numeral 1.2 del artículo IV del Código, pues el Código no ha descartado la calidad de consumidor del pequeño empresario, es decir, no ha confirmado ni negado expresamente la referida condición*, de allí que resulta válido recurrir a un criterio de interpretación teleológica, en base a la protección especial que la Constitución otorga a la pequeña empresa y la tutela especial para los consumidores reflejada en los Principios Pro Consumidor y de Corrección de la Asimetría, ambos recogidos en el Código”. (Énfasis agregado)

El autor defiende la postura de que es posible aplicar el rol tuitivo de la norma de protección al consumidor a las pequeñas empresas, en tanto ello guardaría correspondencia con los antecedentes históricos jurisprudenciales y con la finalidad de la norma vinculada al sistema normativo constitucional, laboral y tributario, entre otros, donde se busca igualar las condiciones de competencia entre las mypes y las grandes empresas.

Al respecto, corresponde precisar que aun cuando concordamos con la postura interpretativa de la Sala Especializada en Protección al Consumidor, mantenemos nuestra crítica a la norma que excluye sin justificación alguna a los pequeños empresarios. Así mismo, es necesario también señalar que, de la revisión de la exposición de motivos de esta norma, no encontramos justificación sustentada que explique el porqué de la exclusión reiterada de estos formatos empresariales, por lo que se presume que se siguió la directriz marcada por el Decreto Legislativo 1045.²¹

6.3. El actual tratamiento en las resoluciones del Indecopi

²¹ Exposición de Motivos del Código: Respecto a ello y de la revisión de la exposición de motivos de dicha norma se precisó que: “Al respecto, debe precisarse que dicha situación únicamente se producirá en la adquisición de productos o servicios que no guarden relación con el giro propio de su negocio. En otros supuestos, es decir, cuando el producto o servicio haya sido adquirido para el cumplimiento de su giro de negocio, el microempresario no será sujeto tutelado por las normas de protección al consumidor.

[...]

En ese orden de ideas, cabe señalar que se ha visto conveniente dentro del ámbito de protección de la norma únicamente a las microempresas formales. Ello, toda vez que, si se optara por proteger también a aquellos que actúan en el mercado dentro del marco de la informalidad, no existirían incentivos para que los mismos adecúen su actuación a fin de cumplir con los requisitos exigidos por las normas correspondientes.

Finalmente, el texto de la Comisión Revisora propone que en caso de duda sobre el destino final de determinado bien o servicio se califique como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta. Es decir, además de ser considerado consumidor el que adquiere un determinado bien o servicio —por ejemplo, el que compra un teléfono a fin de obsequiarlo o quien contrata un seguro de salud a favor de tercero— también será consumidor el beneficiario— el que usa o disfruta de dichos bienes y servicios”.

En este acápite analizaremos las resoluciones que han marcado la directriz interpretativa de la noción de consumidor en los órganos resolutivos del Indecopi en torno a los últimos cambios normativos que excluyeron a la pequeña empresa. Si bien algunas de estas resoluciones están relacionadas con infracciones denunciadas por microempresas, haciendo un análisis comparativo, analizaremos el actual tratamiento que el Indecopi da a los pequeños formatos empresariales y, con ello, a las pequeñas empresas.

6.3.1. El particular caso de las asociaciones

En el caso de la Resolución 1605-2011/SC2-INDECOPI, Fondo de Crédito para el Desarrollo Agroforestal (en adelante, la Asociación Foncreagro) denunció a Alabama S.A. (en adelante, Alabama) porque le habría vendido cobertores de plástico para invernaderos defectuosos. Sin embargo, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur declaró improcedente la denuncia, pues consideró que la asociación no poseía la condición de consumidor para que dicho órgano resolutivo sea competente para dilucidar esta controversia.

Ante la decisión de primera instancia, la Asociación Foncreagro apeló la resolución señalando que sí calificaba como consumidora en atención a la aplicación del artículo 3 de la Ley de Protección al Consumidor (aplicable al momento de cometida la presunta infracción) y al precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución 0422-2003/TDC-INDECOPI. Por ello, la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 revocó la resolución venida en grado y

la declaró procedente, pues para esta Sala la asociación sí calificaba como consumidora.

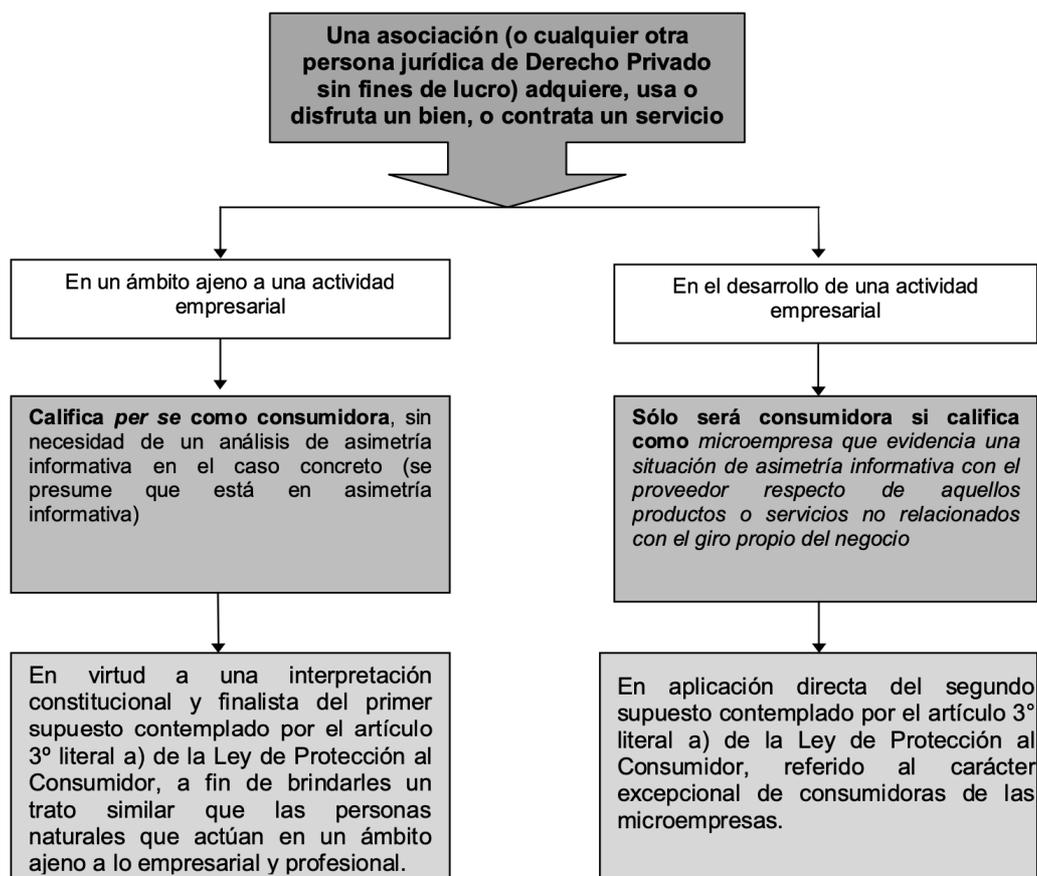
Entre los criterios recogidos por dicha resolución, se estableció que en aquella norma preexistía el concepto que podría ser aplicado en el caso de las asociaciones. La resolución también motivó la protección a las asociaciones sobre la base de la finalidad no lucrativa de estas, generando una suerte de excepcionalidad a la falta de fines de lucro, y no advirtió si una asociación contaba o no con los recursos técnicos para contrarrestar la asimetría informativa. Esto produjo una contradicción, porque en esa misma resolución se señaló que “la finalidad de corregir las asimetrías informativas existentes [...] subyace a la noción recogida por la Ley de Protección al Consumidor”.

Por otro lado, la Resolución 1605-2011/SC2 citó a la Sentencia del Tribunal Constitucional 0606-2004-AA/TC, que indicaba:

En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir, la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, *una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales*. Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o las circunstancias en las que un sujeto se encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual. (Énfasis agregado)

En ese sentido, aplicando el mandato constitucional de equiparar la situación desigual que podrían vivir las asociaciones establecieron que estas podían ser consideradas como consumidores en tanto la modificación propuesta por el

Decreto Legislativo 1045 no había hecho referencia a ellas, de modo que dicha resolución planteó supuestos en los que se podía o no considerar como consumidora a la asociación, teniendo en cuenta que esta podría desarrollar — a pesar de su finalidad no lucrativa— actividades empresariales que aportaran a su crecimiento y sostenibilidad (ver gráfico 2).



Fuente: Resolución 1605-2011/SC2

Elaborado por: Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Indecopi.

En ese sentido, cuando se realizó esta investigación surgió la duda de si, al desarrollar una actividad empresarial, a las asociaciones tenían que aplicárseles los criterios establecidos en el caso de las microempresas; es decir: (i) encontrarse en una situación de asimetría informativa; y, (ii) que la actividad

empresarial (en el caso de la asociación) no esté relacionada con el giro del negocio.

Respecto a ello, y para darle mayor claridad a esta idea planteada por la resolución analizada en los párrafos anteriores, la Resolución 1818-2011/SC2-INDECOPI, desarrollando este criterio, propuso lo siguiente:

En este sentido, acudiendo a la integración normativa, cabe salvar el vacío legal aplicando la analogía en su versión del argumento *a fortiori* conforme al cual: Si “A” puede hacer “x”, y “B” tiene mayor razón que “A” para hacer “X”, entonces, “B” puede hacer “X”.

En este sentido, cabe señalar que si el espíritu del Texto Único Ordenado de la Ley fue amparar a las personas jurídicas constituidas por los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de los productos o servicios no relacionados al giro de su negocio (en donde los microempresarios serían “A”), considerándolos “consumidores” (en donde ser amparados por el sistema de protección al consumidor sería “X”), cabe deducir entonces que el legislador habría amparado, con mayor razón, a las personas jurídicas constituidas por asociaciones sin fines de lucro (en donde las asociaciones sin fines de lucro serían “B”).

En esa línea, la duda que se generó a partir de esta resolución fue: ¿bajo qué fundamentos se consideró que las asociaciones tienen mayor razón para ser consumidoras que las microempresas y, por consiguiente, que las pequeñas empresas?

En esta investigación consideramos que no se fundamentó esta diferenciación, en tanto solo se considera que, por no tener fin lucrativo, son afectadas por la asimetría informativa, lo cual no negamos que pueda ser cierto. Sin embargo, ello no puede responder solo a un fin lucrativo, sino más bien a un tamaño y cantidad de recursos para poder mitigar las fallas del mercado, pues existen

asociaciones con muchos más recursos técnicos, logísticos y humanos que aquellos con los que cuenta una pequeña empresa, más aún cuando hoy en día no existe límite mínimo ni máximo de trabajadores contratados para que las mypes tengan tal condición.²²

Visto desde otra perspectiva: solo porque es “no lucrativa” se presume que una asociación no tiene condiciones para superar la asimetría informativa. Por ello, se las equipara —sin importar su tamaño— con las microempresas. Este hecho manifiesta una situación de disparidad con relación a las pequeñas empresas que pueden no tener los mismos recursos que una asociación pero son excluidas de un sistema de protección que necesitan.

6.3.2. Criterio de exclusión de las pequeñas empresas

En la Resolución 2117-2011/SC2-INDECOPI se precisa que Global Solutions Perú E.I.R.L. (Global Solutions) denunció a Compañía Administradora de Negocios Inmobiliarios y Afines Chan & Mar S.A.C. (Chan & Mar) señalando que su vehículo fue sustraído del estacionamiento de la denunciada y posteriormente recuperado, pero sin el total de los componentes, lo que había provocado una pérdida total de S/ 4417,11; sin embargo, el Órgano Resolutivo de

²² Sobre esto, Espinoza (2012) señala: “La ‘excepcionalidad’ establecida por la reforma introducida por el D. Leg. N° 1045, que hace mención expresa a la ‘microempresa’: si en el caso de las asociaciones que realizan actividad empresarial se determina su particular situación de asimetría informativa para ver si califican (o no) como consumidores (Resolución N° 1605-2011/SC2-INDECOPI, del 27.06.11), ¿por qué no se hace lo mismo con la pequeña empresa? Haciendo esta interpretación histórica (los enunciados legislativos tienen que ser entendidos de la manera en la que se hacía con anterioridad), en atención al principio pro consumidor y a una interpretación constitucional (art. 3 y 65 Const.) no se puede admitir este retroceso en lo que a tutela del consumidor se refiere. En absoluto se trata de una interpretación *contra legem*”. (p. 44)

Procedimientos Sumarísimos N° 3 (ORPS) declaró improcedente la denuncia, porque Global Solutions no había acreditado su condición de consumidora. Así mismo, dicha resolución fue confirmada por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur mediante Resolución 1104-2011/CPC, en la que se indica que la denunciada no tenía condición de microempresa.

En vista de ello, Global Solutions presentó un recurso de revisión ante la Sala de Defensa de la Competencia N° 2, señalando que los órganos resolutivos habían interpretado erróneamente la normativa de protección al consumidor (la Ley de Protección al Consumidor, vigente en ese momento), en tanto esta no excluía de manera literal a las grandes empresas, por lo que debía entenderse que podían ser protegidas por el contenido normativo aplicable en la materia. No obstante, la Sala declaró infundado el recurso de revisión señalando que las grandes empresas no se encontraban tuteladas por la citada norma.

A nuestro criterio, lo más importante en la redacción de esta resolución fue lo siguiente:

Es importante resaltar que la voluntad del legislador es clara en el sentido que, de toda la gama de empresarios, sólo los microempresarios podrán acceder de manera excepcional al sistema de protección al consumidor (siempre que cumplan los requisitos mencionados en el párrafo anterior). Por ello, al no existir ambigüedad ni vacío legislativo alguno sobre el particular, no puede interpretarse —recurriendo, por ejemplo, a una interpretación finalista, o a favor del consumidor ex artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor— que las grandes o medianas empresas también pueden ser calificadas como consumidores. Una interpretación que arribe a tal resultado sería abiertamente contraria a ley.

En ese sentido, a esta Resolución le fue aplicable lo sostenido en el Decreto Legislativo 1045, que sí hacía referencia al criterio de “excepcionalidad” literal de la microempresa en torno a un sistema destinado a proteger al consumidor final. Aun así, en lo señalado en este acto administrativo encontramos como precedentes importantes a tomar en cuenta:

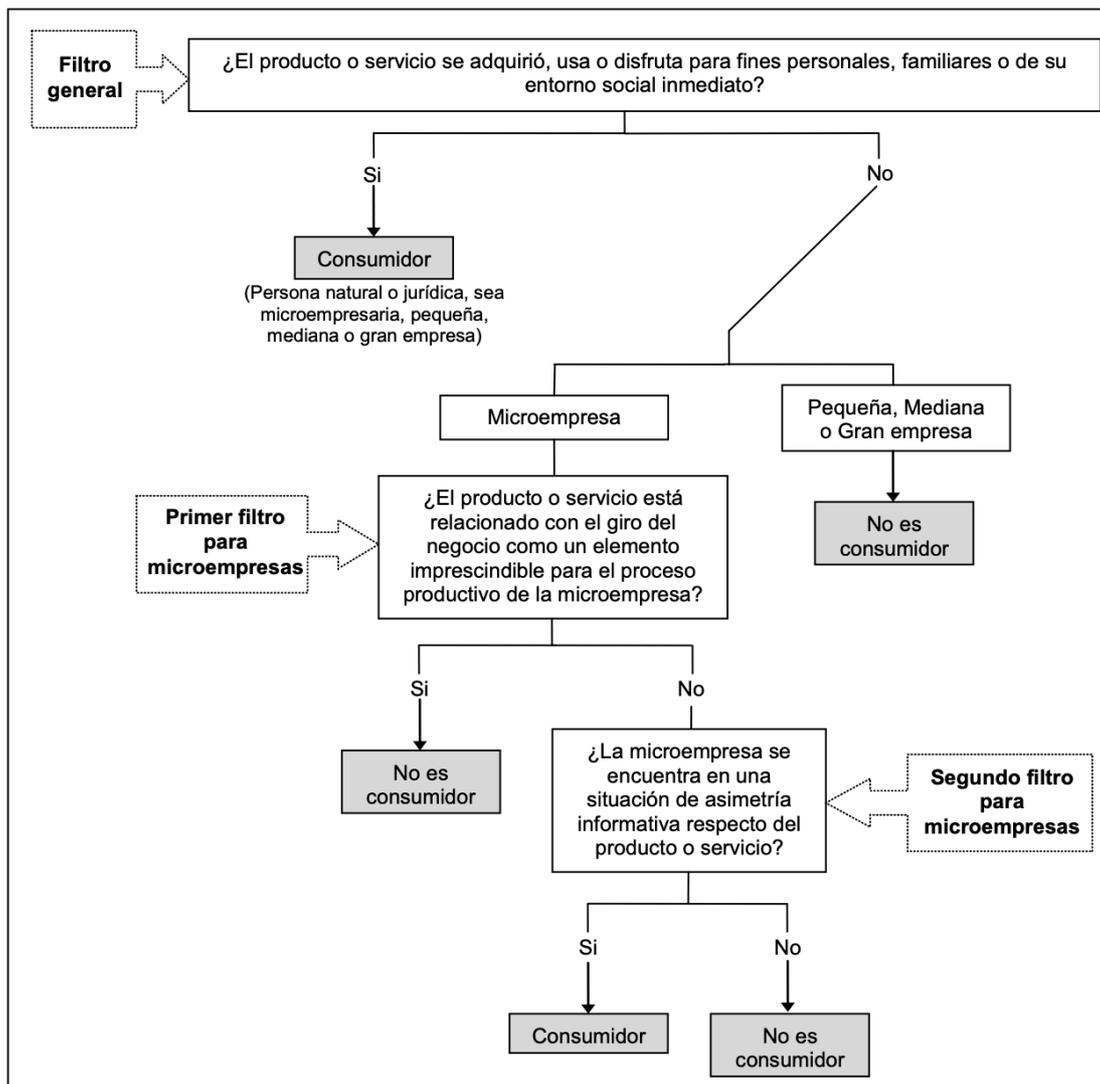
- (i) cómo se plasmó la presunción de que las grandes empresas, si bien podrían encontrarse en situación de asimetría informativa en tanto no pueden contar con la información y especialidad de sus proveedores, se considera *iure et de iure* que cuentan con los recursos suficientes para mitigar esta falla de mercado; y,
- (ii) en ningún momento de la resolución —que interpreta la concepción de consumidor— se hace referencia a las pequeñas empresas y cómo estas logran superar de manera orgánica la asimetría informativa, lo que para nosotros es un reconocimiento tácito de que estas no pueden generar desde su interior los mecanismos necesarios para superar la asimetría informativa que motiva la existencia del sistema de la protección al consumidor.²³

6.3.3. Resolución 386-2011/CPC-INDECOPI

²³ Por el contrario, si bien las grandes empresas pueden sostener que también se encuentran en una situación de asimetría informativa ante el proveedor que les ha proporcionado un producto o servicio, dado que este último es quien conoce las características y limitaciones del producto o servicio que coloca al mercado; por su tamaño, capacidad económica, organización y estructura interna, la ley presume *iure et de iure* que dichas empresas están en la posibilidad de generar, desde su interior, mecanismos para superar la situación de asimetría informativa en la que se puedan encontrar frente a sus proveedores.

Mediante la Resolución 386-2011/CPC, se estableció el actual esquema utilizado para calificar de consumidoras a las microempresas. En dicho caso, Rejas, Alva y Asociados S.C.R.L. (en adelante, Rejas, Alva y Asociados) denunció a Empresa Editora El Comercio S.A. (en adelante, El Comercio) porque esta última habría incumplido con entregar el producto “Paquete El Comercio Fin de Semana Anual” correspondiente a los días 2, 3, 9 y 10 de octubre de 2010. La Comisión emitió la Resolución 386-2011/CPC, que declaraba improcedente la denuncia de Rejas, Alva & Asociados, pues se acreditó que esta no poseía la condición de microempresario por el número de trabajadores contratados en los años 2009 y 2010.

Lo relevante de esta resolución es que se determina un esquema con filtros para la calificación de las microempresas como consumidores, estableciéndose lo siguiente (gráfico 3):



Fuente: Resolución 386-2011/CPC-INDECOPI

Elaborado por: Comisión de Protección al Consumidor – Sede Central del Indecopi.

El gráfico anterior muestra el siguiente flujo de filtros para que una microempresa sea considerada como consumidora:

- (i) El primero se encuentra relacionado con su condición de microempresa en concordancia con lo establecido por las leyes aplicables al momento de su constitución. En el caso de la resolución en análisis se encontraba vigente el Decreto Supremo N° 007-2008-

TR, 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, que establecía que el total de ventas anuales no podía superar las 150 UIT y no podía contar con un personal mayor de 10 trabajadores;

- (ii) El segundo filtro se refiere a que el producto o servicio adquirido por la microempresa (habiéndose superado el primer filtro) no fue comprado para ser insertado en el proceso de producción de manera directa o indirecta, es decir, no formaba parte del giro del negocio.²⁴
- (iii) Finalmente, el tercer filtro —y el que más dudas genera— indica que si el consumidor cumple con los requisitos establecidos por ley para ser considerada microempresa y adquirió el bien o servicio fuera del giro de negocio, debe encontrarse en situación de asimetría informativa frente al proveedor con el que realizó el acto de consumo.

Desde nuestro punto de vista, el primer filtro no genera ninguna discrepancia (más allá de una injustificada exclusión de la pequeña empresa); sin embargo, vemos una inconsistencia entre el segundo filtro y el tercero, que parecen contradecirse, en tanto se establecía una presunción absoluta (segundo filtro) que se relativiza con la condición de presentarse en situación de asimetría informativa (tercer filtro). Es decir, no basta con que el bien se adquiriera fuera del

²⁴ La Comisión entiende por “giro propio del negocio” aquellas actividades esenciales del proceso productivo, es decir, aquellas actividades imprescindibles sin las cuales el negocio no puede desarrollarse. De esta manera, las actividades que no forman parte del proceso productivo y respecto de las cuales cabe, en principio, la tutela administrativa de la Comisión, son aquellas de apoyo al proceso productivo.

giro de negocio de la empresa, sino que, además, debe esperarse encontrar a la microempresa en situación de asimetría informativa. Dicho de otro modo: se le estaría dando al proveedor la oportunidad de demostrar que existe habitualidad en la microempresa en la adquisición del bien o el servicio contratado.

A nuestro entender, como ya hemos dicho, ello genera una situación de desigualdad en comparación con los consumidores domésticos y, además, un exceso de filtros, pues creemos que así se desmerece el objetivo de haber ensanchado la noción de consumidor final. Bastaría entonces con entender que los pequeños formatos empresariales se encuentran en situación de asimetría informativa y que posteriormente se fijen los filtros de calificación como microempresario establecidos por la ley (o pequeña empresa dentro de la postura de esta investigación), y que la adquisición se encuentre fuera del giro del negocio. Si la finalidad es contrarrestar la asimetría informativa y no la defensa de una categorización, debería considerarse la contratación fuera del “giro de negocio” una presunción *iure et de iure* y evitar relativizaciones que generen un trato desigual.

6.3.4. Giro de negocio: Resolución 2188-2011/SC2-INDECOPI

Realizando un análisis del giro de negocio, en el caso de la Resolución 2188-2011/SC2, Representaciones y Servicios A & M E.I.R.L. (en adelante, Representaciones y Servicios) denunció a Yell Perú S.A.C.1 (en adelante, Yell Perú) porque se habían presentado irregularidades en la celebración y ejecución de un contrato de publicidad, razón por la cual la Comisión de Protección al

Consumidor —entre otras cosas— declaró fundada la denuncia exhortando al personal de Yell —como medida correctiva— a que cumpliera con el llenado de los contratos en un solo tiempo y de forma completa, y la sancionó con 6 UIT.

Yell Perú apeló la resolución de primera instancia precisando que la denuncia debió ser declarada improcedente, en vista de que la denunciada contrató un servicio inherente al giro del negocio. Sin embargo, la Sala de Defensa de la Competencia N° 2, considerando que la denunciante contrató encontrándose en una situación de asimetría informativa, confirmó la resolución venida en grado en el extremo que declaró fundada la denuncia contra la empresa proveedora.

Al respecto, hay que decir que el órgano resolutivo del Indecopi generó un cambio trascendental respecto a lo que consideraban “servicios transversales” al señalar lo siguiente:

Sin embargo, de acuerdo con la presente resolución, no puede considerarse que los servicios transversales estén relacionados con el giro propio del negocio del microempresario y *per se* determinen que aquel no padezca de asimetría informativa. Por el contrario, debe entenderse que tales servicios transversales no se encuentran relacionados con el giro del negocio y, en consecuencia, proceder a un análisis de la asimetría informativa que se sujetará a los parámetros previamente expuestos. Ello en virtud de una interpretación finalista y *pro consumidor* de los filtros diseñados por la Ley de Protección al Consumidor para calificar a un microempresario como consumidor (interpretación que no fue tomada en cuenta por el criterio anterior) conforme a la motivación desarrollada precedentemente por este Colegiado.

Como podemos observar, la Sala precisa que existen servicios —denominados transversales— que no pueden considerarse dentro del giro del negocio bajo la idea de que estos se extienden a la gran mayoría de actividades empresariales,

por lo que podría presumirse que las microempresas no cuentan con los mecanismos para mitigar la asimetría informativa derivada de estas contrataciones. Asimismo, debemos precisar que las pequeñas empresas tampoco contarían con los mecanismos y el recurso humano suficientes para contrarrestar la falla de mercado derivada de la contratación de este tipo de servicios, sin embargo ello no ha sido advertido por el sistema de protección al consumidor.

Así mismo, lo que señala esta resolución de manera expresa es que la no relación en la contratación de productos y servicios con el giro del negocio es una presunción *iuris tantum*,²⁵ en la medida en que se le da al proveedor la oportunidad de “acreditar lo contrario”, lo que nos hace cuestionar lo siguiente: si el sistema de protección al consumidor da a un proveedor la posibilidad de demostrar la habitualidad y recursos técnicos de una microempresa para mitigar la asimetría informativa, ¿por qué no se ha dado la posibilidad a pequeños empresarios de demostrar que se encuentran en situación de asimetría informativa respecto a los servicios transversales o cualquier otro tipo de producto o servicio contratado si son sujetos de protección por parte del Estado? Este es un ejemplo de que a la fecha no advertimos un trato en beneficio de estas unidades empresariales y sí en torno a otros sujetos (proveedores) que participan en una relación de consumo.

²⁵ Resolución 2188-2011/SC2-INDECOPI: “Ahora bien, este Colegiado considera que el referido análisis debe sujetarse a los siguientes parámetros: se presumirá *iuris tantum* que, respecto de los productos y servicios no relacionados con el giro propio del negocio del microempresario denunciante, este se encuentra en asimetría informativa frente al correspondiente proveedor; sin perjuicio de que dicho proveedor pueda acreditar lo contrario”.

Cabe precisar que, a nuestro entender, esta aplicación de la norma resulta contraria al principio pro consumidor y al principio de corrección de la asimetría que se materializa en un trato desigual a los pequeños formatos empresariales protegidos por la norma²⁶.

Por otro lado, el tema del filtro correspondiente al “giro de negocio” se vio complementado con lo desarrollado en la Resolución 0647-2014/SPC-INDECOPI, en la que se precisó lo siguiente:

- (i) Por productos o servicios que forman parte del giro propio del negocio, debe entenderse a aquellos (aparte de los productos y servicios ofrecidos por el propio microempresario en el mercado) inherentes a la actividad económica desarrollada por el microempresario, esto es, absolutamente imprescindibles para que ella se desenvuelva, como: (i) la materia prima y/o materiales fabricados que sirven de insumos para fabricar determinados productos; o, (ii) las maquinarias o instrumental necesario para prestar determinados servicios; y,
- (ii) constituyen “productos o servicios que *no forman parte del giro propio del negocio*” aquellos que, pese a ser complementarios y facilitar la actividad económica del microempresario, no son imprescindibles para el desarrollo de esta. Es el caso de los servicios transversales a todo esquema productivo o de comercialización, como por ejemplo los servicios de publicidad, transporte de mercaderías o determinados servicios financieros.

²⁶ De acuerdo a lo establecido por el Código de Protección y Defensa del Consumidor en el numeral 2 del artículo V del Título Preliminar, se define el principio pro consumidor de la siguiente manera: “En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor”. Así mismo, se define el principio de corrección de la asimetría informativa de la siguiente manera: “Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado”.

Discrepamos de lo señalado en esta resolución respecto a las posibles contingencias que se podrían generar por la adquisición de los productos o servicios que se consideran esenciales para el giro del negocio, pues haciendo una interpretación finalista de la norma existen supuestos en los que el consumo de estos se da en situación de asimetría informativa, ya que un problema sería - a modo de ejemplo- la falla inherente y perceptible por el consumidor en una maquinaria esencial para el negocio, y otro problema, muy diferente, sería uno relacionado con el servicio de mantenimiento prestado por un tercero de la misma maquinaria, ya que el nivel de tecnicismo es diferente en cada caso. De ahí que deba analizarse detalladamente si tanto las microempresas como las pequeñas empresas cuentan o no con los recursos necesarios para superar estas situaciones (ejemplos: mantenimiento de maquinarias, reparaciones y servicios de garantía de estas), por lo que no se trataría solo de asumir que si la adquisición está vinculada al giro del negocio entonces no existiría asimetría informativa, sino analizar caso por caso en qué medida la relación con el giro del negocio es suficiente para superarla.

Por otra parte, la Resolución 1540-2019/SPC-INDECOPI alude al caso de un señor que se dedica a prestar el servicio de taxi y se refiere a un problema en el servicio de mantenimiento del automóvil. Sin embargo, la Sala Especializada en Protección al Consumidor precisó que este no se encontraba en el supuesto del numeral 1.2 del artículo IV del Código, porque consideró que el servicio respecto del cual el señor presentó su denuncia era prescindible para el desarrollo del giro de su negocio. Sin embargo, ello generó el voto en discordia del vicepresidente de dicho órgano resolutorio, Juan Espinoza Espinoza, quien precisó que:

La apreciación del estatus del consumidor se debería efectuar de manera funcional y dinámica, como lo es exactamente el mercado de consumo, ello implica ver cada caso en particular y entender que el estatus de consumidor va más allá de una acreditación documental, debiéndose indagar por la verdad material.

No se advierte que la actividad del señor Becerra (taxi) se asimile al mantenimiento y reparación de vehículos, por lo que se asume que el denunciante no contaba con conocimientos especializados en el rubro vehicular, equivalentes a los del denunciado. En tanto que subsiste la asimetría informativa entre la parte denunciante y del denunciado respecto a la relación de consumo, corresponde calificar como consumidor al señor Becerra.

Respecto a lo citado, concordamos con el voto en discordia.²⁷ Así como en párrafos anteriores señalamos que no encontramos una correspondencia con el fin del sistema de protección al consumidor si no analizamos de manera particular y bajo el principio pro consumidor la real vinculación de la contingencia derivada de la adquisición del producto o servicio con el giro de negocio, no siempre es posible presumir que las contingencias que se deriven de la adquisición de estos no pueda ser susceptible de fallas del mercado. Por ello, la idea de que un acto de consumo se encuentre dentro o fuera del giro de negocio debe analizarse en cada caso de manera minuciosa, ya que un mismo bien o servicio puede presentar contingencias de diferente naturaleza.

²⁷ Al respecto, Javier Murillo (2019), en concordancia con el voto en discordia del vocal Juan Espinoza, señaló: “El análisis planteado por la Resolución comentada en el voto en mayoría no toma en consideración un dato muy importante: el sentido del reclamo sobre el bien o servicio. En el caso analizado, una cuestión que el vocal en discordia toma en consideración es que el reclamo versa sobre el automóvil, pero no sobre el automóvil con relación al servicio de taxi; por el contrario, se trata de un reclamo sobre el automóvil debido a un desperfecto técnico. Así, el denunciante —pese a ser un empresario dedicado al servicio de taxi— no tiene la información sobre reparación de automóviles. Así, existe asimetría informativa, incluso admitiendo que el automóvil formaba parte esencial y necesaria para la labor empresarial de la microempresa”. (p. 273)

Por otro lado, una cuestión que resalta del análisis planteado por el Indecopi es el uso del tercer filtro que fue utilizado como una suerte de salvoconducto del proveedor que relativiza la presunción de que, si el bien o servicio fue adquirido fuera del giro de negocio de la empresa, se podría probar que este cuenta con la habitualidad y recursos necesarios para no encontrarse en situación de asimetría informativa. Sin embargo, nosotros entendemos que ello estaría perjudicando la débil condición de la microempresa como posible consumidora, lo que colinda con lo discriminatorio.

Sin embargo, haciendo una interpretación finalista de la norma, este tercer filtro debería utilizarse en situaciones específicas (no para atacar cualquier situación de contratación fuera del giro de negocio), como podrían ser las actividades complementarias del pequeño formato empresarial.

Respecto a ello, la Resolución 2132-2013/SPC-INDECOPI establece:

En atención a lo anterior y contrariamente a lo alegado por el señor Pimentel, esta Sala aprecia que la venta de las bebidas gaseosas dentro de su establecimiento forma parte del giro de negocio del denunciante. En efecto, se ha podido verificar que el local del señor Pimentel se dedica al expendio de bebidas gaseosas y que esta forma parte de los servicios brindados a los consumidores. Por ello, en tanto la venta de bebidas gaseosas se encuentra ligada al giro de negocio del señor Pimentel, este no califica como consumidor según los términos del Código.

En este caso, nuestra opinión es que el Indecopi consideró que una actividad complementaria a la actividad empresarial se encuentra dentro del giro de negocio; sin embargo, discrepando con este razonamiento, esta sí podría ser la situación ideal de aplicación de este tercer filtro poco entendido, ya que se le

podría dar al proveedor la posibilidad de demostrar que existe una *habitual actividad económica complementaria* por parte de la empresa. Por ejemplo: un establecimiento dedicado a la actividad cultural que a su vez desarrolla de manera complementaria la venta de alimentos y bebidas para generar mayores ingresos. Aunque esta segunda actividad no se encuentra dentro del giro de negocio en específico, existe la posibilidad de demostrar que este formato empresarial, por la habitualidad, supera situaciones de asimetría informativa ligadas a esta actividad complementaria.

6.3.5. Respecto al Registro REMYPE

La Resolución 0441-2014/SPC-INDECOPI señala que Miguel Celemías Llanto Piñán (en adelante, el señor Llanto) denunció a BBVA Banco Continental (en adelante, el Banco) señalando que este, sin su consentimiento, le habría hecho solicitar un préstamo en moneda nacional y extranjera que habría generado posteriormente un cobro que desconocía. Por Resolución 82-2014/INDECOPI-LOR del 18 de marzo de 2014, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Loreto declaró improcedente la denuncia del señor Llanto, aduciendo que no calificaba como consumidor bajo las consideraciones del Código.²⁸

²⁸ Según lo precisado en la Resolución 0441-2014/SPC-INDECOPI: “el señor Llanto señaló que su actividad económica era la extracción, comercialización y venta de agregados de construcción (ripió, piedras, arena y arcilla) y el alquiler de maquinaria en la ciudad de Aguaytía, siendo que el préstamo otorgado por el Banco fue por la compra de deuda en moneda nacional de un financiamiento concedido por la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Huancayo S.A. para la adquisición de un cargador frontal (volquete), no recurriendo a las entidades financieras de manera continua, sino únicamente en aquellos casos en que se requería el impulso de su negocio. Agregó que no se encontraba inscrito en el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa, no contaba con trabajadores contratados de manera permanente, y sus ventas anuales ascendieron a S/. 445 988,00, conforme se apreciaba en la Declaración del Impuesto a la Renta del año fiscal 2012”.

El 22 de abril de 2014 el señor Llanto apeló la resolución de primera instancia señalando que la Comisión solo consideró que no se encontraba en el REMYPE, y no tomó en cuenta que era una persona natural con negocio propio y que el préstamo solicitado fue para beneficiar su negocio y a su familia. Por ello, la Sala Especializada en Protección al Consumidor revocó la resolución impugnada y, reformándola, declaró procedente la denuncia del interesado.

De lo indicado por la Sala, merece relevarse lo siguiente:

Del tenor de los mencionados articulados no se advierte que para que una persona natural con negocio o una empresa sea considerada como microempresaria debe encontrarse necesariamente inscrita en el REMYPE, por el contrario los mismos señalan que la inscripción en el referido registro les permitirían a estos obtener los beneficios señalados en la Ley (laborales y tributarios), mas ello no puede conllevar a inferir que la inscripción en dicho registro tenga carácter constitutivo para obtener tal condición.

La Sala Especializada de Protección al Consumidor llega a esta conclusión tomando en cuenta que el Decreto Supremo 007-2008-TR no establecía que para tener la condición de micro o pequeña empresa se necesitaba de la inscripción en el REMYPE, sino que esta era imprescindible solo para acceder a los beneficios prescritos por la norma, como sería el caso del Régimen Laboral y el Régimen Tributario.

Consideramos muy acertada la postura del Indecopi en segunda instancia, en tanto se evidencia el actuar tuitivo de la administración pública en el empleo de las normas de protección al consumidor, derrumbando una barrera y permitiendo

el acceso de las microempresas, a la vez que se prioriza la verdad fáctica más cercana a la finalidad del sistema de protección al consumidor antes que una norma que puede generar distintas interpretaciones.

En cuanto a esta calificación, sin embargo, consideramos que allí reside uno de los defectos más resaltantes en la protección a las pequeñas empresas como consumidoras, ya que en la actualidad se establece que si la microempresa al momento de establecerse la relación de consumo²⁹ supera los límites de ventas establecidos por la norma (150 UIT) y el límite de 10 trabajadores (antes de la modificación de la normativa mype), automáticamente se considera que estas son pequeñas empresas y no son tuteladas por la norma de protección al consumidor³⁰, lo que genera un distanciamiento con lo que positivamente plantean las normativas en los casos de las mypes (en el caso laboral dan periodos anuales extras si la microempresa supera el límite de ventas o de trabajadores).

²⁹ De acuerdo a lo establecido en la Resolución 0647-2014/SPC-INDECOP: “En ese sentido, el que la condición de microempresario se verifique al momento de entablar la relación de consumo se condice con el fundamento de la extensión excepcional de las normas de protección al consumidor a algunos denunciados que no califican como destinatarios finales de bienes o servicios, cual es, la incapacidad de generar, desde su interior, mecanismos para superar la situación de asimetría informativa en la que se puedan encontrar frente a sus proveedores, situación en la que un microempresario podría encontrarse de manera similar a un consumidor final”.

³⁰ Para la verificación de la condición de microempresario se analiza el total de ventas anuales al año anterior de establecida la relación de consumo, como puede advertir en la Resolución 0655-2020/SPC-INDECOP: “Justamente, en el presente expediente, se observa que, pese a que (...), al mes de enero de 2016, tenía la calidad de microempresario; lo cierto es que, de una verificación de la Declaración de Pago Anual de Impuesto a la Renta del periodo 2017 –periodo relevante para tomar en cuenta su calidad de consumidor, pues la contratación del servicio fue en el año 2018–, denotaba que la parte denunciante no cumplía con el requisito que la calificaba como tal, pues, sus ingresos por ventas anuales superaba los 150 UIT”.

Haciendo referencia al régimen laboral, nos parece acertado el tratamiento que este realiza, ya que si un año la microempresa supera estos límites establecidos, ello no quiere decir que pierda los beneficios, en tanto su situación de desigualdad frente a otras empresas se mantiene. Si esto lo trasladamos a una aplicación más flexible por parte del Indecopi y favor de las mypes (no solo tomando en consideración la condición de microempresario al momento de entablar la relación de consumo), se estaría protegiendo a las pequeñas empresas (de facto), porque gozarían de protección las microempresas que hayan superado esos límites establecidos y cumplen con las características de pequeñas empresas. De ahí que resulte coherente plantearnos lo siguiente: ¿que se sobrepase el límite de ventas o el número de trabajadores contratados en un año hace que se supere la situación de la asimetría informativa al momento de contratar con otras empresas o solo es una fotografía del momento? Resulta evidente que no se ha superado esta falla de mercado, y el Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE se pone en ese supuesto para el caso del Régimen Laboral Especial.

En ese sentido, la protección de la pequeña empresa no solo debe ser entendida como una ampliación de las categorías ya establecidas por la norma (como hemos postulado en este trabajo de investigación), sino que permite —además— que las microempresas no sean afectadas si se exceden en el número de ingresos por ventas anuales.

Al respecto, Teresa Tovar (2008, p. 52) precisa de manera coherente que esta exclusión injustificada de las pequeñas empresas de la norma genera

externalidades negativas para las microempresas. Dice esta autora: “Cabe anotar que una aplicación imprudente de esta excepción legal podría tener como consecuencia que los microempresarios no tengan incentivos suficientes para especializarse y hacerse más competitivos, lo que termina siendo perjudicial para ellos mismos”.

Otro detalle relevante es la modificación de las normativas de las mypes, en tanto se ha eliminado el límite máximo de trabajadores de las micro y pequeñas empresas, lo que significa un cambio que repercute de manera directa en lo que considera el sistema de protección al consumidor como pequeña empresa, ya que -antes- se podría presumir que a más cantidad de recurso humano mayores posibilidades de mitigar la asimetría informativa, cosa que no ocurre necesariamente en la actualidad, pues podríamos encontrar pequeñas empresas que cuenten con la misma —o menos— cantidad de trabajadores que algunas microempresas, con lo que podríamos afirmar que las pequeñas empresas pueden tener la misma cantidad de recurso humano que las otras. Sin embargo, a la fecha, este cambio normativo establecido en el Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE no ha sido advertido.

Precisamente en virtud de este cambio normativo, resulta imperioso que la norma de protección al consumidor se alinee con la evolución histórica planteada hasta el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución 0422-2003-TDC, de la que se generó una ruptura injustificada, ya que, a la fecha, se está desprotegiendo a un grupo bastante grande de empresas (pequeñas empresas) y se estarían generando -además- desincentivos directos para las

microempresas que decidan apostar por un crecimiento sostenido. Estos puntos de vista deben ser tomados en consideración para que se genere un tratamiento acorde a las necesidades de las pequeñas empresas cuando actúan como consumidoras en el ámbito de su actividad empresarial.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. Conclusiones

1. La discriminación positiva (también conocida como discriminación inversa) es el punto de encuentro entre el Derecho del Consumidor y el Derecho que desarrolla el fomento y la protección de las micro y pequeñas empresas. Se entiende que en el primero sirve para mitigar la asimetría informativa generada en el mercado, y en el segundo, para equilibrar las condiciones de competitividad y garantizar el crecimiento de las mypes.
2. Existe una prevalencia del concepto de consumidor o destinatario final que direcciona el sistema de protección al consumidor, el mismo que debe ser ampliado, pues el mundo y el mercado muestran un dinamismo que hace que los focos de atención en el rol tuitivo del Estado no sean los mismos que en décadas anteriores. Asimismo, el ensanchamiento de la noción de consumidor responde como una excepcionalidad al concepto de consumidor final prevalente en nuestra normativa.
3. El Estado debe reconocer que las microempresas deben apuntar a crecer y convertirse en pequeñas empresas, y considerar que estas últimas aún no han vencido el riesgo de extinguirse, pues su ámbito de competencia comercial se encuentra más cerca al de las grandes empresas. Es necesario, por ello, que las políticas públicas apunten a la subsistencia de los pequeños formatos empresariales en conjunto.
4. Tanto para las micro como para las pequeñas empresas existen excepciones en el supuesto de que superen el límite de ventas anuales y

no se les saque inmediatamente del Régimen Laboral Especial creado para ellas, pues una medida de esa naturaleza generaría inestabilidad en sus relaciones laborales; sin embargo, ello no es válido para las microempresas en el caso de la aplicación de los filtros del Código de Protección y Defensa del Consumidor, pues si superan el límite de ventas anuales (150 UIT) al momento de establecida la relación de consumo ya no podrían calificar como consumidoras en el desarrollo de su actividad empresarial, y así se estaría limitando la participación de éstas en la defensa de sus derechos como consumidoras. De no limitarlas solo por sus características en un año específico, se estaría a su vez protegiendo a microempresas con una tendencia sostenida a convertirse en pequeñas empresas.

5. Las “categorías” de consumidores que recojan las normas y aplique la autoridad administrativa en casos concretos deben estar al servicio de mitigar la asimetría informativa como el tópico máximo del sistema de protección al consumidor, y no al revés. Dicho de otro modo: no puede entenderse la asimetría informativa como un “filtro” para trabajar una “categoría”, pues así se estaría desnaturalizando la finalidad de la protección al consumidor.
6. La protección de los pequeños formatos empresariales como consumidores debe tener identidad propia y no buscar forzosamente categorizarlas como “consumidores (destinatarios) finales”, como se hizo de manera equivocada en el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución 422-2013/TDC-INDECOPI.
7. Nuestra posición descarta la idea de que las pequeñas empresas pueden trasladar los sobrecostos para mitigar la asimetría informativa en los precios

finales de sus productos que salen al mercado, en tanto eso sería desconocer su situación de desigualdad frente a las grandes empresas. Sus precios se encarecerían demasiado, por la pequeña masa de producción que generan.

8. Respecto a la interpretación normativa que se debería realizar del Código de Protección y Defensa del Consumidor, consideramos que este excluye -injustificadamente- a las pequeñas empresas, por lo que no se podría utilizar la analogía que se usó en años anteriores (precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución 0422-2003/TDC-INDECOPI) generando así un tratamiento insuficiente. Desde una interpretación literal y concordante con el Decreto Legislativo 1045, se ha excluido injustificadamente a las pequeñas empresas como consumidoras en el desarrollo de su actividad empresarial.
9. El actual tratamiento que otorga la normativa vigente en la materia y su consecuente aplicación por parte del Indecopi solo podría considerar como consumidora a la pequeña empresa cuando esta actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial. En nuestra consideración, ello resulta en una protección insuficiente.
10. En la medida que las pequeñas empresas son susceptibles de ser afectadas por la asimetría informativa en sus relaciones de consumo y son sujetos de protección por parte del Estado, no resulta suficiente el actual tratamiento que otorga la normativa vigente en materia de Derecho del Consumidor y su consecuente aplicación por parte del Indecopi a éstas cuando actúan como consumidoras en el desarrollo de su actividad empresarial, ya que, al no ser consideradas como tales, sus denuncias

derivadas de controversias frente a proveedores no son amparadas, colocando en situación desprotección a este grupo de empresas que representan un motor importante en el desarrollo de nuestra economía y sociedad. Por lo tanto, es necesario modificar el numeral 1.2 de artículo IV del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor considerando también en esta protección excepcional a la pequeña empresa.

11. Así mismo, aun cuando este tratamiento se encuentra limitado por una normativa que excluye a este sector empresarial sin justificación válida (y rompiendo una evolución histórica en su momento), el Indecopi no ha podido desarrollar válidamente dicha exclusión en diversas resoluciones que abordaron el tema materia de la investigación.
12. A nivel normativo y resolutivo, ni el legislador ni la autoridad administrativa, respectivamente, han sustentado la razón por la cual se limita a la pequeña empresa a ser considerada como consumidora en el desarrollo de su actividad empresarial o cómo estas pueden superar las asimetrías informativas de manera orgánica, lo que podría entenderse como una decisión injustificada y falta de motivación.
13. El Indecopi aplicando el Código de Protección y Defensa del Consumidor, limita —además— a las microempresas con tendencia a un crecimiento, ya que si estas superan el límite de ventas anuales (150 UIT) al momento de establecerse la relación de consumo quedan excluidas de manera directa como consumidoras ante el sistema de protección del consumidor. Sin embargo, que se sobrepase el límite de ventas anuales (150 UIT para el caso específico de las microempresas) o el personal contratado en un año,

no hace que se supere de plano la situación de asimetría informativa de los pequeños formatos empresariales al momento de contratar con proveedores. Estos datos no pueden ser considerados como únicos para tomar una decisión de tipo excluyente y desproteger a las microempresas que cumplen -en ese momento- con características de pequeñas empresas.

14. La falta de protección efectiva a las pequeñas empresas como consumidoras genera una externalidad, ya que podría desincentivar que las microempresas busquen desarrollarse para alcanzar un siguiente nivel de crecimiento, hecho que sería lamentable si se considera que estas representan el 95 % de empresas constituidas en el país y son un importante motor de la economía y la sociedad moderna. No podemos, en consecuencia, generar desincentivos que afecten a las mypes, en tanto estas deben de ser atendidas en conjunto.
15. No se ha tomado en consideración que desde el año 2013 las normativas aplicables a las mypes no consideran el número de trabajadores contratados como característica de ellas, razón por la cual se concluiría que el número de trabajadores no es un factor clave para diferenciar a las microempresas de las pequeñas empresas. Este hecho debería ser considerado en materia de protección al consumidor, ya que las pequeñas empresas podrían contar con la misma cantidad de trabajadores que las microempresas, lo que haría que posiblemente ambas se vean obligadas a enfrentar las fallas del mercado en igualdad de condiciones.

7.2. Recomendaciones

- **Propuesta normativa de ampliación del concepto de consumidor en el Código de Protección y Defensa del Consumidor**

Modificar el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor: “Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto a aquellos productos o servicios que no formen parte del giro del negocio [...]” por el siguiente texto: “Los micro y pequeños empresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto a aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio [...]”.

- **Propuesta para un nuevo tratamiento por parte del Indecopi a las pequeñas empresas como consumidores**

Una vez cambiado el texto anteriormente transcrito en la norma, la autoridad administrativa (Indecopi) deberá modificar su actual tratamiento a las pequeñas empresas, considerándolas como consumidoras y aplicando en ellas los derechos y principios establecidos por el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Así mismo, los actuales criterios utilizados por la autoridad administrativa (Indecopi) para considerar a una empresa como posible consumidora deberían apuntar a mitigar la asimetría informativa que se genera en el mercado cuando estas se encuentran en situación de desigualdad,

remitiéndose a la finalidad del sistema de protección al consumidor y a buscar el análisis de los casos en concreto, y dejando de lado criterios estáticos que restan dinamismo a una materia que debería acompañar la evolución orgánica del mercado.

- **Propuesta de tratamiento especial para las mypes por parte del Indecopi**

El Indecopi podría aplicar excepciones a favor de las microempresas que superen el límite de ventas anuales (150 UIT), es decir, microempresas que cumplan con las características de pequeñas empresas; tomando como referencia el caso del Régimen Laboral Especial en el artículo 51 del Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE, considerándolas como consumidoras y amparando sus denuncias derivadas de controversias frente a proveedores.

Cabe precisar que, superar el límite de ventas anuales al momento de establecerse la relación de consumo no acredita que las microempresas cuenten con los mecanismos suficientes para contrarrestar la asimetría informativa, por lo tanto, los órganos resolutivos del Indecopi podrían realizar un análisis más extenso de las ventas anuales de estas empresas en diversos años con la finalidad de asegurar que estos filtros de acceso sirvan para advertir una posible afectación por esta falla de mercado. Así mismo, debe considerarse dicha propuesta como un tratamiento especial a las mypes por parte del Indecopi a cada caso en concreto, no interfiriendo

ello con la necesidad de una futura ampliación del concepto antes debatido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Referencias bibliográficas

1. Acedo A. (2012). *Derecho de consumo: análisis jurídico-privado de la Ley general para la defensa de los consumidores de 2007*. Madrid: Dykinson.
2. Alpa, G. (2004). *Derecho del consumidor*. Lima: Gaceta Jurídica.
3. Botana, G. (1994). *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*. Barcelona: Bosch.
4. Bullard, A. (2003). *Derecho y economía*. Lima: Palestra Editores.
5. Castillo, J., Demartini, F. & Ortega, R. (2014). *Micro, pequeñas y medianas empresas*. Lima: ECB Ediciones.
6. Ciuro, M. (1992). Hacia la protección equilibrada del consumidor en el derecho internacional privado. En *Derecho del Consumidor 2*. Rosario: Juris.
7. De León, A. (2000). El consumo como realidad social y económica. En *Derecho de los consumidores y usuarios*. Valencia: Tirant lo Blanch.
8. Dini, M. & Stumpo, G. (Coords.) (2018). *Mypimes en América Latina: un frágil desempeño y nuevos desafíos para las políticas de fomento*. Documentos de Proyectos (LC/TS.2018/75). Santiago: Cepal.
9. Espinoza, J. (2012). *Derecho de los Consumidores*. (2.^a edición). Lima: Editorial Rodhas.
10. Farina, J. (2011). *Defensa del consumidor y del usuario*. (2.^a edición). Buenos Aires: Astrea.
11. Fernández, J. (2002). *Derecho de consumo*. (M. Reyes, Ed.) (2.^a edición). Valencia: Tirant lo Blanch.

12. Ferraro, C. & Stumpo, G. (Coords.) (2010). *Políticas de apoyo a las pymes en América Latina. Entre avances innovadores y desafíos institucionales*. Santiago: Cepal.
13. Ghersi, C., & Weingarten, C. (2011). *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*. Buenos Aires: La Ley.
14. Lasarte, C. (2010). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. (4.^a edición). Madrid: Dykinson.
15. Lasarte, C. (2018). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. (10.^a edición). Madrid: Dykinson.
16. Lorenzetti, R. (2009). *Consumidores*. (2.^a edición). Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
17. Martínez, C. (1992). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. (R. Bercovitz & J. Salas, Coord.). Madrid: Civitas.
18. Morales, A. (2008). *Temas de protección al consumidor y buenas prácticas de mercado. Asimetría informativa*. Lima: Asesorandina Publicaciones.
19. Navarrete, A. (2014). *Régimen normativo mype y sus recientes modificaciones*. Lima: Gaceta Jurídica.
20. Paniagua, M., & Miranda, L. (2012). La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores. En *Derecho (privado) de los consumidores*. Madrid: Marcial Pons.
21. Payet, J. A. (1990). *La responsabilidad por productos defectuosos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
22. Pinto, S. (2011). *El consumidor en el derecho comparado*. Lima: Ara Editores.
23. Reyes, M. (2012). *Manual de derecho privado de consumo*. (2.^a edición). Madrid: La Ley, Temas.

24. Rinessi, A. J. (2006). *Relación de consumo y derechos del consumidor: el contrato y su interpretación, oferta, publicidad, información, prácticas y cláusulas abusivas, garantías, responsabilidades, productos y servicios defectuosos, servicios públicos, contratos en particular, tutela del consumidor en Latinoamérica*. Buenos Aires: Astrea.
25. Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
26. Rusconi, D. (2009). *Manual de derecho del consumidor*. (D. Rusconi, Ed.). Buenos Aires: AbeledoPerrot.

Tesis

26. Anticono, B. (2017). *Ampliación de la noción de consumidor para el giro de las microempresas*. Lima: Universidad Ricardo Palma.
27. Durand, J. (2004). *El derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
28. Escudero, L. (2017). *El concepto de consumidor y sus alcances a la luz de la jurisprudencia de la Sala Especializada en Protección al Consumidor*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Referencias hemerográficas

29. Aldana, E., & Gagliuffi, I. (2004). "La noción de consumidor final: el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Protección al Consumidor según el nuevo precedente de observancia obligatoria del Indecopi". *Ius Et Veritas*,

volumen 14, N° 29.

30. Cavero, E. (2016). *¿Efecto dominó o efecto mariposa? El (distorsionado) concepto de consumidor protegido en derecho peruano. Ius Et Veritas*. N° 53.
31. Conde, J. (2008). *Personería y constitución simplificada de las mypes y sus políticas de promoción. Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, volumen 66.
32. Estrada, J. (2016). *Contrato por adhesión y relación de consumo en el Estatuto del Consumidor colombiano. Revista de Ciencias Sociales*, volumen 22.
33. Herrera, B. (2011). *Análisis estructural de las Mypes y Pymes*”. *Quipukamayoc, Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, volumen 19, N° 35.
34. Morales, A. (2007). Asimetría informativa. *Revista Athina*, año 2, N° 3.
35. Morales, J. (2008). La insolvencia de las mypes: ¿ha tenido en cuenta la Ley Concursal el acceso de estas empresas a su sistema? *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, volumen 66.
36. Murillo, J. (2019). Desprotegiendo al consumidor microempresario. *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 252.
37. Revilla, A. (2008). La micro y pequeña empresa y el nuevo régimen laboral especial. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, volumen 66.
38. Rodríguez, G. (2008). ¿Asimetría informativa o desigualdad en el mercado?: apuntes sobre el verdadero rol de la protección al consumidor. *Foro Jurídico*, año 4, N° 8.
39. Rodríguez, G. (2011). Involución y sinrazón en la definición de consumidor tutelado. *Actualidad Jurídica*, N° 201.

40. Salas, R. (2010). Algunos apuntes y reflexiones sobre la tutela de los derechos de los consumidores y la asimetría informativa en el mercado. *Foro Jurídico*, año 9, N° 11.
41. Schiesaro, D. (2016). *El contrato asimétrico*. Presupuestos y consecuencias de un nuevo paradigma contractual en el derecho italiano. *Actualidad Civil*, volumen 22.
42. Solís, G. (2003). ¡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*, año 9, N° 62.
43. Tello, S. (2014). Importancia de la micro, pequeñas y medianas empresas en el desarrollo del país. *Lex*, año 12, N° 14.
44. Tovar, T. (2008). *Consideraciones sobre la definición de consumidor o usuario*. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, volumen 66.

Referencias electrónicas

45. Acedo, A. (2000). La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño. Obtenido el 8 de diciembre de 2019 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=831211>
46. Espinoza, J. (2011). Las nuevas coordenadas del concepto del consumidor: Volviendo a aceptar a las personas jurídicas y excluyendo injustificadamente a la pequeña empresa en situación de asimetría informativa. *Actualidad Jurídica*. Obtenido el 2 de junio de 2019 de <http://materialesensenanza.blogspot.com/2012/02/las-nuevas-coordenadas->

del-concepto-del.html

47. Galván, G. (2004). El pequeño empresario como consumidor. Comentarios a la jurisprudencia administrativa de Indecopi. Obtenido el 13 de marzo de 2020 de <http://200.62.146.19/bibvirtualdata/publicaciones/economia/24/a09.pdf>
48. Gonzales, G. (2009). El principio de veracidad publicitaria y el deber de información a los consumidores. *Ita Ius Esto*. Obtenido el 20 de mayo de 2019 de <https://www.gonzalezvaldivialaw.com/images/gonzalez-valdivia/publicaciones/gonzalez-delgado.pdf>
49. Mares, C. (2013). Las Micro y Pequeñas Empresas (MYPEs) en el Perú. Obtenido el 28 de septiembre de 2019 de http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/4711/Mares_Carla.pdf?sequence=3&isAllowed=y
50. Ministerio de la Producción. Estadística MIPYME (s. f.). Obtenido el 1 de febrero de 2020 de <http://ogeiee.produce.gob.pe/index.php/shortcode/estadistica-oee/estadisticas-mipyme>
51. Piris, C., & Ruiz, H. (s. f.). El fenómeno de la expansión del concepto de consumidor. El pequeño productor asimilado al consumidor en las nuevas modalidades de contratación agropecuaria. Necesidad de una herramienta protectora. Obtenido el 12 de diciembre de 2019 de https://www.academia.edu/13697470/El_fen%C3%B3meno_de_la_expansi%C3%B3n_del_concepto_de_consumidor._El_peque%C3%B1o_productor_asimilado_al_consumidor_en_las_nuevas_modalidades_de_contrataci%C3%B3n_agropecuaria._Necesidad_de_una_herramienta_protectoria?auto=download

52. Portal institucional del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (INDECOPI). Obtenido el 30 de mayo de 2019 de <https://www.indecopi.gob.pe/en/sobre-el-indecopi>
53. Sosa, H. (s. f.). El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español. Obtenido el 8 de agosto de 2019 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5853817>
54. Villalba, J. (2011) Los contratos de consumo en el derecho colombiano y el derecho comparado. Obtenido el 20 de junio de 2019 de <https://www.redalyc.org/pdf/909/90922735011.pdf>

Normas

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Constitución Política del Perú de 1979.
- Estatuto del Consumidor de Colombia – Decreto 3466/1982.
- Decreto Supremo 036-1983-JUS del 22 de julio de 1983 – Normas de Protección a los Consumidores.
- Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor.
- Decreto Legislativo 1045, Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor.
- Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1045.
- Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- Exposición de Motivos del Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- Ley 24.240, modificada por Ley 26.361.

- Ley 19.496, Ley del Consumidor de Chile.
- Ley 20.416, Ley que Fija Normas Especiales para Empresas de Menor Tamaño de Chile.
- Ley 1480, Estatuto del Consumidor de Colombia.
- Ley General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios, que entró en vigencia el 13 de agosto de 1984 en España.
- Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE.
- Ley 1086 (características vigentes hasta el 2 de julio de 2013).
- Ley 30056.
- Decreto Legislativo 1269.
- Documento de Trabajo 001-2000, Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y Propuesta.

Resoluciones y/o pronunciamientos del Indecopi

- Lineamientos sobre Protección al Consumidor. Resolución 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI.
- Resolución 0101-1996/TDC-INDECOPI.
- Resolución 0315-2002/CPC-INDECOPI.
- Resolución 0422-2003/TDC-INDECOPI.
- Resolución 1605-2011/SC2-INDECOPI.
- Resolución 1818-2011/SC2-INDECOPI.
- Resolución 2117-2011/SC2-INDECOPI.
- Resolución 0386-2011/CPC-INDECOPI.
- Resolución 2188-2011/SC2-INDECOPI.

- Resolución 0647-2014/SPC-INDECOPI.
- Resolución 1540-2019/SPC-INDECOPI.
- Resolución 2132-2013/SPC-INDECOPI.
- Resolución 0441-2014/SPC-INDECOPI.