

# PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y LOS SERVICIOS TRANSVERSALES

**Hernando Montoya Alberti<sup>1</sup>**

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. La Información, la idoneidad y la asimetría informativa.
- III. Servicios transversales y consumidor.

## **I. INTRODUCCIÓN.**

El sistema de protección al consumidor se encuentra inserto dentro de la mecánica de intermediación de los proveedores, para quienes el consumidor es el objeto final para la colocación de sus productos o servicios. Si nos moviéramos en un mundo paritario e individual posiblemente no tendría razón de ser la protección al consumidor,

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Bancario, Comercial, Mercantil, Societario y Empresarial. Docente universitario. Autor de diversas obras en la especialidad de Derecho Comercial. Expositor nacional e internacional.

pues en base a la libertad contractual y al consentimiento de los contratos y de los actos el negocio jurídico se entiende bien realizado y con justicia, salvo aquellas figuras jurídicas de nuestro Código Civil como la excesiva onerosidad de la prestación, el error en el acto jurídico, o la lesión. Figuras todas ellas que responden a una concepción de igualdad de trato.

Con el desarrollo de la actividad empresarial en forma masiva, y lo que es más con el desarrollo y el alcance de la publicidad, sale a relucir la necesidad de proteger a la parte menos favorecida, y en especial a la parte contractual que no tiene acceso a la información, es así como se concibe en la década de los 90 del siglo pasado, la protección al consumidor final, es decir a aquel que adquiere un producto o un servicio para sí y su entorno familiar, pero no para fungir de intermediario.

Los adelantos en la tecnología, y las técnicas de colocación de los productos y servicios en forma masiva no permiten detener el tiempo en explicaciones personalizadas, los productos invaden masivamente el mercado, y la publicidad nos incita a adquirir productos que a veces no deseamos realmente. En más de una oportunidad se adquieren bienes por el efecto publicitario, sin embargo cuando tenemos el bien y somos conscientes de su tenencia, pero a su vez conscientes de las cuotas mensuales que debemos pagar, nos sentimos agobiados, y pretendemos deshacer la operación. No cabe duda que el efecto de la contratación obliga a las partes, y que en la medida que las partes hayan sido conscientes de la calidad del producto que adquieren y se torne clara la forma de pago convenida, no se puede alegar una falta de información para desvirtuar la adquisición. En todo caso, será materia de verificar si estamos ante un método agresivo o engañoso, en cuyo caso el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571), protege al consumidor al disponer que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Métodos comerciales agresivos o engañosos  
Artículo 58.- Definición y alcances

En este entorno es que se desarrollan los supuestos de protección al consumidor, ampliando con el tiempo, la jurisprudencia y la norma<sup>3</sup>, la protección a este sujeto, e incluyendo también a las personas jurídicas, sean empresarias o no lo sean. A las personas naturales y/o jurídicas con la calidad de empresaria, se le califica como sujeto de protección en la medida que se desarrolle dentro de los márgenes de la micro empresa, y que el motivo o la causa de su reclamo no responda a una actividad que la empresa suele desarrollar como parte de su objeto social o negocio.

Es aquí donde nos detenemos para analizar los distintos supuestos en los cuales esa actividad del consumidor empresario califica como actividad transversal a su negocio y por tanto debería ser descalificado como sujeto pasivo de este derecho tutelar. En otra palabras, la pregunta en cuestión es determinar si en efecto toda actividad de la microempresa está protegida por el derecho al consumidor, o solamente lo está en aquel supuesto en el cual se denuncia una prestación que no calza dentro de su actividad, y tampoco se justifica considerar que responde a una actividad

---

58.1 El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen: (...)

### <sup>3</sup> 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.

transversal que la empresa debería cubrir por su carácter profesional o empresarial.

Quizás la pregunta más clara estaría dada por la siguiente hipótesis, ¿Se debe proteger a la costurera cuando reclama al proveedor el defecto en las agujas para su máquina?. Si afirmamos que no se debe proteger es porque suponemos que las agujas de una máquina de coser se corresponde al negocio transversal del consumidor-empresario, y por tanto se supone que el consumidor-empresario debe tener información a su disposición sobre el producto adquirido para sus máquinas. Distinto sería si la misma consumidora empresaria adquiere un paquete de turismo para sortearlo entre su personal. En este supuesto, los servicios de turismo no tienen un punto de rozamiento con la actividad empresarial, y por tanto si debería ser atendida en su denuncia ante el proveedor.

## **II. LA IDONEIDAD, LA INFORMACIÓN Y LA ASIMETRÍA INFORMATIVA.**

Los servicios transversales tienen punto de contacto con la idoneidad, la información y la asimetría informativa.

Entendemos por *idoneidad* dentro del contexto del derecho del consumidor a la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

Por el lado del proveedor, la idoneidad constituye un deber en la prestación de bienes y servicios, a fin de que el producto responda a las expectativas ofrecidas por el proveedor, para cumplir con los ofrecimientos efectuados y las expectativas del consumidor, con respecto a la calidad, uso, duración, origen, contenido y demás

características de los productos o del servicio contratado. Lo sensato en este caso será pues que lo ofrecido responda a las expectativas razonablemente creadas en la mente del consumidor. Así, el artículo 2.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor dispone que: "El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios."

En cuanto a *la información* tenemos que, los deberes de información en la fase de formación del contrato se fundamentan en la buena fe. Este principio general del derecho obliga a los sujetos que establecen negociaciones a suministrar información sobre los hechos a los que se refiere el contrato que van a celebrar, a fin de evitar el error en el que pudiera incurrir la otra parte contratante, lo cual se traduce en dos aspectos: uno positivo, el de transmitir la información exigible, y, otro negativo, el de abstenerse de dar información errónea al consumidor; en este sentido se ha manifestado Morales Moreno<sup>4</sup> al reconocer el dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor.

La protección al consumidor busca garantizar al consumidor una doble seguridad contractual, como señala Pous de la Flor<sup>5</sup>; de una parte, la adquisición del máximo nivel de la información sobre el bien objeto de consumo en su fase precontractual en relación con las demás ofertas de mercado, y de otra, la garantía de que la publicidad promocional del bien no induce a engaño. Así, la información como derecho del consumidor se contrapone a la información como deber del empresario, consistente en facilitar al comprador una documentación completa informadora sobre el bien que debe responder a una información cierta, eficaz, veraz y objetiva.

Al respecto, la doctrina recoge el deber de información de los proveedores definiéndolo como "(...) la obligación de poner en

---

<sup>4</sup> Morales Moreno, A.: *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, ADC, 1982, pág. 631.

<sup>5</sup> Pous de la Flor, P.: «Crédito al consumo», en *Derecho Civil Comunitario*, Colex, Madrid, 2006, pág. 374.

conocimiento de los consumidores toda la información relevante, con la finalidad de que éstos puedan realizar una adecuada decisión de consumo o, más bien, un uso correcto de los bienes y servicios ya adquiridos. Esta información debe cumplir con tres requisitos: ser veraz, suficiente (o adecuada) y oportuna.”<sup>6</sup>

La información es un elemento para la formación de la voluntad en los contratos de consumo, y es por ello que el Código de Defensa del Consumidor ha elevado a la categoría de Principio este derecho cuando dentro del Principio de Transparencia (art. 3 del art. IV) dispone que “En la actuación en el mercado, los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen. La información brindada debe ser veraz y apropiada conforme al presente Código.” Luego al tratar sobre los derechos de los consumidores (Art. 1º) les otorga el derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios, en donde la veracidad nos refiere la no inducción al engaño. El contenido de la información no debe ser engañoso, no se nos puede ocultar información con el propósito de no dejarnos la claridad para tomar una decisión, cuando se silencian datos esenciales o se invita a expectativas que se satisface al consumidor. Es pues una inconducta omitir elementos importantes para la formalización del negocio jurídico. Cuando requerimos la oportunidad para el acceso a la información lo hacemos para que dicha información sea útil en el momento determinante, de nada sirve recibir la información luego de haber optado por la adquisición de un producto o un servicio.

La información veraz tiene el propósito de mejorar la posición del consumidor dentro su fase pre contractual. Siendo el caso que si en el contrato se han pactado condiciones más ventajosas, aun cuando no hayan sido ofrecidas, éstas también serán exigibles; y en el caso que se encuentren dichas condiciones en la oferta, los

---

<sup>6</sup> MORALES ACOSTA, Alonso. Temas de Protección al Consumidor y Buenas Prácticas de Mercado. Asimetría Informativa. Lima: Asesorandina Publicaciones. 2008. Op. Cit.

consumidores y usuarios podrán exigir el contenido de dicha oferta; dicha promoción y publicidad integran el contenido del contrato, siendo ejercitable, tal como sostienen Corchero y Sandín<sup>7</sup>, como obligación contractual y de integración contractual, ya que el contenido del contrato no sólo lo forman las cláusulas y condiciones que figuran en el mismo sino también todo aquello reflejado en la oferta, promoción y publicidad, de donde se deduce la importancia que asume la información en la determinación del consentimiento a la hora de perfeccionar el contrato.

Al desarrollar los lineamientos en la Protección al Consumidor, la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI<sup>8</sup> (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI-), ha señalado que dentro de la información necesaria para adquirir productos o servicios existe información que califica como relevante, en base a ello el consumidor la evalúa para tomar una decisión, por lo que debe ser puesta en conocimiento del consumidor en forma previa a la contratación.

Así, para determinar la relevancia de una información, es necesario atender a la posibilidad que la omisión o revelación de dicha información hubiera podido cambiar la decisión del consumidor de adquirir o no el servicio o producto.

La Asimetría informativa, constituye un elemento subjetivo, pues presumimos que ciertos sujetos del mercado están en una situación de desventaja porque no tiene el acceso a la información, o simplemente no están en condiciones de mantenerse constantemente informado sobre las características y bondades del producto que pretende adquirir, más aun cuando el ofrecimiento es masivo y no deja espacio para reflexiones.

La protección al consumidor tiene otro de sus pilares en el concepto de la asimetría informativa, lo cual nos lleva a una protección especial que se brinda al consumidor, a partir de las normas contenidas en la Ley de Protección al Consumidor. Se parte del

---

<sup>7</sup> Corchero, M. y Sandín Mora, L., en *Actualidad Administrativa*, n° 5, 29 enero-4 febrero 2001, España

<sup>8</sup> **RESOLUCIÓN N° 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI** Lima, 30 de noviembre de 2006

supuesto de la existencia de una situación de asimetría informativa en la que se encuentran los consumidores frente a los proveedores. Esta situación es de desventaja en desmedro de los consumidores, quienes no cuentan con la misma calidad ni cantidad de información que los proveedores, en razón del conocimiento que éstos tienen de las actividades relacionadas con su proceso productivo.

Así, en materia de publicidad, el artículo 13 del CPyDC señala que "La protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial."

### **III. SERVICIOS TRANSVERSALES Y CONSUMIDOR.**

Tal como señaláramos anteriormente nos queda referirnos con mayor amplitud a los servicios transversales de las empresas que califican como consumidor, y analizar si pueden considerarse como consumidor protegido por el sistema de protección al consumidor no obstante que no adquiere el producto para su uso y destino final, sino para su actividad productiva, supuesto que en un principio no encajaba con el sistema de protección al consumidor, pues como tal se definía a la persona que adquiría bienes o servicios destinados a su final en su entorno individual o familiar, mas no incluía a las empresas que lo adquirirían para su actividad productiva, ello en tanto que no se le estaría dando al uso un destino final y definitivo.

Pues bien, con la Resolución 422-2003/TDC-INDECOPI que aprobó el precedente de observancia obligatoria se interpreta la noción de consumidor establecida por el artículo 3º inciso a) del Decreto Legislativo 716, señalando lo siguiente:

“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.”

Los consumidores que no califican como consumidores finales pueden hacer valer sus derechos ante el Poder Judicial mediante la interposición de las acciones judiciales correspondientes, pero ya no desde el marco del derecho del consumidor, sino a la luz de la aplicación del derecho común.

La ley presume *iure et de iure*, es decir, sin admitir prueba en contrario, que en estas circunstancias las personas naturales se encuentran en asimetría informativa frente a los proveedores, reconociéndoles *per se* la calidad de consumidores conforme a unánime legislación comparada. Cabe resaltar que, debido a la presunción antes referida, en este supuesto, la ley no exige realizar un análisis de la asimetría informativa en cada caso concreto, bastando que sea acreditado, o en todo caso no sea controvertido, que el

denunciante es una persona natural que adquirió un bien o un servicio en un ámbito ajeno a lo empresarial o profesional.

Y, en lo que se refería a las personas jurídicas dicha protección se ha extendido a aquellas personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro.<sup>9</sup>

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, dentro de esta tendencia, ha definido en su Artículo IV como consumidor o usuario a:

“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.”

Se puede colegir entonces que la persona jurídica también es considerada como consumidor, en la medida que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y que utilice los bienes y servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su entorno familiar o social. Para el caso de los microempresarios, es decir, aquellas personas que por definición son usuarios de bienes o servicios con el propósito de transformarlos y colocarlos en el mercado asumiendo en esta segunda etapa la fase de proveedor, para ellos, existe la condición de que el consumidor califique como

---

<sup>9</sup> Resolución 1605-2011/SC2- INDECOPI del 27 de junio de 2011, en el procedimiento seguido por Fondo de Crédito para el Desarrollo Agroforestal contra Alabama S.A.

una microempresa, y que evidencie una situación de asimetría informativa con su proveedor, respecto de los productos que formen parte de su giro del negocio. Es aquí donde nos centramos en lo que se puede definir como servicios transversales, o en otra palabra aquellos bienes o servicios que tienen relación con el negocio, y que por tanto el microempresario está en la obligación de conocer e informarse sobre los bienes que adquiere dado que son bienes que forman parte de su actividad productiva. En el caso de las agujas de la costurera, esta empresaria de calificar como microempresaria está en la obligación de conocer, o, por lo menos existe la presunción que tiene conocimiento de los productos que forman parte de su actividad productiva y no podemos presumir que no tenga información sobre los productos que adquiere para el desarrollo de su empresa.

Los servicios transversales en el ámbito del consumidor son aquellos bienes o servicios adquiridos por el microempresario, pero que por el giro del negocio o por la actividad que desarrolla, este sujeto debe estar en condiciones de conocer las características de los bienes que adquiere.

Ahora bien, para poder calificar como consumidor a un microempresario<sup>10</sup>, lo primero que tenemos que analizar es si cumple con el requisito de tal calificación, es decir, lo medimos por el volumen de sus ventas anuales y por el número de trabajadores que

---

<sup>10</sup> Ley 28015, modificada por Dec Leg 1086

**"Artículo 3.- Características de las MYPE**

Las MYPE deben reunir las siguientes características concurrentes:

Microempresa: de uno (1) hasta diez (10) trabajadores inclusive y ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Pequeña Empresa: de uno (1) hasta cien (100) trabajadores inclusive y ventas anuales hasta el monto máximo de 1700 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

El incremento en el monto máximo de ventas anuales señalado para la Pequeña Empresa será determinado por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas cada dos (2) años y no será menor a la variación porcentual acumulada del PBI nominal durante el referido período.

Las entidades públicas y privadas promoverán la uniformidad de los criterios de medición a fin de construir una base de datos homogénea que permita dar coherencia al diseño y aplicación de las políticas públicas de promoción y formalización del sector."

no suelen ser numerosos; en función de calzar dentro de esos parámetros y calificar al consumidor como microempresario, recién analizamos si en efecto el servicio o el bien por el cual reclama se encuentra dentro de los límites de los servicios transversales, es decir, si en efecto son servicios que debía conocer por la propia actividad a la que se dedica en el giro de su negocio.

La resoluciones del Tribunal de la Sala de Protección al Consumidor en INDECOPI han desarrollado estos criterios y señalado 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 se encuentren en asimetría informativa respecto de un bien o servicio no relacionado con el giro del negocio). 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– que las grandes o medianas empresas también pueden ser calificadas como consumidores. Una interpretación que arribe a tal resultado sería abiertamente contraria a ley.

La ley tutela a los microempresarios y excluye al resto de empresas del sistema de protección al consumidor, se entiende que los microempresarios por su tamaño, capacidad económica, organización y/o estructura interna, pueden en determinados supuestos padecer de asimetría informativa frente a sus proveedores, en términos equiparables a los de un consumidor final, y es esa la razón de su protección, pero en tanto desarrollen actividad empresarial, solo se les protege como consumidores de bienes o servicios que no se encuentren dentro del rubro de su negocio, habida cuenta que si son parte estructural del negocio la presunción es que no adolece de falta de información, y que no existiría asimetría informativa.

Si bien las empresas (medianas y grandes) 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. Cabe resaltar, además, que dichas empresas tienen incentivos para manejar información especializada pues ello constituye un elemento de competitividad. Ello no deja desamparados a dichos agentes económicos, sino que la vía por la cual podrán hacer valer sus derechos es el Poder Judicial.

El iter central es determinar en primer lugar la causa objetiva es decir, verificar que el empresario tenga la condición de microempresario, cumplido este requisito será necesario entonces pasar al segundo requisito y analizar si el producto o servicio se encuentra relacionado con el giro propio del negocio. De cumplir con el primer requisito, debe demostrar que se encontraba en una situación de asimetría informativa, que no podía o no estaba en la capacidad de superar respecto de su proveedor el servicio de contratado.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos conllevaría a la imposibilidad de acceder a la protección del consumidor.

Bajo este criterio, en la RESOLUCIÓN 0781-2009/SC2-INDECOPI se evaluó si una empresa que necesita de los servicios de publicidad para su actividad, debe contar con suficiente información sobre la publicidad. Dada la proyección de su negocio hacia el público y la necesidad de ofertar sus productos y servicios mediante avisos, era de esperar que dicha empresa que previamente había sido calificada como microempresa, estuviese en condiciones de asimetría para encontrar en las normas de protección al consumidor la razón de su derecho. Dentro de esta óptica la Sala de Protección al Consumidor consideró que "...lo que se analiza en este tipo de casos no es el conocimiento efectivo con el que cuenta el denunciante sobre el producto o servicio contratado en cada caso concreto, sino el conocimiento que previsiblemente debería poseer por su condición de proveedor de servicios vinculados al bien materia de denuncia." En otras palabras la microempresa que utiliza medios de publicidad para el apoyo de su actividad, debe contar o

presumiblemente debería contar con la información necesaria sobre la forma en que se presta el servicio publicitario, porque es parte de su actividad recurrir a esa forma de ofrecimiento de sus productos.

En el caso de los anuncios publicitarios, tenemos que éstos constituyen una herramienta usualmente empleada por todo tipo de empresas para dar a conocer los bienes y servicios que ofrecen en el mercado y de este modo atraer más clientela. Esta situación concede a los microempresarios una familiaridad natural con tales servicios, permitiéndoles conocer de manera más precisa los principales aspectos operativos de los mismos, generando a su vez una reducción en la original asimetría informativa existente. Siendo así, la contratación y desenvolvimiento de tales servicios publicitarios deben ser considerados transversales a todo esquema productivo o de comercialización y, por ende, connaturales al giro de tales negocios.

Posteriormente la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Tribunal del INDECOPI (Resol.N° 002188-2012/SC2), cambió el criterio por el cual se comprendía o excluía a los microempresarios en el sistema de protección al consumidor.

Bajo el criterio de la resolución del año 2009 se entendía que los microempresarios podían ser comprendidos dentro la ley de protección al consumidor únicamente cuando adquirían bienes o servicios no incluidos dentro de su giro empresarial, pero además, determinados servicios, como los de publicidad, transporte de mercaderías o financieros, al ser transversales a todo esquema productivo o de comercialización y por tanto connaturales al giro de tales negocios, no había posibilidad de calificarlos como de asimetría informativa en dichos casos, incluso si se trata de un microempresario, y en consecuencia éstos no podían ser protegidos por la ley.

En cambio la resolución del 2012 entiende que 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, esta

resolución se fundamenta en que 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, con lo cual se aplica una interpretación finalista y pro consumidor, que encuentra su mayor fundamento en el principio consagrado Pro – Consumidor contenido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, para calificar a un microempresario como consumidor.

Este cambio de criterio se vió imbuido por lo expresado por un sector de la doctrina comparada que se ha pronunciado a favor de la extensión de la tutela del consumidor, a los denominados pequeños comerciantes. Así, según Bourgoignie<sup>11</sup> los profesionales deberían poder acceder a dicho sistema tuitivo siempre que se presenten dos condiciones: (i) la pequeña dimensión de su empresa, lo cual supone un débil poder de mercado, con lo cual se excluye a aquellos que se beneficien de una posición en el mercado que les confiera cierta fuerza de negociación; y (ii) ausencia de similitud entre el bien o servicio que es objeto de reclamación por parte del profesional, en su condición de consumidor, y los bienes o los servicios que son objeto de su especialidad comercial o profesional; con lo cual se excluyen a los profesionales que efectúen operaciones relacionadas con su especialidad por necesidad de su actividad comercial o profesional.

En los fundamentos de la resolución que motiva el cambio de criterio se desarrolla el hecho de que en el supuesto sobre los conocimientos de los servicios contratados subyace la finalidad de corregir la asimetría informativa. Y, no existe presunción alguna, exigiéndose un análisis que verifique: (i) la calidad de microempresario del

---

<sup>11</sup> BOURGOIGNIE, Thierry: A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO DIREITO FRANCÊS E ALEMÃO, O conceito jurídico de *consumidor*, in Revista do Direito do Consumidor, nº2. El referido autor hace referencia a una sentencia de la Corte de Casación Francesa del 15 de abril de 1982, en la que se extiende el alcance del régimen de protección de los consumidores al profesional que actúa fuera de su competencia particular. En el caso concreto, se trataba de un agricultor que contrataba un servicio de peritaje para la evaluación de un siniestro que afectaba su explotación. La Corte consideró que el contrato de peritaje no pertenecía a la categoría de actos directamente vinculados a la actividad económica del explotador agrícola, siendo este último reconocido, por su impericia, como consumidor.

denunciante; (ii) que el bien o servicio no esté relacionado con el giro propio del negocio; y (iii) la asimetría informativa respecto de dichos bienes o servicios. Únicamente pasados estos filtros el microempresario podrá ser considerado como consumidor para los efectos de la Protección al Consumidor.

Se abunda en articulaciones cuando se señala que la Ley de Protección al Consumidor, no señala con exactitud si se debe manejar una noción amplia o restringida respecto de lo que es el giro propio del negocio y de los productos o servicios que están relacionados con el mismo, reservando dicha tarea al intérprete son *productos o servicios relacionados con el giro propio del negocio* (aparte de los productos y servicios ofrecidos por el propio microempresario en el mercado) aquellos inherentes a la actividad económica desarrollada por el microempresario, esto es, absolutamente imprescindibles para que la misma se desenvuelva, tales como: (i) la materia prima y/o materiales fabricados que sirven de insumos para fabricar determinados productos, o (ii) las maquinarias o instrumental necesarios para prestar determinados servicios. En estos supuestos el microempresario posee o debe poseer conocimientos especializados respecto de la adquisición de tales productos o servicios, superiores a un consumidor final promedio y más bien cercanos a los del correspondiente proveedor, en tanto dichos productos o servicios se encuentran intrínsecamente relacionados con su actividad empresarial, pues son absolutamente necesarios para su desarrollo.

Subyace entonces dentro del criterio que en la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor el análisis de la asimetría informativa se realizará "*respecto de aquellos productos o servicios*" no relacionados con el giro propio del negocio, para determinar si es o no presumible que se tuviera conocimiento sobre estos servicios.

En este punto, cabe resaltar que la ley obliga a evaluar la asimetría informativa en relación con el rubro de productos o servicios materia de denuncia, esto es, considerándolos de manera genérica y abstracta. El análisis debe sujetarse a la determinación de los parámetros relativos a: presunción *ius 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. Ello en razón a que admitir que el microempresario denunciante debe acreditar una situación de asimetría informativa frente a su proveedor, esto es, que no cuenta con información especializada respecto de determinados productos o servicios, se le estaría exigiendo la probanza de un hecho negativo. Por ello, el proveedor denunciado es quien se encuentra en mejor posición de probar la ocurrencia de un hecho positivo: que el microempresario denunciante sí cuenta con conocimientos especializados sobre el producto o servicio materia de denuncia.

Al respecto, analizados ambos extremos de la determinación del conocimiento de la información y asimetría informativa, lo rescatable del tema es que la presunción *juris tantum* de que el microempresario debe contar con suficiente información al momento de contratar no calza *per se*, sino que debe demostrarse, lo cual nos hace converger igualmente a un hecho de probanza sobre hechos que pueden ser negativos, lo que sucede es que con el nuevo criterio, la presunción va a estar de lado del proveedor, para quien se supone que el consumidor, cualquiera que sea el servicio, está en condición de asimetría informativa y que saldrá de esa situación en la medida que el proveedor demuestre que no lo está. En el caso concreto, compete al proveedor demostrar si el servicio que ofreció era parte de la actividad principal del consumidor; y al consumidor-empresario le corresponde, no obstante que *per se*, se presume que no tiene información, estará en la obligación de demostrar que el servicio no es consustancial con su actividad.