

ASIMETRÍA INFORMATIVA

Alonso Morales Acosta

I. INTRODUCCION

¿Qué pueden tener en común los siguientes casos?: el que un banco no haya informado sobre los alcances de la responsabilidad del tarjeta habiente cuando su tarjeta de crédito es usada ilícitamente por terceros; que se venda un cuadro de pintor desconocido indicando que fue pintado por Picasso; que un cajero automático entregue billetes falsos a los usuarios; que un médico no informe a su paciente sobre los riesgos de una cirugía o que realice una mala praxis durante la misma; por último, qué tiene en común con todas las situaciones anteriores el que un pequeño empresario, al contratar el transporte internacional de peces ornamentales, pierda toda su mercadería (al llegar muertos los peces a su destino). Todas estas situaciones adolecen de un problema de información, sea sobre las características o sobre la calidad de los productos o de los servicios. Es decir, el consumidor no fue veraz, suficiente u oportunamente informado. Esta problemática se denomina Asimetría Informativa.

II. IMPORTANCIA DE LA INFORMACIÓN EN EL MERCADO

En un escenario sumamente especializado, escuché afirmar al Gerente de Mercados y Emisores de la Conasev¹, cuando intentaba resaltar la importancia de dicho mercado de capitales, que lo que caracterizaba a este medio era fundamentalmente el ser considerado un “mercado de información.”

La declaración se manifestaba objetivamente correcta, ya que no hay nada más valioso que la información para determinar cuánto vale una empresa o los valores mobiliarios que representan su titularidad. Sin embargo, cabría interrogarse si lo indudablemente esencial en dicho mercado especializado (la información), no sería a su vez -en diversos grados- una característica de todos los mercados o del mercado en general.

Por ejemplo, los seguros tienen características muy especializadas y complejas que difieren incluso según su tipo: vida, responsabilidad civil, robo, daños personales o patrimoniales, etc. De ahí que se requiera de la asesoría de un “corredor de seguros”, tanto para hallar el seguro adecuado como para interpretar los términos de la póliza respectiva.

Un ejemplo más sencillo, el color de una fruta (sea un banano o una manzana), nos brinda información sobre su grado de madurez y si ésta se encuentra o no óptima para su consumo.²

Contar con información resulta un activo muy valioso, pues permite saber si existe un bien que satisfaga algunas de nuestras preferencias o necesidades, así como quién nos lo puede proveer, dónde se encuentra y a qué precio podemos conseguirlo. La información

¹ Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

² Si ello es así y al probarla resulta que aún no está madura, o por el contrario, lo está en exceso, se habrá presentado un problema de idoneidad, tema que se desarrollará unas líneas más adelante.

es tan importante que también puede convertirse en un bien transable e insumo necesario de otros bienes (por ejemplo: una primicia periodística, la información de una venta de minerales, la adquisición de acciones con fines especulativos, etc.).

Al respecto, Alfredo Bullard señala que “la información puede ser conceptualizada como un bien, en cuanto tiene un valor económico determinado por las circunstancias y por la utilidad que tiene para los particulares (...)”³

En ese sentido, obtener información resulta valioso al permitir adoptar decisiones adecuadas y asignar eficientemente los recursos. Veamos algunos ejemplos de cómo influye la información en una decisión satisfactoria para el consumidor: si se trata de un medicamento se necesitará saber si produce alergias en el paciente; si se trata de un producto alimenticio se necesitará saber si alguno de sus componentes puede causar un malestar; si se trata de un seguro, se necesitará determinar cuál es su cobertura y el procedimiento a seguir luego de ocurrido el siniestro; del mismo modo, si se trata de la adquisición de acciones habrá que determinar cuál es la situación de la empresa, cuáles han sido los dividendos pagados en los últimos años, qué proyectos de crecimiento tiene la misma y si el paquete de acciones que se ofrece concede o no el control de dicha empresa.

Asimismo, habría que contar con información sobre la seriedad del proveedor en el cumplimiento de sus obligaciones, responsabilidad con la que honra “su garantía”, o si por el contrario, se trata de un agente desprestigiado por sus incumplimientos, moras o defraudaciones, etc.

Todo lo expresado evidencia lo valioso que puede ser conseguir y transar en base a información veraz. Evidentemente no es fácil obtenerla en todos los casos, debido a que ésta resulta sumamente costosa y, probablemente no todos los agentes tengan la misma cantidad de recursos para poder invertir o comprar información suficiente antes de cada adquisición.

Este es uno de los problemas del mercado: la Asimetría Informativa, que junto con la Asimetría Económica pueden generar asignaciones ineficientes de recursos.

III. INSTITUCIONALIDAD DE LA COMPETENCIA

La Institucionalidad de la competencia no desconoce la existencia de fallas en el mercado, pero es a través de la libre acción de sus agentes y de la regulación pública, cuando ello resulta indispensable, que se busca neutralizar sus efectos. En este último caso se pretende que el mercado funcione simulando una competencia poco costosa, semejante al mercado de “Competencia Perfecta”.

En este contexto, la regulación de la Competencia (al promover el mercado) a su vez tutela al consumidor, pues facilita que la oferta (y la demanda) se formen en un mercado con opciones (conocidas por la mayor información), desincentivándose así conductas monopólicas.

³ Bullard Gonzales, Alfredo. “La Asimetría de Información en la contratación a propósito del Dolo Omisivo”. Lima: Palestra Editores, 2000, Pág. 292

En ese sentido, la información atraviesa la institucionalidad del mercado, abarcando tanto a la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, relacionada con aquellas conductas contrarias a las buenas prácticas del mercado (actos de confusión, engaño, denigración, etc.), como a la regulación especial de la publicidad, que fomenta que la información sea buena y que dicho medio no distorsione las buenas prácticas del mercado.

En igual medida, la información atraviesa a la Ley de Protección al Consumidor, cautelando la veracidad, suficiencia y oportunidad de la misma, para así evitar que la relación de consumo se vea afectada.

Indudablemente el uso adecuado o indebido de la información atraviesa también la Ley de Libre Competencia, puesto que informada la empresa con posición de dominio sobre los planes de las organizaciones que desean entrar al mercado, podría mejorar sus productos o políticas de ventas para generar barreras de acceso en base a eficiencia o podría, de otro lado, actuando indebidamente, oponerles boicots, cláusulas de atadura o políticas de discriminación de precios.

Por consiguiente, debe tenerse en cuenta que la Protección al Consumidor se desarrolla en el ámbito de una economía social de mercado, esto es, en un sistema en que la interacción entre los proveedores y consumidores orienta la asignación de los recursos, determinando la calidad y los precios con los que los bienes y servicios se incorporan al mercado.

IV. ¿CÓMO AFRONTAR LA PROBLEMÁTICA DE LAS FALLAS EN EL MERCADO?

Desde la perspectiva de la tutela al consumidor se puede afrontar dicha problemática de modo concreto y directo: incentivando la competencia y la información en el mercado. Es decir, reduciendo costos de acceso y salida del mercado, costos de transacción y dando una solución a las externalidades.

Si bien la Ley de Protección al Consumidor confiere el derecho del consumidor a tener opciones en el mercado, cabe resaltar que éstas sólo serán posibles en la medida que se eliminen las barreras de acceso burocráticas, así como las barreras de acceso provenientes de prácticas exclusorias o de prácticas restrictivas de la competencia.

Asimismo, se deben sancionar todas aquellas prácticas que se constituyan en desleales, así como las que atenten contra las prácticas de buena conducta en el mercado, o todas aquellas que causen desinformación al consumidor.

Cabe destacar que es con dicho fin que se reconoce la titularidad del consumidor para denunciar infracciones respecto de las leyes reguladoras de la Competencia (Libre Competencia, Competencia Desleal, Publicidad y Protección al Consumidor).

V. ¿POR QUÉ EL SISTEMA TUTELA AL CONSUMIDOR?

La defensa y protección de los consumidores es una pieza clave del sistema de libre mercado consagrado en nuestra Constitución Política.

“El rol de los consumidores en el mercado es esencial. No es posible imaginar un sistema económico de este tipo sin entender que su figura central es el consumidor. El mercado existe por y para los consumidores. Nada se justifica en términos de su

funcionamiento sin comprender su rol. El consumidor es soberano del mercado porque en el fondo el desarrollo no es otra cosa que aumentar el nivel de bienestar que atraviesan la sumatoria de los consumidores”⁴

En tal sentido, el sistema tutela al consumidor con la finalidad que el mercado funcione en su beneficio a pesar de sus imperfecciones y fallas, así como para que con la información se pueda hacer un uso más eficiente de los recursos y, en consecuencia, haya más satisfacción y bienestar en la sociedad.

Al respecto, Farina señala que “(...) la necesidad de proteger a los consumidores deriva de haberse advertido que la creciente vulnerabilidad de éstos en las relaciones económicas estaba poniendo en riesgo a la propia economía de mercado.”⁵

En similar sentido, se ha señalado que a raíz de los fenómenos económico-sociales que se han ido produciendo en la segunda mitad del siglo XX, se ha dado “una enorme expansión del mercado y un notable incremento de la complejidad del mismo. La consecuencia para el consumidor es que se ha visto desbordado en sus relaciones jurídicas de aprovisionamiento doméstico fundamentalmente por carencias informativas, hasta tal punto que se trastoca el mismo juego del mercado (...)”⁶.

Así, la doctrina legal ha desarrollado la necesidad de un régimen especial de protección a los consumidores sobre la base de la asimetría de información existente entre una categoría de agentes económicos –los proveedores- frente a la otra –los consumidores o usuarios-, quienes se encuentran en una clara situación de desventaja con respecto a los primeros.

Dicha desventaja 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. Así, mientras que los proveedores están en posición de obtener información poco costosa, 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.

La falta de información puede presentarse de diversas formas, sin embargo, una de las más comunes aparece en la contratación masiva, en la que suelen utilizarse cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión. En estos casos, la falta de información se acentúa y toma características especiales debido principalmente al poco margen que este tipo de contratación deja para la negociación.

Además, esta protección especial que el ordenamiento otorga a los consumidores toma en cuenta el hecho que los proveedores se encuentran en una mejor posición para transmitir la información (es menos costoso que ellos la entreguen a que el consumidor la

⁴ Documento de Trabajo N° 001-2000, “Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y Propuesta”, Indecopi, publicado en el Diario Oficial el Peruano el día 15/03/2000, pag. 184697.

⁵ Farina, Juan M. “Defensa del consumidor y del usuario”. Buenos Aires: Astrea, 1995, Pág. 13.

⁶ Ruiz Muñoz, Miguel. “Introducción a la protección jurídica de los consumidores”. En: “Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores”. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, Pág. 8.

averigüe) y para tomar las precauciones necesarias con el fin de reducir los riesgos involucrados en una relación comercial.

Por tanto, la protección de los consumidores frente a los proveedores se basa en la 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. De ello se desprende que el fundamento de la protección es la asimetría informativa y no la desigualdad de poder económico o las diversas fallas que puede presentar el mercado.⁷

No obstante lo señalado en los párrafos anteriores, debe considerarse que no toda la asimetría de información debe ser corregida, ya que si el mercado funciona adecuadamente, este puede generar la suficiente cantidad de información relevante para que los agentes económicos tomen decisiones racionales y adecuadamente informadas, sin que sea necesario que desarrollen una capacidad de manejo de información similar a la de los proveedores.⁸

VI. ASIMETRÍA INFORMATIVA

La Asimetría Informativa es una característica intrínseca a cualquier transacción económica (e incluso a otros aspectos sociales), en tanto que siempre en un intercambio de bienes y servicios habrá un actor mejor informado que otro. En efecto, dicho actor suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado, lo que genera que ciertas prácticas puedan distorsionar excepcionalmente el buen funcionamiento del mismo.

En términos económicos, la asimetría informativa genera costos de transacción en el mercado, los cuales deben entenderse como aquéllos en los que las partes deben incurrir para llegar a celebrar un contrato que satisfaga de la mejor manera posible sus intereses, tendiendo así a maximizar la utilidad social.

En este sentido, del concepto de Asimetría Informativa se desprenden dos aspectos que se encuentran estrechamente vinculados como dos caras de la misma moneda: el deber de Información y el deber de garantizar la idoneidad.

6.1- Deber de Información

El deber de información de los proveedores debe ser entendido como el derecho de los consumidores a recibir de los proveedores toda la información necesaria y oportuna para tomar una decisión adecuada en la adquisición de un producto. Stiglitz señala que el

⁷ Ya existe un área de las normas de la competencia que se encarga del uso inadecuado del poder económico. Así, los mercados monopólicos o concentrados son confrontados por la regulación existente para servicios públicos o por la legislación que prohíbe las prácticas abusivas y restrictivas de la competencia (Decreto Legislativo 701). Véase también Resolución del Tribunal Administrativo de Indecopi N° 101-96-TDC de fecha 18 de diciembre de 1996 en el Expediente N° 102-95-CPC, seguido por Cheenyi E.I.R.L. en contra de Kónica S.A., publicada en el Diario Oficial El Peruano el 1 de Enero de 1997.

⁸ Ver Resolución del Tribunal Administrativo de Indecopi N° 101-96-TDC de fecha 18 de diciembre de 1996 (Cheenyi contra Kónica).

objeto del derecho a la información “versa, en esencia, sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de la negociación y, en su caso, las características de los productos comercializados.”⁹

Del lado del consumidor, es el derecho a obtener los elementos necesarios a fin de posibilitar elecciones o tomas de decisiones favorables a sus intereses. “(...) Se trata de la obtención de información necesaria para el actuar responsable en materia de consumo y para proteger al consumidor de mecanismos de venta y prácticas comerciales que puedan influir en sus decisiones tanto como afectar derechos económicos, personales y sociales.”¹⁰

Visto del lado del proveedor, consiste en la obligación de poner en 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 tres requisitos: ser veraz, suficiente (o adecuada) y oportuna.

En ese sentido, Juan Espinoza Espinoza señala que “este deber de informar, no ha quedado a la libre consideración por parte del proveedor de lo que pueda considerar información, sino que la legislación ha establecido parámetros a los cuales se condiciona para que toda información proporcionada al consumidor sea considerada como tal. En efecto, en este artículo se precisan las características que debe reunir la información que debe proporcionar el proveedor, sobre su producto o servicio, debiendo ser ésta veraz, suficiente y de fácil acceso al consumidor o usuario.”¹¹

Asimismo, al decir de Ferrand Rubini, ... “el proveedor debe poner a disposición del consumidor la información mínima del producto o servicio para que éste se encuentre en capacidad de comparar las características en cada oferta y, finalmente, elegir. Puesto de otro modo, la relevancia de la información se determina por el hecho que su omisión hubiera cambiado la decisión del consumidor en su adquisición.”¹²

De esta manera, los problemas de información son entendidos como los casos en que el proveedor omite brindar información relevante o la brinda de manera defectuosa (no exacta- “verdad a medias”- ni oportuna), de tal modo que impide que el consumidor evalúe correctamente la contratación del bien o servicio a adquirir, o que, habiéndolo adquirido, realice un uso inadecuado del mismo.

A modo de ejemplo, pensemos en un proveedor que se dedica a la venta de automóviles usados y está ofreciendo un modelo antiguo de una marca famosa señalando que puede alcanzar una velocidad de 200 KM/H, afirmación que no es cierta, ya que dicho automóvil no alcanzará una velocidad mayor a 140 KM/H. Ello quiere decir que la información

⁹ Stiglitz, Gabriel A. “Protección Jurídica del consumidor”. Buenos Aires: Depalma, 1990, Pág. 45.

¹⁰ Pérez Bustamante, Laura. “Derechos del consumidor”. Buenos Aires: Astrea, 2004, Pág. 58-59.

¹¹ Espinoza Espinoza, Juan y Gonzáles Barbadillo, Elvira. “Deber de información del Proveedor” En: “Ley de Protección al Consumidor, comentarios, precedentes jurisprudenciales, normas complementarias”. Lima: Rodhas, 2004, Pág. 151.

¹² Ferrand Rubini, Enrique. “ Los derechos de los consumidores”. En: “Ley de Protección al Consumidor, comentarios, precedentes jurisprudenciales, normas complementarias”. Lima: Rodhas, 2004, Pág. 65.

relevante que está brindando el proveedor no es veraz, y estará produciendo un perjuicio en el consumidor que adquiera dicho vehículo.

Otro escenario donde encontramos infracción al deber de brindar información relevante es en algunas de las compañías publicitarias de 2x1 de los grandes almacenes. En una de estas grandes tiendas, a pesar de ofrecer la promoción 2x1 en todas las prendas de temporada, al momento de cancelar en caja, se informaba a los clientes que no todas las prendas estaban comprendidas en dicha promoción. Si un consumidor atraído por la publicidad terminaba pagando la prenda excluida y luego se le informaba que en esa marca no había 2x1, pues se habría materializado una infracción a este deber de información, sin perjuicio de la contravención a las normas de publicidad en favor del consumidor¹³. Otro ejemplo sería el del Hotel Las Américas¹⁴, en el cual se ofrecían tarifas de habitaciones que no incluían el I.G.V ni el 10% por concepto de bienes y servicios. Por último, el caso de Consorcio DHMONT & CG&M S.A.C¹⁵ en el que se cobró el impuesto de alcabala a pesar de que los inmuebles objeto de la transacción no se encontraban afectos a dicho tributo.

Como puede apreciarse en estos casos, la infracción a la tutela del consumidor se haya en una afectación en la génesis de la relación de consumo, es decir, en la comunicación de la oferta contractual.

6.2- Idoneidad

De otro lado tenemos a la Idoneidad, que constituye otra de las manifestaciones de la Asimetría Informativa. Así se presenta un supuesto de falta de idoneidad cuando no existe coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe; naturalmente lo que el consumidor espera depende de la calidad y cantidad de información que le ha brindado el proveedor.

Si la prestación no corresponde a lo esperado por un consumidor razonable, quien justamente ha fundado sus expectativas en la información brindada por el proveedor, éste tendrá que asumir la responsabilidad por la falta de correspondencia entre la prestación ejecutada y la prestación ofrecida (y esperada por el consumidor).

Ello en buena cuenta significa que si quien brinda información abre o crea una serie de expectativas que cualquier consumidor razonable podría esperar, entonces tiene que asumir el costo de las mismas, dado que es su información la que ha movilizado dicha demanda, información que no debe adolecer de defectos.

Es por este motivo que se afirma que existe la obligación del proveedor de responder por las deficiencias o por la falta de aptitud de la prestación, cuando ellas evidencian una

¹³ Ver: Resolución Final N° 072-2006/CCD-INDECOPI de fecha 10 de mayo de 2006 en el expediente N° 020-2006/CCD, seguido por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) en contra de Saga Falabella S.A.

¹⁴ Ver: Resolución Final N° 1946-2006/CPC de fecha 17 de octubre de 2006 en el expediente N° 1413-2006/CPC, seguido por Asociación Nacional de Consumidores del Perú en contra de la Caja de Pensiones Militar Policial.

¹⁵ Ver: Resolución Final N° 1270-2006/CPC de fecha 12 de Julio de 2006 en el expediente N° 875-2006/CPC, seguido de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor en contra de Consorcio DHMONT & CG&M S.A.C.

divergencia con lo informado. Es decir, existe la presunción de que todo proveedor ofrece una garantía implícita por los productos o servicios que comercializa, los cuales deben resultar idóneos para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren en el mercado.

En ese sentido, Ferrand Rubini opina que ... “De esta forma, no es necesario establecer contractualmente una garantía para que el proveedor sea responsable por la falta de idoneidad. El deber de responder existe per se al haber comercializado el producto o servicio. Es pertinente precisar que la idoneidad se establece, además de tener en cuenta los usos y fines previsibles del producto o servicio, tomando en consideración las circunstancias que rodean la adquisición como son el lugar de compra, el precio, la información brindada por los vendedores o consignada en el rotulado, la presentación del producto, entre otros, los cuales son elementos que definen el alcance de la garantía implícita. Así, por ejemplo, una adquisición en un establecimiento formal tendrá una garantía implícita de mayor alcance que una con respecto a la adquisición en un informal, porque el proveedor formal está vendiendo, además del producto, seguridad.”¹⁶

En tal sentido, los bienes o servicios se considerarán idóneos para los fines ordinarios para los cuales suelen adquirirse o contratarse, según el nivel de expectativa que tendría un consumidor razonable, expectativa que, en buena cuenta, depende de lo que le fue informado. La satisfacción de esa expectativa ya contractualizada es la que garantiza el proveedor a través de su prestación.

Respecto a las garantías de idoneidad éstas se dividen en garantía implícita, expresa y legal. La primera consiste en la obligación del proveedor de responder por el bien o servicio en caso no resultara idóneo para satisfacer las expectativas de los consumidores razonables. La garantía expresa se refiere a los términos y condiciones expresamente ofrecidas por el proveedor, que siendo conocidas o conocibles por el consumidor razonable utilizando su diligencia ordinaria excluyen la garantía implícita. Finalmente, como su nombre lo indica, la garantía legal es aquella establecida expresamente en la ley.¹⁷

Por ejemplo, cuando un proveedor que se dedica a la venta de automóviles ofrece un auto último modelo que alcanza una velocidad de 200 KM/H (fabricado con esa característica), será innegable que el consumidor espere que su vehículo alcance dicha velocidad y no una inferior durante el período de vida útil del vehículo (sea éste determinado por el transcurso del tiempo o por su kilometraje), salvo que el proveedor expresamente haya informado una cobertura menor. Si la velocidad que el vehículo desarrolla no coincide con el modelo, pues habrá un defecto de fábrica (falta de idoneidad).

Otro ejemplo de falta de idoneidad es el caso del Navegador Especial¹⁸ que ofrecía la búsqueda de textos seleccionados. En este supuesto lo que esperaría un consumidor razonable sería un programa especializado para encontrar materias especializadas, mas no un link que remitiera dicha función al buscador gratuito Google. Tampoco resulta

¹⁶ Ferrand Rubini, Enrique. ” La idoneidad del producto o servicio”.En: “Ley de Protección al Consumidor, comentarios, precedentes jurisprudenciales, normas complementarias”. Lima: Rodhas, 2004, Pág. 108.

¹⁷ Ver: Lineamientos sobre Protección al Consumidor de fecha 30 de noviembre de 2006.

¹⁸ Ver: Resolución Final N° 1709-2006/CPC de fecha 12 de setiembre de 2006 seguido por María Antonieta Crisóstomo Herrera contra Editorial Perú libros E.I.R.L.

razonable que en un Supermercado que se caracteriza por brindar un buen servicio¹⁹, el personal de seguridad confunda a un cliente con un raterillo dedicado al hurto, siendo afectado en su dignidad personal por esta causa. Por último tampoco resultaría idóneo que una tienda comercial ofrezca ventas al crédito a una tasa de interés determinada y que por un artificio financiero termine cobrando tasas superiores a las ofrecidas, mediante cálculos especializados e ininteligibles para el consumidor.

Todos éstos son ejemplos de falta de idoneidad en los que las características y aptitudes de lo adquirido no coinciden con lo que nos fuera informado.

VII. PEQUEÑAS EMPRESAS Y LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Las interrogantes que inmediatamente este título produce son las siguientes: ¿cómo ingresan los pequeños empresarios a la legislación de protección al consumidor?, ¿qué interés se está tutelando?, ¿qué tiene en común este consumidor intermedio con un destinatario final?.

Algunos sostendrán que los pequeños empresarios también son destinatarios finales de algunos bienes y que por ello se debe generalizar su defensa, o que también se hallan en asimetría informativa y que incluso ésta –en ciertos casos- puede ser equivalente a la de los destinatarios finales. Farina, por ejemplo, piensa que a semejanza de muchos consumidores el pequeño empresario carece de capacidad de negociación: “(...) si se quiere ser justo debe tenerse en cuenta que el pequeño comerciante carece de capacidad negociadora frente a la empresa vendedora, por lo que concurren circunstancias que justificarían en supuestos de esta naturaleza equiparar al pequeño empresario con el consumidor.”²⁰

¿Cómo armonizar la doctrina, lo actuado por la Comisión de Protección al Consumidor y la jurisprudencia de la Sala de Defensa de la Competencia con la legislación?

Veamos, el artículo 65 de la Constitución Política del Perú²¹ declara la tutela de los intereses de los consumidores a través de un derecho instrumental: el derecho a la información, en base al cual vela en particular “por la salud y seguridad en la población”.

Este derecho a la información se desdobra -como ya hemos explicado- en el derecho del consumidor a recibir toda la información relevante acerca de la prestación, así como en el derecho a que se satisfaga la prestación tal como cualquier consumidor razonable pueda concebirla o idearla en base a la información recibida (idoneidad).

Esta necesidad de tutela parte de corroborar en la práctica la desigualdad en la cantidad y calidad de información de la que disponen los consumidores respecto de los proveedores, así como del hecho que estos últimos tienen la posibilidad de trasladar al consumidor los costos de acceso a dicha información a través del sistema de precios.

¹⁹ Ver: Resolución Final N° 443-2003/CPC de fecha 23 de Abril del 2003 seguido por Antonio Alfonso Ledesma Tapullima contra Supermercados Santa Isabel.

²⁰ Farina, Juan M. Op Cit, Pág. 54.

²¹ Constitución Política del Perú. Artículo 65.- “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, por la salud y la seguridad de la población.”

La profesora Olenka Woolcott, sin desconocer la asimetría de la información antes aludida, resalta incluso algunas inconductas de los proveedores frente a sus políticas de información respecto de productos defectuosos. En efecto, comentando los argumentos de la expansión de la responsabilidad objetiva de los productores en el modelo norteamericano, menciona la existencia de una “situación de desventaja del consumidor en el mercado dada la falta o inadecuada información sobre los riesgos de los productos. Ello debido en parte a que los productores o ponían a disposición información imprecisa o fomentaban el “optimismo” de los consumidores hacia la adquisición de los productos.”²²

Los proveedores tienen la ventaja de un acceso menos costoso a la información, la cual facilita las condiciones de prestación y estructuración de su oferta en cuanto a la cantidad y calidad de información que van a brindar al consumidor, sea sobre la situación del mercado, los productos a ser ofrecidos o las percepciones de los propios consumidores.

En este orden de ideas, es lógico que la tutela al consumidor se encuentre dirigida a proteger a aquellos individuos afectados por la desigualdad informativa que puede afectar negativamente la asignación de recursos a través de las relaciones de consumo, es decir, a los consumidores, entendidos como destinatarios finales de bienes o servicios.

En tal sentido, el término “destinatarios finales” limita la noción de consumidor únicamente a aquellas personas naturales o jurídicas que puedan ser consideradas como “últimos compradores” o “consumidores finales”.

Para tal efecto, la noción de consumidor final implica que se adquiere un producto o se usa un servicio como último eslabón de la cadena de circulación del bien. En esta última parte de la cadena de circulación está el consumo o uso personal del adquirente, así como el consumo o uso colectivo, ya sea de su familia o de su grupo social inmediato.

Lo curioso es que en la Ley de Protección al Consumidor la noción de consumidor comprende tanto a las personas naturales **como a las jurídicas** que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios. En verdad, no cuesta mucho imaginarse a una persona natural como destinatario final, pero sí cuesta mucho imaginarse a una persona jurídica como consumidor final.

La razón es obvia: difícilmente una persona jurídica o incluso un pequeño empresario se constituyen en el “último eslabón de la cadena de circulación de un bien”, pues evidentemente ellos no se hayan en general en situación de destinatarios finales de los bienes, lo cual los aparta de la categoría de “consumidor final”

Veamos, un pequeño empresario podría organizar su titularidad (de la empresa) como persona natural (“Empresa Unipersonal”) o persona jurídica (Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Sociedad Anónima Cerrada, Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, etc.). En el primer caso lo caracterizará como tal la “habitualidad”, vale decir el organizar “profesionalmente” su actividad económica; mientras que en el segundo caso (al operar mediante una entidad revestida de personalidad jurídica) lo caracterizará como empresario el objeto de su constitución: el intermediar o producir para intermediar bienes o servicios. Este es el fin con el que se constituye una

²² Woolcott Oyague, Olenka. “La responsabilidad del productor”. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, Pág. 85-86.

empresa²³, no siendo necesario acreditar habitualidad para tal fin, pues la forma jurídica elegida revela la vocación de su actividad: hacer negocios poniendo en circulación bienes o servicios en el mercado, y no servirse del mercado para una adquisición o consumo que sustraiga los bienes de la circulación.

7.1. Una primera aproximación: el criterio del uso mixto

Como ya adelantamos, cuando las personas naturales operan directamente (sin crear persona jurídica alguna) como empresarios individuales (es decir “empresas unipersonales”), la **habitualidad en la intermediación** es el elemento fáctico que distingue su actividad “profesional” o “empresarial” de su acción personal o familiar destinada al consumo e inclusive permite diferenciarla de un acto de intermediación ocasional o aislado.

Bajo esta perspectiva debería ser muy fácil distinguir la porción o segmento de actos en los que la persona natural opera como destinatario final de otros en el que ello no es así; sin embargo, como en la práctica esta tarea puede resultar compleja, la Comisión de Protección al Consumidor ha adoptado como criterio el determinar si el bien o servicio adquirido ha sido destinado a un uso mixto.

“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. El 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 el servicio de confección de vestidos son ejemplos gráficos de este supuesto. En estos casos, la Comisión y esta Sala deben actuar con cautela a fin de evitar que actividades accesorias priven a los destinatarios finales de protección, de manera que en caso de duda sobre la naturaleza del destino que se da al bien, debe presumirse que el mismo es destinado al uso personal, familiar o del entorno social inmediato del consumidor.”²⁴

²³ “Constituir una empresa” importa en realidad dos actividades: formalizar la titularidad (por ejemplo, tomar la forma de una persona jurídica: SAC, SRL, EIRL, etc) y organizar la “unidad de producción” (recursos de capital y trabajo para producir o intermediar bienes o servicios en el mercado).

²⁴ Ver: Resolución Final N° 101-96-TDC de fecha 18 de diciembre de 1996 seguido por Cheeny E.I.R.L. contra Kónica S.A. Obsérvese que este criterio no habría quedado sin efecto, sino más bien ratificado por el caso “Reynaldo Moquillaza S.R..L” contra “Milne & Co S.A.” pues se usó como argumento adicional para declarar fundada la denuncia, complementando el nuevo argumento de “Asimetría del pequeño empresario”

“Adicionalmente, el vehículo materia de denuncia era utilizado tanto para fines propios de la actividad económica de la empresa como para fines personales del señor Reynaldo Moquillaza Orellana, es decir, el vehículo materia de denuncia tenía un **uso mixto: empresarial y particular a la vez**, lo cual significa que los afectados por la presunta falta de idoneidad del vehículo materia de denuncia eran tanto la empresa Moquillaza como el señor Reynaldo Moquillaza Orellana, ambos sujetos en desigualdad de condiciones en cuanto a calidad y cantidad de información frente al proveedor del vehículo. En vista de lo anterior, en el presente caso –la adquisición y uso de un vehículo automotor- Moquillaza califica como consumidor para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor.”

En efecto, el uso mixto puede deberse a una adquisición fundamentalmente para el consumo y ocasionalmente para la intermediación, o viceversa (fundamentalmente para la intermediación y ocasionalmente para el consumo). En este escenario el uso determinante para el consumo indicaría que la “Ley de Protección al Consumidor” es la aplicable y, por tanto, la Comisión de Protección al Consumidor la competente. Sin embargo, esto que académicamente es muy fácil de expresar no necesariamente es fácil de determinar, pues habrán casos en los que no se pueda apreciar cuál es la acción determinante, si la actuación como destinatario final o como intermediario.

Si bien el lineamiento invoca el uso determinante (frente a “actividades accesorias”) la Comisión de Protección al Consumidor en la práctica ha asumido la presunción que el uso determinante en “actos mixtos” es el de consumo, asumiendo de pleno competencia para pronunciarse y dejando al denunciado en todo caso la carga de probar lo contrario (que el uso determinante era empresarial). Empero, como este cuestionamiento prácticamente no sucede, es una realidad que la Comisión de Protección al Consumidor ha extendido la tutela en general a los casos en los que simplemente observa la existencia de un uso mixto.

Esta situación dejaría definido que una persona natural en su particular condición de pequeño empresario será objeto de tutela en la medida en que se pueda acreditar que una parte del uso o consumo del bien se efectuó como destinatario final.

Empero, ello no resuelve el tema de fondo ni brinda una guía para descubrir la asimetría informativa del consumidor intermedio, que merece protección por ser análoga a la del consumidor final. En otras palabras, el recurso del “uso mixto” no se refiere a los casos en que se actúa como persona jurídica o como persona natural respecto de adquisiciones bajo un proceso de intermediación de bienes y servicios.

7.2. Segunda aproximación: La Asimetría Informativa

¿Cuándo tutelar en estos casos?.

¿Cabe la tutela de pequeños empresarios cuando adquieren insumos, mercadería, servicios o activos fijos?

El Tribunal, mediante la Resolución N° 0422-2003/TDC-INDECOPI de fecha 3 de octubre de 2003, emitió el precedente de observancia obligatoria en el que se dispuso:

“(…)

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.*²⁵

Es decir, se reitera que el eje de la tutela de la Ley de Protección del Consumidor es la asimetría informativa, la que no puede ser superada fácilmente por lo costoso que resulta a los consumidores obtener información a diferencia de los proveedores. Sin embargo, este costo no es simétrico ni igualmente proporcionado y costoso para todos los “proveedores” que durante el proceso de circulación asumen el rol de “consumidores intermedios”. Ello ha llevado a constatar que hay situaciones en las que un pequeño empresario se halla en una situación análoga a la de cualquier destinatario final y que ello justifica la protección de dicha categoría en ciertos supuestos de 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 aquéllos en los que en la adquisición o el uso, por necesidades de su actividad profesional, no pueda 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.²⁶

El precedente antes referido señala en su análisis (a través de sus “considerandos”), algunos casos en los que considera que generalmente se requiere tutela. Estos son en relación al activo corriente: los de suministros de operación (por ejemplo, papel y lápices), de reparación (por ejemplo clavos, pinturas y escobas) y mantenimiento (como lavado de ventanas o reparación de computadoras); en relación al activo no corriente: los muebles y enseres como equipos de oficina.

En materia de servicios la tutela se extiende a todos, tanto a los “servicios utilizados frecuentemente” como a los “no utilizados frecuentemente, debido a las necesidades del negocio.”²⁷

Obsérvese que el precedente, no obstante haber desarrollado ciertos supuestos específicos, tiene una suerte de “cláusula general”, pues señala que se protege al pequeño empresario afectado por la desigualdad informativa, cuando en la adquisición o uso de bienes o servicios no esté obligado a contar con conocimientos especializados equiparables a los de los proveedores.

Vale decir, que el pequeño empresario será tutelado como un consumidor final en los casos señalados y en cualquier otro caso en el que se evidencie una asimetría informativa que resulte excesivamente costosa superar, por tratarse de “conocimientos especializados equiparables a aquéllos de los proveedores”.²⁸

En efecto, todos los agentes económicos se encuentran en asimetría informativa respecto del proveedor, que es el que está en mejor posición de conocer las características, cualidades y aptitudes del bien o servicio que presta.

²⁵ Ver: Resolución Final N° 0422-2003/TDC-INDECOP de fecha 3 de Octubre de 2003 seguido por Reynaldo Moquillaza S.R.L. contra Milne&Co S.A.

²⁶ Loc. Cit


²⁷ Ibidem

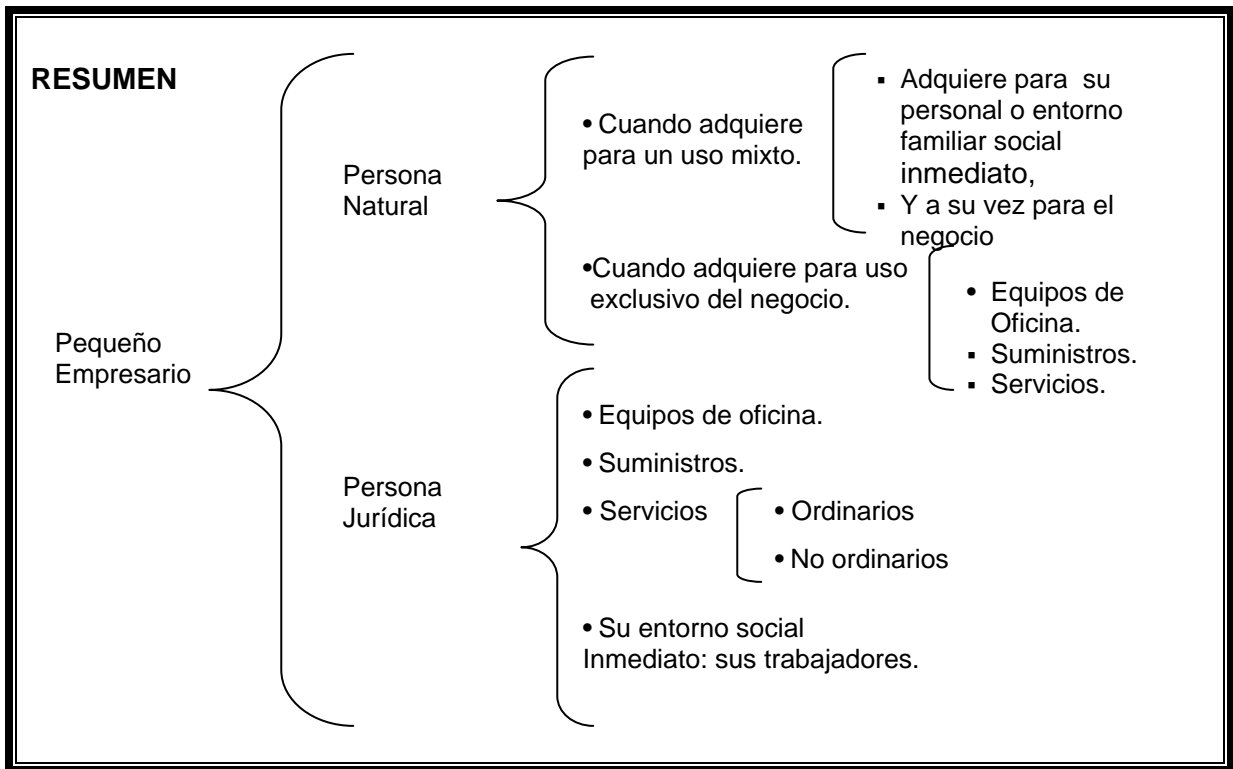
²⁸ Ibidem.

Entonces ¿qué clase de asimetría informativa puede ser aquella que se debe tutelar respecto del pequeño empresario? El criterio que indudablemente utiliza la Sala de Defensa de la Competencia consiste en tutelar al pequeño empresario cuando los costos que genera la asimetría informativa resultan excesivamente elevados, tanto que pone al pequeño empresario (consumidor intermedio) en una posición semejante a la del consumidor final.

Sin embargo, el único problema ante un criterio tan genérico es que muchos supuestos se deberán determinar caso por caso, pudiendo ello generar falta de predecibilidad, pues salvo que se evidencien caso por caso con suma nitidez, resultan muy difíciles de objetivizar y la discrecionalidad podría descansar en una base más subjetiva que objetiva.

A continuación les presentamos dos retratos del precedente que sintetizan lo desarrollado.

CASO PEQUEÑO EMPRESARIO			
	Activos		
Activo Corriente	Caja		
	Cuentas por cobrar		
		Insumos	
		Productos en proceso	
		Productos terminados	
		Suministros	De operación ***
	Inversiones Temporales	De reparación **** y de mantenimiento *****	
Activo No Corriente	Intangibles		
	Maquinarias y Equipos		
	Muebles y Enseres**		
	Edificios y Terrenos		
			Usados frecuentemente en el negocio. No usados frecuentemente en el negocio.
*	Protegidos.		
**	Sólo equipos de oficina.		
***	Por ejemplo: papel y lápices.		
****	Por ejemplo: clavos, pinturas y escobas.		
*****	Por ejemplo: lavado de ventanas y reparación de computadoras.		



Desde luego, no puede descartarse que la asimetría informativa no ha sido la única razón para que Indecopi haya intentado apuntalar la tutela de las pequeñas unidades productivas, pues desde al menos el año 2000 ya existía preocupación respecto de la necesidad de brindar soluciones rápidas y eficientes a los problemas que pudieran tener sus titulares en el mercado.

“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 la tutela legislativa en materia de protección al consumidor para las Pymes, considerando su relativa poca experiencia en el mercado”²⁹

²⁹ Documento de Trabajo N° 001-2000, “Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y Propuesta”, Indecopi, publicado en el Diario Oficial el Peruano el día 15/03/2000, pag. 184715.

En conclusión la tutela del consumidor se ha apoyado eficientemente en la noción de “asimetría informativa”, concepto que sintetiza lo costoso que puede resultar para el consumidor informarse adecuadamente para efectuar una adquisición satisfactoria. De ahí la importancia de establecer el deber del proveedor de brindar información relevante y de garantizar la idoneidad del bien o servicio respectivo.

Un tema que se encuentra aún en desarrollo es cómo extender lo más objetivamente las nociones tutelares del “consumidor final” al pequeño empresario, tratando de circunscribirlas a los casos estrictamente necesarios con el fin de no distorsionar los incentivos y castigos que el propio mercado impone a un “proveedor” que, justamente, cuando actúa como un consumidor intermedio debe buscar informarse adecuadamente para adquirir algo bueno, si es posible bonito y mejor si es barato.