
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

Edwin G. Aldana Ramos^(*)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú
Ha seguido estudios en la Maestría de Derecho con Mención en
Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Ivo S. Gagliuffi Piercechi^()**

Abogado por la Universidad de Lima.
Graduado del Curso de Postgrado por la Universidad de Salamanca en
Derecho de la Competencia y Signos Distintivos.
Catedrático de la Universidad de Lima.

1. Introducción

La determinación de la noción o concepto de Consumidor Final se constituye como un aspecto de especial importancia a efectos de establecer el marco de aplicación subjetiva de la legislación de protección al consumidor, esto es, para identificar a aquellas personas que se encuentran dentro del ámbito de protección de la norma, especialmente, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor (en adelante, el “TUO”)⁽¹⁾.

Contrariamente a lo que algunos puedan creer, el TUO no resulta aplicable a favor de cualquier persona natural o jurídica que adquiera o contrate un bien o servicio, respectivamente, sino únicamente a quien

pueda ser considerado como destinatario o Consumidor Final.

Es comprensible que se genere tal percepción sobre los alcances del TUO en cuanto a su ámbito de aplicación subjetiva, debido a que por simple lógica suele partirse de la premisa de que cualquier persona natural o jurídica que adquiera un bien o contrate un servicio sería un usuario o consumidor del mismo, motivo por el cual contaría con la prerrogativa de denunciar al correspondiente proveedor por presunta infracción a la normatividad de la materia.

El TUO se limita a definir el concepto de Consumidor, señalando, en líneas generales, que será aquella persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute un producto o servicio como destinatario

(*) El coautor se desempeña como asistente legal en Indecopi. Sin embargo, los comentarios vertidos en el presente artículo son efectuados a título personal y no involucran en modo alguno al Indecopi ni a sus órganos funcionales.

(**) Deseamos expresar nuestro agradecimiento a Melissa Fritsch Febrero y Luis Miguel León Luna, alumnos de la Universidad de Lima, por su eficiente labor de investigación y comentarios.

(1) El TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 039-2000-ITINCI, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 11 de diciembre de 2000. Cabe señalar que esta norma también aprobó los Textos Únicos Ordenados de la Ley 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal, y del Decreto Legislativo 691, Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

final. Sin embargo, como puede apreciarse, no se plantea una definición legal sobre el concepto, precisamente, de quién sería considerado como un destinatario o Consumidor Final, es decir, quién se encontraría dentro del ámbito de protección del TUO.

A falta de una definición legal expresa del concepto de Consumidor Final -la misma que debe considerarse esencial para comprender los alcances del TUO como instrumento de protección de los derechos de los consumidores-, los órganos funcionales del Indecopi encargados de la aplicación de la legislación sobre protección al consumidor -específicamente, la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, la “CPC”), en primera instancia administrativa, y la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal (en adelante, la “SDC”), en segunda instancia administrativa- se han visto en la necesidad de definir jurisprudencialmente tal concepto, a efectos de suplir la omisión en que ha incurrido el legislador⁽²⁾.

De este modo, la importancia del concepto de Consumidor Final gira en torno a la posibilidad de identificar a los sujetos que se encontrarán comprendidos dentro del marco de protección del TUO, al ser uno de los elementos necesarios para la configuración de una relación de consumo.

El presente artículo tiene por finalidad analizar la evolución de la delimitación del concepto de Consumidor Final en la legislación peruana, así como a través de la jurisprudencia administrativa emitida por los órganos funcionales del Indecopi, rescatando su importancia y planteando finalmente nuestra posición al respecto.

2. La regulación del Consumidor Final en la legislación peruana

El antecedente normativo inmediato del TUO es, básicamente, el Decreto Supremo 036-83-JUS, “Dictan

medidas extraordinarias en materia económica en defensa del interés de los consumidores”, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 28 de julio de 1983.

Dicho Decreto Supremo, al igual que el TUO, no contenía una definición de Consumidor Final. Sin embargo, el artículo 4 del citado cuerpo legal determinaba los alcances de la noción de Consumidor, definiéndolo como aquél que mediante contrato verbal o escrito adquiría bienes, fungibles o no, o la prestación de algún servicio⁽³⁾.

Sobre el particular, resulta pertinente precisar que dicha regulación específica, cuya finalidad esencial era la protección de los consumidores, había sido previamente propuesta a nivel constitucional. En efecto, el artículo 110 de la Constitución Política de 1979 contenía una disposición expresa mediante la cual se tutelaban los intereses de los consumidores en el marco del régimen económico, orientado fundamentalmente a la justicia social⁽⁴⁾.

Por su parte, en el caso concreto de la normatividad vigente, resulta necesario, en primer término, referirnos a las disposiciones constitucionales respecto de la protección de los consumidores.

En tal sentido, el artículo 58 de la Constitución Política de 1993 señala que el Estado defiende el interés de los consumidores, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado y, en particular, vela por la salud y seguridad de la población⁽⁵⁾.

Por su parte, a nivel legal, podemos mencionar lo dispuesto por el artículo 2 del TUO, que contempla el desarrollo de la protección al consumidor en el marco de una economía social de mercado⁽⁶⁾. Asimismo, el literal a) del artículo 3 del mismo cuerpo legal contiene el concepto de Consumidor, en los siguientes términos:

“Artículo 3. Para los efectos de esta ley, se entiende por:

- (2) Ello es así dada la evolución que va experimentando el concepto de consumidor. Podemos convenir en que la definición legal no resulta en este caso imprescindible, dado que será la jurisprudencia, de naturaleza administrativa, la que determine los alcances del concepto bajo análisis, salvo decisión judicial distinta. Caso contrario, podrían establecerse límites que en el futuro resultarían una camisa de fuerza para la autoridad, y no podría comprender a otros agentes, siempre dentro de los criterios legales.
- (3) Decreto Supremo 036-83-JUS. “Artículo 4. Para los efectos de este Decreto Supremo se denominan:
 1. Consumidor, a quien mediante contrato verbal o escrito adquiere bienes, fungibles o no, o la prestación de algún servicio; (...).”
- (4) Constitución Política de 1979. “Artículo 110 (...). 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”.
- (5) Constitución Política de 1993. “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, en particular, por la salud y la seguridad de población”.
- (6) Ley de Protección al Consumidor. “Artículo 2. La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía

a) Consumidores o usuarios. Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios.

(...)"

Como puede apreciarse, no existe ni ha existido una definición expresa sobre el concepto de Consumidor Final en la legislación peruana, lo cual explica la existencia de cierta confusión respecto de los alcances del ámbito de aplicación subjetiva de las normas de protección al consumidor. A efectos de suplir este vacío normativo se ha recurrido frecuentemente a la jurisprudencia de los órganos funcionales del Indecopi, así como a la doctrina, como se verá más adelante.

3. Delimitación e importancia del concepto de Consumidor Final y su comparación con otras derivaciones del concepto de consumidor

Luego de haber verificado la ausencia de una definición expresa sobre Consumidor Final en la

legislación peruana, consideramos oportuno efectuar una delimitación conceptual genérica sobre el particular, para luego establecer su importancia, así como sus diferencias respecto de otras nociones derivadas del concepto de Consumidor, a nivel tanto doctrinario como jurisprudencial.

3.1. Delimitación del concepto de Consumidor Final y su importancia

En primer lugar, a partir de las opiniones de diversos tratadistas y de los criterios establecidos por los órganos funcionales del Indecopi⁽⁷⁾, podría definirse al Consumidor Final, en general, como aquel último destinatario respecto de la oferta sobre bienes y/o servicios por parte de los proveedores de los mismos.

Cabe señalar que, según lo manifestado por el propio Indecopi, a través de los Lineamientos sobre Protección al Consumidor, aprobados mediante Resolución 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI, publicada en

social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor".

(7) En tal sentido, Botana sostiene lo siguiente: "(...) 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'. El artículo 2 de la Directiva objeto de estudio, da una definición de consumidor como 'destinatario final' por oposición al profesional. No se incluye una referencia expresa a la necesidad de que el consumidor adquiera, posea o utilice un bien o un servicio, sino que se dice que se entenderá que es consumidor, solamente para las transacciones amparadas por la Directiva". BOTANA, Gemma. *Los Contratos Realizados Fuera de los Establecimientos Mercantiles y la Protección de los Consumidores*. Barcelona: Bosch, 1994. pp. 59 y 60.

Por su parte, Acosta Estévez expresa lo siguiente: "Consumidor final: aparece recogida en la *Carta de Protección de los Consumidores* aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa el 17 de mayo de 1973, la cual entiende que un consumidor 'es una persona física o jurídica a la que se proporcionan bienes o servicios para un uso privado'. También el artículo 5 del Convenio de la CEE sobre la 'ley aplicable a las obligaciones contractuales' se expresa a favor de esta noción conceptual de consumidor. Finalmente, en el ámbito estatal, la sección 137, apartado 2, de la *Fair Trading Act* de 1973 de la legislación del Reino Unido, define al consumidor como una persona a la que se suministran o se pretenden suministrar bienes o servicios en la esfera de un negocio dirigido por la persona que lo suministra o que trata de suministrarlos, y que no los recibe o pretende recibir en el ámbito de un negocio dirigido por él". ACOSTA ESTÉVEZ, José. *Tutela Procesal de los Consumidores*. Barcelona: Bosch, 1995. pp. 57 y 58.

Sobre el particular, Vega sostiene que: "(...) lo que se ha llamado consumidor final, con lo que, según las circunstancias pueden ser protegidos como consumidores no solo las personas naturales sino también las personas jurídicas e incluso profesionales y productores, artesanos o pequeños empresarios, cuando la situación de inferioridad en que estos se encuentran sea equiparable a la del consumidor de a pie, diríamos en expresión llana y sencilla, todo lo cual es minuciosamente pormenorizado por la recentísima ley del consumidor". VEGA, J. *La protección del consumidor en el Derecho Privado*. En: ACOSTA ESTÉVEZ, José. *Op. cit.*; p. 58.

Asimismo, Fernández manifiesta que "(...) no tendrán la consideración de consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que no se constituyan en destinatarios finales. En concreto, quedan excluidas del ámbito de esta ley, aquellas que adquieran, almacenen, utilicen o disfruten bienes o servicios con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios (incluso públicos)". FERNÁNDEZ, José Pascual. En: REYES, María José (coordinadora). *Derecho de Consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 82.

Finalmente, el propio Indecopi ha definido el concepto de Consumidor Final en los siguientes términos: "Son consumidores todas aquellas personas o instituciones que compran o adquieren productos o contratan algún tipo de servicio como destinatarios finales, es decir, para dedicarlos a su uso personal o familiar. En tal sentido, se les denomina 'consumidor final' ". INDECOPI. *Documento de Trabajo 001-2000. Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y Propuesta*. Documento elaborado por el Área de Estudios Económicos del Indecopi y publicado en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 15 de marzo de 2000.

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

el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 9 de julio de 2001 (en adelante, los “Lineamientos”), el criterio utilizado por sus órganos funcionales en cada caso concreto, para considerar o no a un sujeto como Consumidor Final, se orienta a determinar si este “adquiere o usa el bien para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato”⁽⁸⁾.

La importancia del concepto de Consumidor Final reside en que permite identificar a los sujetos que se encontrarán comprendidos dentro del marco de protección del TUO. Es uno de los elementos necesarios para la configuración de una relación de

consumo, la piedra angular que determina si una relación jurídica se encuentra dentro de los alcances del TUO para considerarse que tiene la categoría de consumo.

En efecto, el TUO se aplica a todos aquellos casos en que exista una relación de consumo entre proveedor y consumidor celebrada en territorio nacional. La relación de consumo está configurada por la concurrencia de tres elementos:

1. Un proveedor;
2. Un producto o servicio materia de una transacción comercial; y,
3. Un Consumidor Final o usuario destinatario final.

En cuanto al primer elemento, brevemente señalaremos que un Proveedor está definido en el TUO como aquella persona natural o jurídica que fabrica, elabora, manipula, acondiciona, mezcla, envasa, almacena, prepara, expende o suministra bienes o prestan servicios a los consumidores. El literal b) del artículo 3 del TUO contiene una lista enunciativa de casos en los cuales podemos encontrarnos ante proveedores, que incluyen a los distribuidores o comerciantes, productores o fabricantes, importadores y prestadores⁽⁹⁾.

Ahora bien, en cuanto al segundo elemento, para que se configure una relación de consumo es necesaria la existencia de un producto o servicio y su respectiva contraprestación económica por la entrega o prestación de dicho producto o servicio. Los literales c) y d) del artículo 3 del TUO definen los términos Producto y

Asimismo, Indecopi ha señalado en su *Documento de Trabajo 001-2004, Nuevos Desafíos y Retos Pendientes en las Políticas de Protección al Consumidor en el Perú*, que el TUO “(...) se orienta a establecer los mecanismos que permitan al consumidor efectuar sus adquisiciones en un mercado transparente, contando con la información adecuada acerca de las características de los bienes o servicios que se le ofrecen y; teniendo como contraparte personas o empresas que asumirán su responsabilidad en caso no cumplir fielmente con las especificaciones prometidas.

En esta norma se establecen expresamente los derechos de los consumidores y las obligaciones de los proveedores. En este contexto, cabe destacar también que la norma resalta que los consumidores son destinatarios finales de bienes y servicios, descalificando aquellos que los utilizan para otros fines. (...) No obstante, la Resolución 0422-2003/TDC-INDECOPI, emitida el 3 octubre del 2003 y que constituye precedente de observancia obligatoria, considera a la pequeña empresa como consumidor final cuando adquiere productos que no son parte directa de su proceso productivo”.

(8) Lineamientos. p. 6.

(9) TUO. “Artículo 3 Para los efectos de esta ley, se entiende por:

(...)

b) Proveedores. Las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

b.1. Distribuidores o comerciantes. Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, bienes destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.

b.2. Productores o fabricantes. Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.

b.3. Importadores. Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.

b.4. Prestadores. Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores.

(...)”.

Servicio, respectivamente⁽¹⁰⁾. No es motivo de análisis este aspecto, sin embargo dejamos sentado que existen excepciones al mismo, como sucede en los casos de discriminación, métodos ilegales de cobranza, reportes indebidos en centrales de riesgo y publicidad.

El tercer elemento que configura la existencia de una relación de consumo está constituido por la existencia de un Consumidor Final o usuario destinatario final del bien o servicio adquirido, esto es, aquella persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final productos o servicios, según el literal a) del artículo 3 del TUO, revisado precedentemente.

Así, según la legislación de la materia, no todo Consumidor está protegido por las normas de protección al consumidor, no basta ser adquirente de un bien o servicio para ser considerado consumidor en los términos del TUO, sino que es necesario tener la condición de Consumidor Final. He ahí su importancia.

3.2. Comparación del concepto de Consumidor Final con otras derivaciones del concepto de Consumidor

En segundo lugar, resulta importante establecer las diferencias existentes entre el concepto de Consumidor Final y otras nociones relacionadas con el concepto de Consumidor, desarrolladas también por la doctrina y la jurisprudencia, a saber: (i) Consumidor Razonable; (ii) Consumidor Medio; y, (iii) Consumidor Especializado.

3.2.1. Consumidor Final y Consumidor Razonable

El concepto de Consumidor Razonable constituye un presupuesto fundamental a efectos de

determinar la aplicación de la legislación sobre protección al consumidor en cada caso concreto, toda vez que el sistema normativo tiene por finalidad proteger a aquellos consumidores que actúan observando la diligencia ordinaria previsible en determinadas circunstancias específicas, tal y como lo apuntan diversos autores especialistas en la materia⁽¹¹⁾.

Esto quiere decir que el consumidor a quien la normatividad sobre protección al consumidor tutela, es un consumidor estándar, esto es, un sujeto que no es ni sumamente especializado en intercambios comerciales específicos, ni sumamente inexperto en ellos, lo cual se explica por el hecho de que la Ley no puede detenerse a brindar protección a quienes actúan con irresponsabilidad o descuido, pues, de admitirse ello, se generarían situaciones de ineficiencia en el tráfico económico⁽¹²⁾.

Consideramos que entre el concepto de Consumidor Final y el de Consumidor Razonable existen más puntos de coincidencia que diferencias, pues, más allá de las variantes doctrinarias que ambos puedan tener en cuanto a su definición, lo cierto es que la normatividad sobre protección al consumidor tutelará a los consumidores finales -últimos destinatarios respecto de la oferta de bienes y servicios- que, además, sean razonables -es decir, aquellos sujetos que en circunstancias normales observen la diligencia ordinaria. Es por ello, que ambos conceptos no pueden desligarse el uno del otro, en el marco de la tutela de los intereses de los consumidores.

3.2.2. Consumidor Final y Consumidor Medio

Respecto del concepto de Consumidor Medio, resulta pertinente precisar que éste se encuentra

(10) TUO. "Artículo 3. Para los efectos de esta ley, se entiende por:

(...)

c) Producto. Es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor.

d) Servicios. Cualquier actividad de prestación de servicios, que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguridad y los servicios profesionales. Se exceptúan los servicios que se brindan bajo relación de dependencia".

(11) En tal sentido, Espinoza sostiene lo siguiente "En nuestro país esa capacidad del consumidor para procesar mejor la información se ha trasladado al grado de razonabilidad que pueda tener, es decir, al uso de la información que le es proporcionada en el mercado, siendo considerado esto como el comportamiento de un consumidor razonable". ESPINOZA, Juan. *Ley de Protección al Consumidor. Comentarios Jurisprudenciales. Normas Complementarias*. Lima: Rodhas, 2004. pp. 64-65.

(12) El propio Indecopi ha manifestado lo siguiente: "El consumidor es el actor más importante del mercado y por eso requiere de nuestra atención. Pero el consumidor, ese al que nuestro sistema legal protege, debe actuar de manera responsable. La protección que le da el sistema no le exime de su responsabilidad ciudadana. Un mercado eficiente requiere, como hemos dicho, de ciudadanos responsables, es decir, de consumidores que sean concientes de sus derechos y de su rol protagónico, pero que a la vez respeten las reglas del juego. (...) el sistema no protegerá a quien no actúa con diligencia ordinaria. Este criterio no sólo se ha fijado en la jurisprudencia sino incluso en la ley. Así, por ejemplo, el artículo 1314 del Código Civil señala que quien actúa con la diligencia ordinaria, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La referencia a diligencia ordinaria evidentemente se refiere a la forma como actuaría una persona (en este caso

regulado expresamente en la legislación sobre propiedad industrial, específicamente respecto de aquellos casos en los que un signo distintivo pueda generar confusión en el mercado en relación a uno preexistente, situación en la que se toma en consideración la percepción de un Consumidor Medio. Cabe señalar que dicha disposición legal se encuentra contenida en el artículo 131 del Decreto Legislativo 823, Ley de Propiedad Industrial del Perú⁽¹³⁾.

Como puede apreciarse, el concepto de Consumidor Medio, propio de la legislación sobre propiedad industrial, no se emplea necesariamente para establecer un grado de diligencia ordinaria como ocurre en el caso de la delimitación del concepto de Consumidor Razonable, sino más bien para establecer el grado de reacción perceptiva del consumidor a

efectos de poder diferenciar un signo distintivo de otro, esto es, para percatarse sobre las distintas procedencias empresariales de los productos identificados con dichos signos distintivos.

En ese orden de ideas, el concepto de Consumidor Final y el de Consumidor Medio no poseen coincidencias rescatables, en la medida que el primero de ellos tiene por finalidad determinar a quiénes se aplica el TUO por considerarse destinatarios finales de un producto o servicio, mientras que el segundo de ellos está destinado a establecer cuál es la reacción de un consumidor respecto a signos distintivos, es decir, si estos podrían generarle confusión respecto del origen empresarial del producto o servicio a adquirir identificado con tales signos distintivos.

un consumidor) razonable. Asumir que el consumidor puede ser protegido en cualquier caso, sin importar su nivel de diligencia, es asumir que tendrán una suerte de seguro contra su propia irresponsabilidad. Si el proveedor debe responder incluso en supuestos de consumidores descuidados, se estaría elevando los costos que los proveedores tendrían que asumir para cubrir dicho seguro. Estos costos se trasladan a precios con lo que los consumidores no responsables estarían siendo subsidiados en su conducta negligente por los consumidores diligentes. Dado que la conducta diligente no generaría ningún valor agregado para el que la desarrolla (porque igual pagaría precios más altos como consecuencia de los costos que los consumidores negligentes trasladan al proveedor) y asumiendo que ser diligente tiene algunos costos (como tiempo, cuidado, adquirir información, etcétera) entonces el resultado sería que los consumidores no tendrían incentivos para ser diligentes. El resultado sería más transacciones cerradas en términos ineficientes por falta de diligencia del consumidor a precios mas elevados. Es decir, habrían más errores por parte de los consumidores. (...) El esquema de protección al consumidor se centra en la idea de proteger a consumidores responsables, entendiendo por ello a aquel que actúa con la diligencia ordinaria que es esperable en ciertas circunstancias (llamado “consumidor razonable”). No nos referimos a un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso. No es un consumidor racional, calculador, y frío capaz de analizar con detalle todas las alternativas. Por el contrario es una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquier persona”. INDECOPI. *Documento de Trabajo 001-2000, Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y Propuesta*. Documento elaborado por el Área de Estudios Económicos del Indecopi y publicado en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 15 de marzo de 2000.

Al respecto, Indecopi ha mantenido y desarrollado su concepción del consumidor razonable bajo el siguiente punto de vista: “Una de las principales características de los consumidores peruanos es la ausencia de un patrón uniforme de consumo, siendo la variada composición de la población un elemento esencial que contribuye a ello. Este elemento, en principio, podría restringir la definición de un consumidor peruano promedio y por ende, de sus hábitos de consumo.

A pesar de lo arriba señalado, se puede apreciar que en promedio, los consumidores en la actualidad presentan conductas más cercanas a las de un consumidor razonable, en comparación con los primeros años de la década pasada, informándose más y reclamando cuando el producto o servicio ofrecido o la información proporcionada no ha estado de acorde con lo pactado (con el proveedor). Estudios realizados al respecto en el año 2002, muestran que en la ciudad de Lima el 61 por ciento de los consumidores conocían o manejaban información sobre sus derechos como tales. (...)

Adicionalmente, el Estado debe manejar un estándar de consumidor razonable. En efecto, las políticas de defensa del consumidor deben promover comportamientos “diligentes y responsables” en el consumidor. Un “consumidor razonable” es un consumidor informado, conocedor de sus derechos, que espera recibir a cambio de lo que paga, una contraprestación con determinadas características de acuerdo a la información o publicidad que recibe o de conformidad con lo establecido en los contratos que suscribe. En contraste con el concepto de racionalidad utilizado en los modelos económicos arriba mencionados, que tiene un acceso a la información y capacidad de procesamiento de la misma ilimitadas; el consumidor razonable simplemente es un consumidor crítico y diligente, que pregunta, compara y reclama cuando ello es necesario. El manejar un estándar general de consumidor razonable, no significa, sin embargo, evitar analizar la situación específica de cada consumidor en el contexto de cada transacción”. INDECOPI. *Nuevos Desafíos y Retos Pendientes en las Políticas de Protección al Consumidor en el Perú*. Documento de Trabajo 001-2004 elaborado por el Área de Estudios Económicos del Indecopi.

(13) Decreto Legislativo 823. “Artículo 131. A efectos de establecer si dos signos son semejantes y capaces de inducir a confusión y error al consumidor, la Oficina competente tendrá en cuenta, principalmente los siguientes criterios:

(...)

b) El grado de percepción del consumidor medio;

(...)”.

3.2.3. Consumidor final y Consumidor Especializado

En relación con el concepto de Consumidor Especializado, podemos afirmar que se trata de aquél que posee una considerable experiencia respecto de la adquisición de bienes y/o servicios en particular. Teniendo en cuenta el tipo de información de la que dispone un Consumidor Especializado, así como su experiencia en el mercado, podría afirmarse que su situación, respecto de las normas de protección al consumidor, es muy similar a la del propio proveedor de bienes y/o servicios, es decir, que no se presentaría asimetría informativa o esta sería mínima.

Resulta evidente que la legislación de protección al consumidor no podría concentrarse en proteger únicamente al Consumidor Especializado, debido a que se trata, la mayoría de las veces, de casos excepcionales, motivo por el cual se debe emplear el estándar del Consumidor Razonable.

En todo caso, el Consumidor Especializado podría ser, definitivamente, un Consumidor Final, aunque con un nivel superior al estándar que representa el concepto de Consumidor Razonable y, en tal sentido, es merecedor de tutela por parte de las disposiciones del TUO, siempre que se trate del destinatario final de la oferta de bienes y/o servicios contratada.

4. Desarrollo jurisprudencial en Indecopi del concepto de Consumidor Final: del consumo para fines personales y de entorno familiar a las PYMES

A lo largo del desarrollo jurisprudencial a cargo de los órganos funcionales del Indecopi, el criterio de quién o cuándo nos encontramos ante un Consumidor Final ha ido evolucionando. Desde el criterio restrictivo de aquel que adquiere un bien para su entorno personal o familiar hasta el criterio que “abre la puerta” y permite el ingreso en la categoría de las PYMES. A continuación revisaremos dicha evolución jurisprudencial, lo cual será útil para plantear nuestra posición final.

4.1. El primer precedente de observancia obligatoria: Cheenyi vs. Kónica

El primer precedente de observancia obligatoria emitido por la SDC en el que se estableció cuál era el criterio para definir el concepto de Consumidor Final se presentó en el caso Cheenyi E.I.R.L. (en adelante, “Cheenyi”) vs. Kónica S.A. (en adelante, “Kónica”).

Cheenyi era una empresa dedicada a la importación, distribución, comercialización y venta al

por mayor y menor de productos alimenticios en general. Dicha empresa adquirió en noviembre de 1994 un laboratorio fotográfico con la finalidad de brindar el servicio de revelado de fotografías en 23 minutos (como podemos apreciar, esta actividad no guardaba relación con su giro social). La garantía otorgada por el equipo era de un año.

Instalado el equipo por un técnico proveniente de Hong Kong en enero de 1995, al mes siguiente la máquina impresora se averió. Cheenyi alegó que los técnicos de Kónica habían desarmado la máquina y la habían dejado así por falta de repuestos, y que posteriormente Kónica le informó que la avería se debía al embalaje de fábrica.

Cheenyi señaló que Kónica no había cumplido con la garantía ofrecida y que el servicio no informó el modo correcto de funcionamiento de la maquinaria, además de que no contaba con los repuestos necesarios y estaría pretendiendo cobrarle los repuestos y el pasaje del técnico que vino desde Hong Kong.

Mediante Resolución No. 5, de fecha 5 de octubre de 1995, la CPC declaró improcedente la denuncia en primera instancia por no considerarse competente para conocer la misma, toda vez que Cheenyi no sería un Consumidor Final en los términos contenidos en el inciso a) del artículo 3 del TUO.

La denunciante interpuso recurso de apelación, argumentando que la definición de consumidor dada por el TUO era una norma estándar y que, como tal, sus alcances debían ser precisados con flexibilidad por la autoridad en cada caso particular. Así, consideró que la CLC había incurrido en una distinción indebida allí donde la Ley no distingue.

Mediante la Resolución 101-96-TDC, de fecha 18 de diciembre de 1996, la SDC confirmó el pronunciamiento de la CPC. El fundamento que aplicó la SDC para establecer la condición de Consumidor Final se sustentaba en el desarrollo del régimen de protección al consumidor en una economía social de mercado, donde consumidores y proveedores determinan el modo de la asignación de recursos, sin que el Estado pueda intervenir en sus decisiones.

La SDC señaló que la doctrina legal sustentaba la independencia del régimen de protección al consumidor en la desigualdad del poder económico subsistente entre proveedor y consumidor. Los consumidores que se vieran defraudados desplazarían sus preferencias hacia otros proveedores que sí le brindaran productos o servicios en términos más favorables y adecuados.

Todo ello llevó a la SDC a considerar que el sustento de la intervención de la CPC se encontraba

en la asimetría de la información existente entre proveedor y consumidor. El proveedor, al encontrarse en mejor posición de adquirir y procesar información obtenía una ventaja que mal usada podía contravenir el ordenamiento legal. Dada esa distorsión, la intervención de la CPC se justificaba para eliminarla e incentivar al mercado para que genere la información relevante a fin de que los agentes del mercado tomen decisiones racionales e informadas.

La SDC señaló que la desventaja del consumidor en ese contexto “se traduce en un problema de costos en el acceso y procesamiento de determinada información relevante que permite que las decisiones de consumo de cada individuo sean las que, en su opinión, le reporten mayores beneficios”.

De acuerdo a lo indicado por la SDC, tal razonamiento conlleva a presumir que el proveedor adquiere y utiliza de la mejor manera la información que influye sobre sus factores de producción. Por ello, la Ley busca proteger al consumidor como categoría genérica de la asimetría de la información existente en el mercado, por lo que no deben entrar en dicha categoría antes para los cuales no esté prevista dicha protección.

De esta manera, y en base a la definición legal, la SDC sostuvo que “(...) para que una persona, ya sea natural o jurídica, sea considerada como consumidor, es necesario que concurran por lo menos dos condiciones: por un lado, (i) debe adquirir, utilizar o disfrutar un producto o servicio; por otro, (ii) debe ser el destinatario final de los mismos”.

Respecto a la primera condición, la SDC indicaba que no debe restringirse la interpretación a la persona que entra en contacto directo con el bien como contratante o comprador, como es el caso del juguete adquirido por un padre de familia para su hijo, donde este se constituye en consumidor.

La segunda condición exigía determinar quién puede ser considerado Consumidor Final. La SDC interpretó que el TUO amparaba al último eslabón de la cadena de producción-consumo, “(...) es decir aquel que adquiere, disfruta o utiliza un bien o servicio, en principio, para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o de su entorno social inmediato”. En consecuencia, no es considerado consumidor quien destine el producto o servicio al uso que le daría un proveedor, es decir, quien no lo sustraiga de la actividad económica o comercial.

Sin embargo, se presentaba el caso de las zonas grises, donde era complicado determinar si el valor del bien se agota o no con su uso por el destinatario. Es

clásico el ejemplo dado en el precedente del padre de familia que usa el auto familiar para realizar labor de taxi en sus horas libres, así como el caso de los comerciantes o empresas que adquieren bienes o servicios que no los incorporan a sus actividades como proveedores. Por ello, era necesario establecer el uso al que estaba destinado el bien adquirido por la empresa.

Para aclarar el panorama debía acudirse a la definición de proveedor y determinar si el agente encajaba en dicha categoría, y por tanto considerar si el que adquiere el bien o servicio realizaba actividades de producción, comercialización o prestación en un establecimiento abierto al público y de manera habitual.

En base a dicho análisis, descrito en líneas generales, la SDC estableció el primer precedente de observancia obligatoria sobre el Consumidor Final, en los siguientes términos:

“Se considera como consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3 del Decreto Legislativo 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 1 y 3 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”.

4.2. La historia del Consumidor Final a partir del primer precedente de observancia obligatoria: Los intentos “para abrir la puerta”

La CPC estuvo atenta a la evolución del mercado, pues este en ocasiones no puede solucionar por sí mismo sus distorsiones, sino que también exige cambios, tanto en el comportamiento de los agentes, que es lo más común, así como en el marco normativo y el Estado, que si bien es un agente, no interviene en la toma de decisiones de los consumidores.

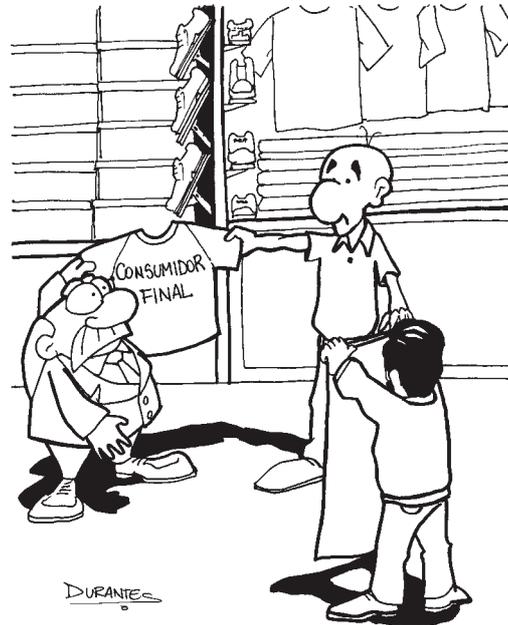
De este modo, la CPC fue conociendo distintos casos en los cuales se hacía necesario ir más allá de lo que establecía el primer precedente y se fue adecuando a las nuevas exigencias del mercado. Uno de esos pasos se dio a través del conocimiento y pronunciamiento en casos como el de las asociaciones sin fines de lucro y universidades nacionales⁽¹⁴⁾.

Pero la labor de la CPC no quedó ahí. Se fue gestando un nuevo criterio de interpretación, que tenía en cuenta la proporcionalidad del uso que se daba a los bienes en caso que fueran mixtos. Para ello, debía determinarse el uso o finalidad del bien y proceder a realizar un análisis de su naturaleza.

En caso el bien tuviera una función accesoria -y no principal- a la actividad del supuesto proveedor, este no era considerado como tal sino como Consumidor Final. Por ejemplo, al adquirir un horno para preparar pizzas, caso real, si este se destina a preparar el producto para el entorno familiar y eventualmente se destinaba la pizza para la venta, el dueño podía ser considerado como Consumidor Final para efectos del TUO. De lo contrario, la CPC consideraba que no entraba en dicha categoría.

Dicha decisión adoptada en mayoría por la CPC, generó el voto en discordia de su Presidente:

“En opinión del voto de la mayoría, se pretende fundamentar, sobre la base de un criterio proporcional, basado en presupuestos estrictamente cuantitativos, que si, en caso de uso mixto, principalmente se actúa como consumidor y accesoriamente como proveedor, nos encontramos frente a un consumidor y, en el caso contrario, vale decir, cuando un agente económico principalmente actúa como proveedor y accesoriamente como consumidor, será catalogado como un proveedor. 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 una Pyme, también debería considerársele como una consumidora por cuanto la situación de asimetría informativa es, en línea de principio, idéntica a la de un consumidor-destinatario final⁽¹⁵⁾.

He aquí el antecedente más próximo y directo a la corriente del cambio que se venía gestando y que dio origen al nuevo precedente de la SDC bajo análisis⁽¹⁶⁾. Ahora bien, analicemos la nueva visión que tiene Indecopi expresada en el segundo precedente de observancia obligatoria sobre el Consumidor Final.

(14) Sobre el particular, Espinoza señala lo siguiente: “Así, respecto de las primeras, ante el caso de una asociación religiosa que fue confundida con otra de denominación similar y, producto de ello, se le cancelara una cuenta de ahorros, mediante Resolución Final 677-2001-CPC, del 20 de setiembre de 2001, se precisó que: el hecho que una asociación como lo es la Hermandad del Señor de los Milagros realice una actividad económica no implica, necesariamente, que se desnaturalice su finalidad no lucrativa, ni que dicha actividad económica forme parte de un proceso productivo. En consecuencia, en tanto que el servicio contratado es una modalidad de ahorro bajo la forma de cuenta de depósito a plazo, la Comisión considera que la Hermandad del Señor de los Milagros es destinataria final para efectos de la Ley de Protección al Consumidor, debido a que la eventual ganancia que se podría obtener sería aplicada para la finalidad no lucrativa de la misma. La asimetría informativa en la que se encuentra esta asociación, en lo que se refiere este contrato financiero frente al Banco, es de la misma proporción en la cual se encontraría un consumidor que sea una persona natural.

Igualmente, las universidades nacionales, al ser consideradas como personas jurídicas no lucrativas también tienen el estatus de consumidor. (...) La distinción de la realización de actividades económicas por la persona jurídica, no depende de la actividad que desarrollen, en razón de que cualquier actividad económica puede ser ejecutada por una persona jurídica lucrativa y no lucrativa. La diferencia entre una y otra radica en el destino de sus ingresos. Ello quiere decir que el hecho que la UNAP por ser considerada una persona jurídica de derecho público, realice una actividad económica, no implica necesariamente, que se desnaturalice su finalidad no lucrativa, ni que dicha actividad económica forme parte de un proceso productivo”. ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*; pp. 31 y 32.

(15) Resolución 315-2002/CPC.

(16) Ciertamente, dicha posibilidad se había formulado desde la elaboración del *Documento de Trabajo 001-2000* del Indecopi:

4.3. El nuevo precedente de observancia obligatoria: Moquillaza vs. Milne

Reynaldo Moquillaza S.R.L. (en adelante, “Moquillaza”) denunció a Milne & Co. S.A. (en adelante, “Milne”), debido a que en febrero de 2001 le adquirió a esta un vehículo marca Ford por US\$ 50,000.00. El día de la entrega el vehículo empezó a presentar ruidos dentro de la carrocería al transitar por imperfecciones de la pista. Pese a haber internado el vehículo en múltiples oportunidades en los talleres de Milne, el desperfecto no fue reparado.

Moquillaza señaló que la denuncia había sido interpuesta por el señor Reynaldo Moquillaza Orellana en representación de la empresa Moquillaza y que el vehículo adquirido era utilizado para fines propios de la actividad económica de la firma y para fines personales, esto último fuera del horario de trabajo.

Mediante Resolución 294-2002-CPC, de fecha 24 de abril de 2002, la CPC declaró fundada la denuncia por infracción a los artículos 5 (literal b), 8 y 15 del TUO, ordenando a Milne que cumpliera con reparar la suspensión del vehículo, de modo que no presenten los ruidos en la carrocería del mismo y, en caso que dicha reparación no pudiera ser realizada, entregue al denunciante un vehículo igual al que Moquillaza adquirió. De no ser posible ello, Milne debía cumplir con devolver a Moquillaza el monto pagado por la camioneta.

Milne interpuso recurso de apelación alegando que la denuncia debió haber sido declarada improcedente ya que Moquillaza no podía ser considerada como Consumidor Final para efectos de la aplicación del TUO.

Este caso fue el punto de partida para el análisis desarrollado por la actual SDC mediante la Resolución

0422-2003/TDC-INDECOPI, de fecha 3 de octubre de 2003. El fundamento de la SDC empieza con un *recordaris* sobre el reconocimiento constitucional que tiene la protección al consumidor en el artículo 65 de la Carta Magna, el mismo que garantiza el derecho a la información, a la salud y a la seguridad que tiene todo consumidor⁽¹⁷⁾.

El inicio del análisis parte de manera similar al primer precedente: existe una desventaja del consumidor frente al proveedor, reflejada en la diferencia en la cantidad y calidad de información de la que disponen. Dicha situación, a decir de la Sala, “(...) se manifiesta desde la propia existencia de la ciencia de la mercadotecnia como un conjunto integral de estrategias construido para colocar los productos en el mercado”. Para lograr ello, la mercadotecnia debe nutrirse de información sobre los deseos y pensamientos del consumidor, esto es, los proveedores deben conocer bien a sus consumidores.

Por ello, se señala que los proveedores tienen ventaja sobre los consumidores en cuanto a la cantidad y calidad de información en el mercado, y que en todo caso, son conscientes que la actuación de los consumidores no responde a un estándar profesional sino simplemente es aquella que se esperaría de cualquier persona diligente⁽¹⁸⁾.

De esa manera, la SDC establece que la Protección al Consumidor constituye un instrumento de superación de la desigualdad existente entre los proveedores y los consumidores entendidos como destinatarios finales de bienes o servicios, invocando el artículo 59 de la Constitución Política de 1993⁽¹⁹⁾.

¿Y cómo lograr superar dicha desigualdad? Pues mediante mecanismos como la promoción de la pequeña empresa. Así, la SDC establece lo siguiente:

Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y propuesta. En dicho documento se señalaba lo siguiente: “(...) es importante hacer notar que es precisamente en el sector de las Pymes en donde se van a presentar con frecuencia los casos de uso mixto, la zona gris, debido fundamentalmente a que en esos niveles de actividad económica, esta no es fácilmente separable de la vida personal o familiar de las personas que la conforman. De forma tal que en el núcleo familiar o personal de los individuos los bienes son empleados indistintamente por las personas para su uso o disfrute personal o familiar y para desarrollar una actividad comercial. Como ya quedó dicho, en estos casos se tendrán que aplicar los criterios mencionados párrafos arriba a fin de definir si el ámbito de tutela puede extenderse a los problemas derivados de sus relaciones de consumo. Probablemente, el criterio que solo limita la exclusión del ámbito de protección a aquellos usos exclusivos como proveedor, pueda permitir atender problemas derivados de las transacciones que realizan las Pymes”.

(17) Constitución Política de 1993. “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, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

(18) ¿Se avistan más cambios en lo que se refiere al Consumidor Razonable al hablar de un “consumidor diligente”? No dejemos de prestar atención que en la resolución de la SDC se señala que el ordenamiento intenta proteger a personas medianamente diligentes, cuando explica la necesidad de especialización y conocimiento para la adquisición de materiales y partes.

(19) Constitución Política de 1993. “Artículo 59. 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 pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

“(…) la noción de consumidor implica que utilizar un producto como ‘Consumidor Final’ no significa necesariamente que dicho producto se encuentre reservado al uso personal del adquirente sino que puede haber sido adquirido para un uso colectivo, ya sea la familia o un grupo social inmediato. Del mismo modo, la noción de consumidor -interpretada tomando en cuenta la función moderadora de la desigualdad de la Protección al Consumidor- también permite considerar como ‘Consumidor Final’ al pequeño empresario cuando adquiere o utiliza bienes o servicios por las necesidades de su actividad empresarial, en ciertos casos específicos. Ello debido a la situación de desigualdad en que se encuentra el pequeño empresario frente al proveedor, situación equiparable a aquella en la que se encuentra cualquier particular”.

Los casos específicos en los cuales una persona puede ser considerada como Consumidor Final, a decir de la SDC, serán aquellos en los que la adquisición o el uso, por necesidades de su actividad profesional, se refieran a productos en los que 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.

Seguidamente, el nuevo precedente hace una explicación bastante técnica de la distinción que hace la mercadotecnia entre productos para el consumidor y productos industriales, a modo de guía para determinar aquellos tipos de productos que pueden ser objeto de adquisición o uso por parte de un verdadero consumidor para efectos del TUO. Dicha clasificación la describimos esquemáticamente en el Anexo 1 del presente artículo.

De este modo, y luego de un análisis del primer precedente, la SDC ha establecido un nuevo precedente de observancia obligatoria en los siguientes términos:

“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 716, la protección al consumidor es un instrumento de superación de la desigualdad informativa existente entre proveedores y consumidores.

Se considera como consumidor, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 3 del Decreto Legislativo 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.

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”.

De esta manera, la SDC estableció que en el caso que dio pie al nacimiento del nuevo precedente, el vehículo adquirido y utilizado por Moquillaza era un bien para cuya adquisición o uso no era de ninguna manera previsible que dicha empresa debiera contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos del proveedor -Milne-, ya que el objeto social de Moquillaza era totalmente ajeno a la fabricación, importación, distribución, venta o reparación de vehículos automotores: no era esperable que Moquillaza tuviera o debiera tener información equivalente en calidad o cantidad a aquella en poder de Milne.

Agregó la SDC que se trataba de un bien de uso mixto, toda vez que era utilizado tanto para fines propios de la actividad económica de la empresa como para fines personales del señor Reynaldo Moquillaza Orellana, por lo que los afectados por la falta de idoneidad del vehículo eran tanto la empresa Moquillaza como el señor Reynaldo Moquillaza Orellana, sujetos en desigualdad de condiciones en cuanto a calidad y cantidad de información frente al proveedor del vehículo.

Por cierto, el caso fue declarado fundado al haberse acreditado el defecto en el vehículo y la SDC confirmó la medida correctiva mediante el cual ordenó a Milne que cumpla con reparar la suspensión del vehículo materia de denuncia, de modo que no presente los ruidos en la carrocería del mismo y, en caso que dicha reparación no pudiera ser realizada, que entregue a Moquillaza un vehículo igual al que esta empresa adquirió. De no ser posible ello, Milne debía cumplir con devolver a Moquillaza el monto pagado por la camioneta materia de denuncia.

5. Aproximaciones al concepto de Consumidor Final según el nuevo precedente de observancia obligatoria de la SDC

Una vez delimitado el concepto genérico de Consumidor Final y su importancia en relación con el ámbito de aplicación del TUO, así como habiendo revisado la legislación y la jurisprudencia del Indecopi

sobre el tema, en especial los dos precedentes de observancia obligatoria dictados por la SDC en diversas oportunidades, consideramos necesario brindar algunas aproximaciones en relación con el nuevo precedente de observancia obligatoria (Moquillaza vs. Milne), a fin de analizar sus alcances.

Una comparación general entre los pronunciamientos contenidos en el precedente de observancia obligatoria del caso Cheenyi vs. Kónica (en adelante, el “Primer Precedente”) y el precedente de observancia obligatoria del caso Moquillaza vs. Milne (en adelante, el “Nuevo Precedente”), nos permite apreciar que ambos sostienen que la existencia de la legislación sobre protección al consumidor se sustenta, principalmente, en la presunción de desigualdad o asimetría informativa existente entre proveedores y consumidores en el mercado, la misma que otorga a los proveedores una posición ventajosa frente a los consumidores, que podría generar actos indebidos en la medida que se aprovechen de tal ventaja para colocar sus productos o servicios con algún grado de perjuicio a los consumidores.

En ese sentido, la legislación sobre protección al consumidor se constituye, parafraseando al Nuevo Precedente, como un “instrumento de superación de dicha desigualdad informativa”, pues contiene una serie de disposiciones que exigen a los proveedores brindar toda la información relevante a los consumidores a fin de que estos adopten una decisión de consumo adecuada; mientras que a los consumidores se les exige una diligencia ordinaria al efectuar operaciones de tráfico económico, lo cual implica que analicen la información entregada por los proveedores. La legislación sobre protección al consumidor prevé la imposición de sanciones a aquellos proveedores que incumplan con esta obligación esencial de entrega de información relevante.

Por otro lado, al comparar el Primer Precedente y el Nuevo Precedente se advierte que ambos señalan, en principio, que el concepto de Consumidor Final gira en torno a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato.

Nótese que tanto el Primer Precedente como el Nuevo Precedente no descartan la posibilidad de que

un proveedor pueda ser considerado como consumidor, siempre y cuando el proveedor hubiese adquirido, utilizado o disfrutado un producto o servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. Ello es lógico, debido a quien se desempeña como proveedor en una relación de consumo, puede ejercer el papel de consumidor en otra relación de consumo, teniendo en consideración que todos los agentes económicos en el mercado ejercen la doble función de proveedores y consumidores para interrelacionarse con los demás y así desarrollar sus actividades económicas.

El punto de quiebre se produce cuando se analiza la posición del proveedor en su calidad de persona jurídica, y entonces pierde solidez la exigencia de que dicho proveedor pueda adquirir, utilizar o disfrutar un producto o servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato, a fin de ser considerado como consumidor y estar dentro del marco de protección legal contemplado en el TUO.

En efecto, partiendo de la premisa elemental de que la persona jurídica es una ficción legal, entonces exigir que un proveedor persona jurídica adquiera productos o contrate servicios para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato, a fin de ser considerado Consumidor Final, carece de sentido alguno. Esta exigencia solo podría ser superada por un proveedor persona natural. Es en este punto donde se produce una previsible confusión⁽²⁰⁾.

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 de entorno social inmediato (lo cual no puede ser aplicable a las personas jurídicas) o si empleado para fines propios de su giro social o actividad económica en el mercado⁽²¹⁾.

(20) Sin perjuicio de ello, consideramos que pueden darse casos de adquisición de bienes o servicios para fines del entorno social o inmediato de una persona jurídica. Por ejemplo, la contratación de un banquete para algún evento social de la empresa, como sucede en las Fiestas Navideñas, donde o no se brinde en el tiempo pactado el servicio o este no corresponda a las características contratadas. Si bien no es el fundamento preponderante para establecer si está o no dentro de los alcances de la relación de consumo, es un elemento a considerar.

(21) Sobre el particular, la Cámara de Comercio Americana del Perú-AMCHAM Perú ha señalado lo siguiente: “El nuevo precedente de observancia obligatoria da un nuevo giro en el concepto. En nuestra opinión, el cuestionamiento realizado por el

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 exigírsele 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.

De este modo, la línea de pensamiento empleada por la SDC en el Primer Precedente y el Nuevo Precedente es similar en la medida en que consideran que un proveedor que adquiera productos o contrate servicios para fines propios de su actividad no podría ser considerado como Consumidor Final. Sin embargo, el Nuevo Precedente se aparta de manera apreciable del Primer Precedente cuando considera que los pequeños empresarios sí podrían ser considerados como consumidores finales cuando adquieran productos o contraten servicios por las necesidades de su actividad empresarial.

La SDC sustenta esta diferenciación contenida en el Nuevo Precedente en que la situación de los pequeños empresarios “(...) 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”.

Como puede apreciarse, el Nuevo Precedente la SDC sustenta la protección al pequeño empresario como Consumidor Final en una combinación de dos criterios: la asimetría informativa y la desigualdad económica del mismo frente a los potenciales proveedores. El criterio de asimetría informativa es absolutamente válido, pues, como se ha mencionado, el sistema de protección al consumidor se sustenta en el mismo. Sin embargo, el criterio de desigualdad económica es

novedoso y consideramos que no consigue otorgar un soporte incuestionable a esta iniciativa.

En efecto, por un lado, sostener que el pequeño empresario estaría en desigualdad económica frente a un proveedor debido a su reducida dimensión como empresa no es una verdad absoluta, toda vez que el pequeño empresario podría comprar un producto o adquirir un servicio a un proveedor persona natural o a otro pequeño empresario, a los cuales podría considerárseles en menor o igual posición que al pequeño empresario adquirente; y, por otro lado, la justificación de la falta de especialización que tendría el pequeño empresario en relación con el producto o servicio adquirido es igual de válida que para una mediana o gran empresa, puesto que estas no siempre se encontrarán especializadas en relación con los productos o servicios que adquieren.

Además, debe considerarse que la disciplina del Derecho de consumo tiene una naturaleza propia, a pesar de lo cual existen posiciones que buscan sustentarla en las normas civiles (especialmente las contractuales). No obstante, a pesar de tener efectivamente una base contractual (finalmente, se trata de la adquisición de un bien o servicio a cambio de una contraprestación económica), el Derecho de consumo se fundamenta en reglas propias y en primera instancia, en la desigualdad informativa. El equilibrio que busca la normativa de protección al consumidor se da en el nivel de la información. Por el contrario, el desequilibrio económico es uno de los fundamentos de las normas civiles, que buscan precisamente establecer mecanismos o instrumentos para superar dichas diferencias.

Ello nos lleva a considerar que, una vez desvirtuado el aspecto de la desigualdad económica, y respaldando el aspecto de la desigualdad informativa, entonces, las medianas y grandes empresas también deberían estar comprendidas en el ámbito de protección del TUO, ya que, reiteramos, estas no siempre contarán con conocimientos especializados respecto de los productos o servicios que adquieran o contraten en el mercado.

Así, una mediana o gran empresa podría encontrarse en desigualdad o asimetría informativa incluso respecto de un proveedor persona natural, porque este podría proveer a la mediana o gran empresa

precedente es hasta cierto punto acertado, pero a medida que introduce las limitaciones en lo que respecta a la extensión del concepto Consumidor Final, pierde toda legitimidad. En pocas palabras, el Tribunal reconoce el traslape en las actividades de las empresas pero alega que este solo se verifica en pequeñas empresas y, en consecuencia, no tutela a las medianas y grandes empresas”. En: AMCHAM NEWS. *Boletín Mensual de la Cámara de Comercio Americana del Perú*. Volumen 3. Número 3. Marzo, 2004.

de un producto o servicio respecto del cual esta no maneje información especializada alguna, sea porque el producto o servicio es novedoso (por ejemplo: un nuevo *software*) o porque no tiene experiencia alguna en relación con dicho producto o servicio por no estar vinculado directamente con su giro social (por ejemplo: compra de material de oficina)⁽²²⁾.

Sin perjuicio de ello, la SDC ha vislumbrado este razonamiento al señalar que: “En el caso de servicios de tipo no tradicional, es decir, servicios que no son utilizados frecuentemente por las organizaciones empresariales, se considerará a estas empresas de mediana y gran envergadura como ubicadas en la mismas condición que cualquier particular adquirente. Ello debido a que es imposible exigir un grado especial de conocimientos y experiencia en casos de adquisición aislada de productos no relacionados con el objeto del negocio, aún cuando se trate de organizaciones empresariales”.

A pesar de que esta posición revela un paso adelante dentro de la delimitación del concepto de Consumidor Final, consideramos que no da el gran salto, dado que es restrictiva, en la medida que resultará aplicable únicamente para el rubro de contratación de servicios no tradicionales, excluyéndose la adquisición de productos, cuando en realidad debería también comprender a estos si es que se produce una desigualdad o asimetría en contra de la mediana o gran empresa al adquirirlos al respectivo proveedor.

En efecto, el Nuevo Precedente se refiere expresamente a las pequeñas empresas para comprenderlas en la categoría de consumidores finales cuando debido a las necesidades de su actividad empresarial adquieran o utilicen bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores.

Sin embargo, el desarrollo del Nuevo Precedente hace un análisis exhaustivo de la clasificación que hace la mercadotecnia entre productos para el consumidor y productos industriales para determinar aquellos que pueden ser objeto de adquisición o uso por parte de un verdadero consumidor para efectos del TUO, tanto así que comprende a las grandes y medianas empresas en casos de servicios no tradicionales, fundamentándose precisamente en la falta de información. Dicha clasificación la hemos resumido esquemáticamente en el Anexo 1 del presente artículo.

Consideramos que ello podría llevarnos a concentrarnos prácticamente en la naturaleza de los productos, cuando nuestro centro de atención, y el fundamento del Nuevo Precedente y del Derecho de protección al consumidor, es la desigualdad informativa en que se encuentran proveedores y consumidores. No debemos perder de vista que, como bien se ha establecido, el Derecho de protección al consumidor es un instrumento de superación de dicha desigualdad.¹⁵

(22) Las medianas y grandes empresas deberían contar con una especialización determinada o procurar contar con la información necesaria para el manejo de su negocio y por tanto, aún cuando no haya conocimiento certero sobre el bien o servicio que adquiere, la empresa, grande o mediana, no siempre debería estar comprendida por la legislación sobre protección al consumidor. Consideramos que si bien la “puerta puede abrirse” para estos casos, debe hacerse de manera prudente.

Por ejemplo, qué sucedería si un laboratorio contrata a un científico para que investigue la cura de una enfermedad, y este efectivamente encuentra un principio activo que cura pero que genera efectos secundarios adversos. Supongamos que este investigador no informa de ello al laboratorio, y deja que el producto se comercialice y posteriormente se presentan tales efectos secundarios.

En ese caso, ¿podría el laboratorio denunciar a este investigador por no haberle brindado toda la información? Dado que se encontraba en desigualdad informativa, podría el laboratorio denunciar al investigador por temas de protección al consumidor? Consideramos que no, o en todo caso no debería, pues el proveedor (en este caso grande y mediana empresa) debe actuar diligentemente, procurando contar con toda la información que se encuentra dentro de su ámbito de dominio, más aún si se trata de temas correspondientes al giro de su negocio. De lo contrario, se generarán ineficiencias en el mercado y si bien no debía ingresar, tarde o temprano la demanda de los consumidores lo sacarán del mercado.

Dada la organización de las medianas y grandes empresas, éstas deberían estar en capacidad de prever estas situaciones, así como cuando al consumidor se le exige diligencia para informarse para adquirir y usar los bienes y servicios. De lo contrario, podrían generarse efectos como la “judicialización” de la administración al llegar al posible escenario que a nivel administrativo se conozcan afectaciones de derechos contractuales, cuando la finalidad de los órganos funcionales del Indecopi consiste en resolver las afectaciones a los derechos de los consumidores.

Anexo I

