

DERECHO Y ECONOMÍA
EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS INSTITUCIONES LEGALES

El derecho a equivocarse

La contratación masiva y la protección del consumidor*

El hombre moderno vive atravesado por estándares. El comportamiento humano se ha convertido en un fenómeno estadístico. Nos transportamos en masa, trabajamos en masa, compramos en masa, vendemos en masa, vivimos en masa. Basta levantarse una mañana cualquiera para incorporarnos de inmediato en un engranaje de transacciones y actividades que podríamos considerar fungibles. Así, prendemos la radio o la televisión para vemos bombardeados por una publicidad que no es otra cosa que un conjunto de «ofertas al público». Nos detenemos un instante en nuestro automóvil frente a un cajero automático y llevamos a cabo las más variadas transacciones bancarias. Almorzamos en un restaurante y consumimos un

* La presente sección se basa en los siguientes artículos: «Contratación en Masa ¿Contratación? Publicado en *Themis*, Revista de Derecho, N° 15, 1989; «¡Firme Primero, Lea Después! La Contratación Masiva y la Defensa del Consumidor», publicado en el libro *El Derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*, Fondo Editorial de la PUCP, 1993; «Lo que no Mata Engorda. Los Productos Basura y los Prejuicios y Perjuicios de la Protección al Consumidor en un País Pobre», publicado en *Ius Et Veritas*, N° 12, 1996; y «Me Quiere; No me Quiere. Deshojando Margaritas Ideológicas en Torno a la Protección al Consumidor» publicado en *Ius Et Veritas*, N° 14, 1997. Así mismo el autor agradece la importante colaboración de Domingo RIVAROLA en la preparación de esta sección.

menú cuyo precio no estamos en posibilidad de discutir. Estacionamos nuestro auto en una playa sometiéndonos a ciertas condiciones. Asistimos al cine o al teatro o nos matriculamos en la universidad sin que de ordinario nadie nos haya pedido nuestra opinión sobre los términos de la relación jurídica que instauramos.

Estas y mil actividades más, rodean la vida de un ser humano típico, donde la tipicidad se define cada vez más como un molde con el que se producen millones de muñecas de plástico idénticas en una fábrica de juguetes cualquiera.

Cuando trasladamos este panorama al campo de lo jurídico, nos encontramos con la llamada «contratación una masa». Este fenómeno reviste una complejidad sin par en la historia del Derecho. Nuevas técnicas de generación de relaciones jurídicas aparecen como correlato ineludible del desarrollo del capitalismo. A productos y servicios estandarizados se exige, a su vez, consumidores estandarizados. El efecto es relaciones jurídicas hechas en serie. Las sincronizadas maquinarias de la cadena de ensamblaje son reemplazadas en lo jurídico por el formato prerredactado. La voluntad del consumidor ha sido sacrificada, como lo fue la habilidad del artesano, en aras del progreso.

La llamada «contratación en masa» ha convulsionado las más tradicionales estructuras de nuestro Derecho privado. Nuestros Códigos Civiles (incluido el Código Civil de 1984) han quedado a la zaga de los hechos. La teoría contractual tradicional intenta, sin éxito, encasillar estas nuevas formas generación de relaciones jurídicas en las estáticas categorías tradicionales. Se siguen buscando oferentes y aceptantes, se sigue intentando explicar nuestro sistema en base a principios como la autonomía de la voluntad o la buena fe en su sentido clásico, y en el fondo queda oculto lo más importante del fenómeno: masificación, y por ende, su efecto social.

No pretendemos hacer un análisis exhaustivo de todas las diversas modalidades en que se presenta el problema de la contratación en masa (contratos por adhesión, cláusulas condiciones generales de contratación, contratos de hecho, conducta social típica, contratos estándares, protección del consumidor, ofertas al público, etc.). Sólo pretendemos someter a la crítica del AED el marco teórico a partir del cual este fenómeno suele ser analizado por doctrina, sin detenemos en las particularidades específicas de cada una de sus manifestaciones.

Hemos asistido en la década de los 90 a un proceso de reformas y cambios. Estos se han visto reflejados en un conjunto de normas que buscan romper con los esquemas económicos y legales existentes en el Perú para traernos un marco legislativo que persigue el diseño de un nuevo modelo económico.

Sin perjuicio de idas y venidas, de marchas y contramarchas, sin duda, el eje que todo este cambio es un proceso de liberalización y privatización de la economía, producto además de una globalización que parece imposible de detener, gracias al desarrollo tecnológico. Y un primer paso, que todos identificamos con este proceso, es la reducción de la participación e intervención del Estado en la actividad económica, complementado con un aumento sustancial de la participación del Sector Privado. Pero privatizar no es sólo desregular y reducir la presencia del Estado en la economía. Se requiere además de una privatización del propio Sector Privado.

Nuestro Sector Privado no ha desarrollado aún una auténtica cultura de mercado. Los agentes económicos no han ajustado aún su comportamiento a algunos lineamientos básicos para que la libre competencia funcione. Contaminados por la racionalidad de los burócratas de un Estado sobredimensionado, las empresas y los consumidores no siguen un comportamiento que coincida con los presupuestos básicos que el sistema de mercado persigue. Esta forma de comportarse puede desvirtuar el funcionamiento del nuevo modelo económico. Por ello privatizar implica también proteger los mecanismos de la libre competencia. Se regula la actividad económica, es cierto, pero es regulación para el mercado, no del mercado.

Algunas de las normas dictadas se enmarcan dentro de esta idea. En caso es la llamada Ley Antimonopolio¹. Esta norma combate un conjunto de situaciones que distorsionan el funcionamiento fluido del mercado por actos normalmente atribuibles a los agentes económicos privados, en particular las empresas. Para que el mercado funcione se requiere existan suficientes ofertantes y consumidores como para que ninguno pueda, de manera unilateral, afectar el precio. La Ley Antimonopolio pretende evitar que esta situación se dé. Ello será analizado en otro capítulo de este libro.

Otro tema que se enmarca dentro de la protección de los mecanismos de mercado, y que es objeto de la presente sección, la contratación masiva y la defensa del consumidor. Tal como lo enfoca nuestra Ley de Protección al Consumidor² su objetivo principal es generar una mejor y más completa información del lado de los consumidores. Para que el mercado funcione, se requiere que los agentes económicos se encuentren adecuadamente informados para tomar decisiones. El desarrollo de las economías modernas ha traído como consecuencia que exista información asimétrica entre em-

-
1. Decreto Legislativo N.º 701, del 5 de noviembre de 1991, publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el 7 del mismo mes.
 2. Decreto Legislativo 716, del 7 de noviembre de 1991, publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el 9 del mismo mes.

presas y consumidores. Las empresas suelen contar con una información completa que la tienen a su disposición los consumidores respecto a la calidad y precio de los productos, las condiciones del mercado y los términos en base a las cuales se establecen las relaciones contractuales. La nueva norma trata, como veremos más adelante, de revertir una situación, creando mecanismos legales que sancionan aquellas conductas que generan o se aprovechan de la situación de información asimétrica, incentivando a las empresas a proveer información adecuada a los consumidores.

No es suficiente asegurarle al consumidor información sobre la calidad y el precio de los productos y servicios que adquiere en el mercado. También se necesita información sobre qué términos contractuales rigen sus relaciones de intercambio. Problemas como qué tipo de garantías ofrecen los productores, la distribución del riesgo contractual, disposiciones limitativas de responsabilidad, mecanismos de crédito, condiciones de ejecución, son sólo algunos de los que deben ser considerados si buscamos una auténtica protección a los consumidores.

I. EL CONTRATO

El camino de nuestro Derecho Privado está empedrado del término «contrato». Toda la dinámica económica en nuestra sociedad pasa por la aduana de la contratación. Sin embargo, en la historia del derecho se ha llamado «contrato» a muchas cosas diferentes. Así podemos decir, en los mismos términos que utiliza DE TRAZEGNIES para referirse a propiedad³, que el contrato no es un concepto universal que atraviesa la historia, sino un concepto histórico es lo que los hombres quieren o necesitan que sea, y los hombres quieren y necesitan cosas distintas según las épocas. No es nuestro propósito, sin embargo, efectuar una exposición histórica sobre el desarrollo del término «contrato»⁴. Sólo nos interesa poner de relieve su conceptualización moderna, refiriéndonos a lo que nuestros Códigos, y en general, nuestro sistema jurídico, entiende por «contrato».

El concepto moderno de «contrato» es producto de la ideología liberal imperante a fines del siglo XVIII y principios del XIX. Recoge la idea que la iniciativa individual es el mejor medio para el logro de la auténtica convi-

3. DE TRAZEGNIES, Fernando. «La transformación del Derecho en propiedad». En: *Derecho*, N.º 33, diciembre 1978. Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 104.

4. Un análisis detallado sobre la evolución del concepto de contrato puede hallarse en la obra de VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *El contrato por adhesión a cláusulas generales*, Editorial Universo, Buenos Aires, 1984.

vencia humana. Si se dejaba a la libertad de actuar, todo sería mejor. Así se acuñan tres ideas centrales, íntimamente ligadas: la autonomía de la voluntad, la igualdad entre las partes y la obligatoriedad del acuerdo.

Vivimos en una sociedad de maximizadores de beneficios, de individuos que actúan motivados por su propio bienestar. De ello se deriva, como premisa central, la necesidad de dividir el trabajo. Ello permitirá una mayor eficiencia económica. Sin embargo esto trae un problema. Si alguien se dedica a producir vestidos, ¿cómo obtendrá el alimento que necesita? La única posibilidad es el intercambio. Pero si quien tengo al frente, y que posee el alimento que necesito, es un maximizador de beneficios como yo, ¿cómo podré asegurarme su colaboración? Sólo existe una manera de compatibilizar este egoísmo humano natural con su libertad: el contrato. Las partes son libres e iguales, pero el mayor ejercicio de su libertad es, curiosamente, la posibilidad de autolimitarla a través del acuerdo al que voluntariamente lleguen. Así, el contrato es ley entre las partes, porque ninguna otra ley distinta podrá satisfacer de mejor manera sus intereses.

Luego se vistió el esqueleto económico con categorías propias de la teoría jurídica. La doctrina se encargó por distintos medios, de crear elemento central para el funcionamiento del sistema: el respeto a los pilares en los que se sostenía la teoría contractual. Se dotó al sistema de una serie de elementos teóricos (autonomía privada, plicitación, oferta, aceptación, causa, objeto, consentimiento, etc.) que le dieron una coherencia interna de envidiable pulcritud.

Ante esta situación el poder de la autonomía se dimensiona hasta equipararse a la fuerza de la ley como fuente de las relaciones jurídicas, o incluso superarla como ocurre con el artículo 62 de la Constitución vigente que establece que la Ley no puede modificar los contratos celebrados por las partes y por tanto la voluntad expresada en ellos. El canal por el que esta voluntad actúa es el acuerdo, de cuyo carácter vinculante se deriva el concepto de contrato.

Es este concepto de contrato el que viene recogido en nuestras legislaciones. Basta revisar artículos como el 1351, 1352, 1354, 1356, 1359 o 1361⁵,

5. Artículo 1352o.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

Artículo 1354o.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Artículo 1356o.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

en nuestro Código civil. En esta idea el legislador parece encontrar la solución al problema de necesidad de instaurar aquellas relaciones jurídico-patrimoniales necesarias para el logro de la convivencia humana.

II. LAS RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES Y LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

Sin embargo el diseño de contrato aludido está hecho para responder a un mercado de corte «artesanal». Si bien podemos hablar de una cierta uniformidad en la producción de bienes y servicios, en los orígenes del liberalismo, ésta se presenta en niveles bastante incipientes. Nada le permitiría al legislador del Código Napoleónico imaginar, siquiera en una pequeña escala, cuáles serían los efectos del posterior desarrollo del capitalismo.

Un presupuesto del contrato que hemos descrito es la autonomía privada. Ella tiene como expresiones la libertad de contratar o libertad de conclusión (entendida como aquella que me permite decidir si contrató o no y con quién) y la libertad contractual o de configuración (aquella que me permite determinar el contenido y normatividad interna de la relación jurídico contractual). Ambas libertades actuaban en la realidad a través de la negociación contractual. Es en ella donde los elementos técnicos de la teoría del contrato (oferta, contraoferta, aceptación, causa, consentimiento, objeto, etc.) comienzan a compaginarse para arrojar como resultado una relación jurídica que permita satisfacer los intereses entre las partes. La negociación es precisamente aquel mecanismo que permite a los interesados la progresiva autolimitación de su libertad y que tiene como culminación, a través del acuerdo, el carácter obligatorio del contrato.

Pero la negociación, como proceso, genera costos de transacción. Cuando alguien desea adquirir una casa por ejemplo, inicia todo un proceso que comienza por obtener información referida a aquellos supuestos necesarios para que la compraventa satisfaga efectivamente sus intereses (naturaleza del bien, estudios de títulos para garantizar que el vendedor sea el propietario o, en todo caso, se trate de un representante con poderes suficientes, etc). Para celebrar un contrato tenemos que obtener información sobre las condiciones del mercado, las ofertas que se nos hacen, los precios existentes, quiénes son y qué cualidades tiene las personas con las que queremos

Artículo 1359o.- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

Artículo 1361º.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

contratar, etc. El consumidor que desee leer un libro de aventuras tendrá que identificar el autor y la obra que llenen sus expectativas. Esto lo llevará a comprar folletos o periódicos donde se comente o sumillen libros. Quizás, si no obtiene la información adecuada leerá libros que le parecerán aburridos, desperdiciando en ellos tiempo y dinero. Si llega a identificar el libro tendrá que encontrar la librería en la que lo venden y quizás comparar precios entre varias tiendas para ver donde lo venden más barato. Obtener toda esta información tiene un costo evidente en tiempo y dinero.

Por otro lado, necesitamos redactar el documento que contendrá la declaración común de voluntad, para lo que, de ordinario, necesitaremos los servicios de un abogado. Ello lleva, en ocasiones, a largas discusiones, muchas de ellas referidas a aspectos accidentales del contrato, y que, sin embargo, generan demoras importantes para llegar a un acuerdo. Esto produce a su vez costos adicionales (que se denominan costos de oportunidad), y que se derivan de la demora en la instauración de la relación jurídica. Ejemplo de esto último sería si deseo utilizar un inmueble como restaurante: una demora de dos meses en la celebración del contrato me hace perder los beneficios que ese período me podría haber brindado. Como contrapartida, la demora en recibir el precio hace perder la posibilidad de una oportuna inversión o utilización del mismo. En cualquier caso tendremos que leer proyectos y anteproyectos, redactar y volver a redactar cláusulas, discutir y muchas veces romper negociaciones por la dura posición de alguna de las partes. Así el consumidor que compra una sierra eléctrica podría pasarse horas negociando con el dueño de una ferretería sobre quién debe asumir los riesgos de un mal funcionamiento de la máquina y los daños que cause a la integridad de las personas o a sus bienes. Esta negociación consume tiempo, recurso valioso en términos económicos.

Las demoras en celebrar el contrato genera costos de oportunidad de los recursos involucrados en la contratación masiva, los mismos que quedan sujetos a una suerte de inmovilismo durante la negociación y que implica una pérdida del rendimiento potencial de los mismos. Así, si quería comprar la sierra eléctrica para dedicarme al negocio de poda de árboles, tiempo que pierdo en negociar la cláusula de garantía me impide obtener beneficios por la actividad que pienso emprender, y le impide al propietario de la ferretería adquirir nuevos bienes para renovar su stock. Pero, además, se requerirá probablemente contratar abogados que estudien la redacción más adecuada dentro del marco legal existente. Así el propietario de la ferretería tendría que tener un abogado permanente en su establecimiento para que lo asesore cada vez que un consumidor visite. Y lo que es peor, el consumidor tendrá que contratar otro abogado para que le aconseje al establecer relaciones jurí-

dicas en sus decisiones de consumo y que lo acompañe cada vez que va de compras. Y como todos sabemos, los abogados cobran.

Finalmente la negociación, al permitir a las partes intervinientes expresar sus preferencias individuales, determinará que una misma empresa tenga que celebrar contratos sobre los mismos bienes y servicios en condiciones y con cláusulas diferentes. Esto encarecerá obviamente el de ejecución de los contratos, sobre todo en el caso de incumplimiento. Se aumentará el trabajo de los abogados y la incertidumbre sobre la interpretación judicial de los contratos se incrementará con los costos consiguientes. Así, el Banco que comienza a atender al público tendrá que abrir cuentas corrientes o de ahorro que se regularán por reglas distintas según los acuerdos a los que se haya llegado con cada depositante. Cada vez que el cliente se acerca a la ventanilla, el empleado del Banco tendría que revisar el contrato correspondiente para verificar si la operación particular se ajusta a los términos pactados en cada caso. Pero adicionalmente, los conflictos que puedan surgir en cada situación serán diferentes. Se requerirá un departamento de asesoría legal de mayores dimensiones y la predicción de cómo interpretarán los tribunales cada contrato será más difícil. Al ser demasiado elevados estos costos de ejecución existirán menos contratos de depósito en los Bancos y el costo del sistema bancario se encarecerá para perjuicio de los propios consumidores.

Todos estos aspectos de la negociación (costos de información, costos de oportunidad e incluso los derivados de la negociación misma) son costos de transacción.

Sin embargo, y a pesar del costo adicional que significa, las partes deciden asumir tales costos en aras de algún motivo considerado importante (una mayor seguridad en la transacción, ciertas expectativas sobre algunas condiciones especiales que se espera obtener en la misma negociación, aversión al riesgo o, incluso, algún capricho de una de las partes). Resulta obvio, sin embargo, que los contratantes no estarían dispuestos a asumir tales costos en otro tipo de operaciones. Quien compra una hamburguesa en una cafetería, difícilmente utilizará los mismos recursos que utiliza el comprador de una casa para dotarse de ciertas seguridades sobre la calidad de propietario del vendedor, ni concurrirá a un abogado para que le redacte un documento, ni hará una evaluación detallada de sus costos y riesgos. Ello se deriva de que en esta operación (compra de una hamburguesa) la desproporción entre el valor del bien y el que generarían los costos de transacción de una negociación intensa y detallada es de tal naturaleza que convertirían al intercambio en un asunto absolutamente inviable, o en todo caso, irracional.

El desarrollo acelerado que presenta la economía moderna, que ha creado un inmenso mercado de transacciones generalizadas, ha llevado a que los costos ocasionados por la negociación impliquen una disminución importante de la eficiencia y beneficios presumiblemente generados por el mercado. Imaginemos a la General Motors negociando, bajo la asesoría de un ejército de abogados, todos los contratos de compraventa de automóviles que celebra la empresa. La burocratización administrativa, el tiempo y recursos perdidos, las demoras en la colocación de los automóviles en el mercado, las dificultades para interpretar y en su caso poder cubrir los posibles incumplimientos de los particulares referidos a relaciones jurídicas de contenido tan diverso, hubieran hecho imposible el eficiente desarrollo que esta empresa ha alcanzado en el presente siglo.

Así, la estandarización de los bienes y servicios que concurren al mercado lleva, indefectiblemente, a estandarizar las relaciones jurídicas vinculadas a dicha concurrencia. Las relaciones jurídicas se producen en serie. Ello exige eliminar los costos de transacción que ocasiona la negociación, lo que no es posible sin conceptuar está última de manera diferente. La consecuencia lógica es la reducción o eliminación de la negociación, al menos tal como la entiende la teoría tradicional, de manera que la configuración de la relación jurídica sea una labor encargada a una de ellas.

Dentro de la concepción aludida, los términos de oferta y aceptación quedan desfasados. Ya no hay posibilidad de discutir. O uno se adhiere a las estipulaciones o cláusulas generales fijadas por la otra parte, o no hay «contrato». El arte de la negociación contractual es reemplazado, en estos casos, por la mercadotecnia, por la publicidad, por el prestigio de ciertos productos o servicios en el mercado.

Para algunas posiciones extremas, con el sacrificio de la negociación se sacrifica también la voluntad individual de una de las partes ya que existe una desigualdad evidente entre los contratantes. Entonces se plantea que debería, también, caer el carácter vinculante de esta «seudocontratación». Sin embargo, como veremos, ello parte de un error conceptual. Todos sabemos que los actos que se dan dentro de la llamada contratación masiva (cláusulas generales de contratación, contratos por adhesión, contratos o relaciones jurídicas estándares, etc.) resultan, por lo menos en la práctica, obligatorios. ¿Cómo explicar esta obligatoriedad dentro del concepto liberal de «contrato»?

Uno de los retos que enfrenta el Derecho es descubrir si los problemas que pretende resolver existen en realidad. Esto es consecuencia de que el Derecho está formado de una serie de instituciones abstractas que muchas veces se alejan de la propia realidad que tratan de regular. Entonces apare-

cen problemas conceptuales a los que se buscan soluciones conceptuales, sin tener en cuenta que el Derecho debe buscar respuestas prácticas.

El primer paso es entonces establecer si existe realmente el problema que nos hemos planteado. Queremos determinar si es cierto que los mecanismos de contratación masiva constituyen una amenaza a la dignidad de los consumidores. Para ello debemos analizar si la aparición de la contratación masiva es un mecanismo de opresión de los débiles (consumidores) por parte de los fuertes (empresas), o si este fenómeno desarrolla una función distinta.

La idea básica del concepto de costos de transacción que hemos comentado es que usar el sistema contractual cuesta, o dicho de otra manera, el uso del mercado no es gratuito. Celebrar cada contrato implica incurrir en una serie de costos, muchas veces no despreciables, y que hacen que en ocasiones la solución contractual sea inviable o ineficiente.

Si estos costos son muy elevados los contratos podrían celebrarse en términos ineficientes e incluso podríamos llegar al caso en que no se celebren a pesar que serían beneficiosos para las partes involucradas. Por ejemplo el consumidor que, desconociendo que la loción para afeitarse marca «Macho» le irritará la cara, acepta un término colocado en la envoltura que exime de responsabilidad del fabricante en estos casos, habrá llevado a cabo una decisión ineficiente pues ha malgastado su dinero en un producto que no puede usar. Los costos de información (que, como vimos, son una forma de costos de transacción) tienen este resultado, incluso hay supuestos en que el contrato ni siquiera se celebra. Por ejemplo, si el mismo consumidor desconoce por falta de información que la marca «Cara Rica» se adapta perfectamente a las características de su piel jamás comprará este producto por más que sería eficiente. Estos resultados (celebración de contratos en condiciones inadecuadas o la simple no celebración de contratos que serían beneficiosos para las partes) no son socialmente deseables.

En una sociedad de masas, con un mercado generalizado y masivo, los costos de transacción se multiplican geométricamente en relación número de transacciones necesarias. Si en cada transacción que se da el mercado los costos de transacción fuesen elevados, la consecuencia podría ser la inviabilidad del propio mercado. Bienes y servicios como el transporte público, los restaurantes, los seguros, los bancos, los supermercados, el teatro, los cines, las playas de estacionamiento, los colegios, universidades, los hoteles, los parques de diversiones, los sistemas ahorro colectivo, las tiendas de departamentos, etc., no serían viables si no existieran formas de reducir los costos de transacción que los afectan.

Sin embargo, al igual como las empresas reducen los costos de producción por la vía de la estandarización de los procesos productivos, también

han encontrado mecanismos para reducir los costos de transacción a través de la estandarización de los términos contractuales de intercambio de los bienes y servicios que producen. Como KESSLER sostiene, «De la misma manera como la reducción de los costos de producción y distribución se refleja en precios más reducidos, la sociedad en su conjunto beneficia finalmente del uso de los contratos estándares»⁶. En la misma línea, la producción en masa ha dado origen a la revolución tecnológica y esta última a la uniformidad contractual⁷. En otras palabras, al reducirse o eliminarse la negociación (por la vida de condiciones estandarizadas), facilitarse el acceso a la información (con mecanismos como la publicidad o facilitando la comparación de precios y productos, como sucede en un supermercado), o uniformizarse las relaciones contractuales, se están reduciendo los costos de usar el mercado como medio para asignar y distribuir recursos.

III. LOS MECANISMOS DE REDUCCIÓN DE LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

Como ya vimos en otra sección de este capítulo, uno de los mecanismos que el Derecho ha desarrollado para reducir los costos de transacción son las normas dispositivas de los Códigos. No es necesario que las partes, al negociar un contrato, se pongan de acuerdo sobre todas las posibles contingencias que pudiesen surgir, pues en lo que no hayan acordado se aplican las normas del Código Civil que son supletorias al acuerdo de voluntades. Si las normas supletorias han sido cuidadosamente elegidas (es decir, que recogen los principios que pactarían las partes en la mayoría de los casos) cumplen su función al reducir los costos de transacción pues limitan la necesidad de negociar.

Pero quizás el mecanismo más interesante de reducción de estos costos para efecto de lo que estamos analizando es la propia estandarización de las condiciones contractuales. Así las empresas suelen redactar un conjunto estándar de condiciones que se incorporarán a un número indeterminado de relaciones contractuales que se celebrarán en el futuro. Esta estandarización suele operar a través de la redacción de formularios preimpresos, condiciones publicitadas en las envolturas o comprobantes de compra de los productos, avisos colocados en los establecimientos donde

6. KESSLER, Friedrich «Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract» en *Columbia Law Review*, No 43 (1943), p. 632.

7. Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte, T. III. PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1991, p. 172.

se comercializan los bienes y servicios publicidad en la que se ofrecen los productos, catálogos, listas de precios o a través de otros medios análogos.

Las condiciones mencionadas suelen ser redactadas de manera unilateral por el productor o proveedor, teniendo el consumidor como única alternativa el adherirse o no a ellas. En el mercado moderno casi todo se ofrece bajo el esquema de «tómelo o déjelo». Esto reduce la necesidad de negociar el contrato, facilita el intercambio de información, reduce la intervención de abogados, agiliza la contratación reduciendo los costos de oportunidad, facilita la ejecución de los contratos, etc.

Cuando se ofrece una bandeja de comida congelada para ser calentada en un horno de microondas el consumidor que acude al supermercado no necesita negociar las cláusulas ni el precio del contrato, no utiliza los servicios de un abogado, conoce el producto gracias a la publicidad y a la comparación con otros similares, no pierde tiempo, pues perfecciona la operación en unos cuantos segundos reduciendo los costos de oportunidad, y por esta vía permite que el supermercado pueda celebrar operaciones similares con cientos o miles de clientes, y que serían imposibles si no se diese la estandarización.

El problema, más aparente que real, es que en el sistema contractual, que recoge como principio supremo el de autonomía privada, la negociación es una etapa fundamental. Es inentendible una auténtica libertad de contratación si la negociación no está presente. Los intereses de las partes pueden manifestarse y acercarse a través de la negociación, proceso que ha sido agudamente limitado dentro del mercado de hoy. La empresa suele ser quien redacta o determina las cláusulas a ser incorporadas en el contrato que pretende celebrar. Esto es así porque suele ser la empresa, a través de su experiencia de mercado, la que cuenta con una información más completa sobre qué condiciones deben ofrecerse a los consumidores. La paradoja es que para eliminar los costos de transacción se reduce la negociación que es, en la teoría tradicional del contrato, el mecanismo de garantía para que la autonomía privada autoproteja al individuo a través del ejercicio de su propia libertad.

Como dijimos el tema es que el diseño contractual tradicional obedece a una idea de mercado artesanal, reducido y poco desarrollado. Hoy en día, este esquema es impensable. Es necesario que se reduzcan los costos de transacción para que el mercado pueda funcionar como un adecuado asignador de recursos. La estandarización es un mecanismo idóneo para alcanzar tal fin. Si no, pensemos en lo difícil que sería poder acudir al cine si el propietario de la sala de exhibición no estuviese en la posibilidad de fijar los horarios de las funciones y tuviese que negociar con cada uno de los espectadores a qué hora debe comenzar la película. O qué efectos tendría

en el transporte público el hecho de que cada vez que un pasajero sube a un microbús intente negociar la tarifa y la ruta que le conviene. La estandarización es la llave para permitir que tantos servicios diversos se puedan prestar a tantas personas. Como bien dice el destacado tratadista nacional Manuel de la Puente, la velocidad es un factor determinante de este tráfico⁸.

El problema, como dijimos, es el hecho de que una sola de las partes pueda determinar las condiciones que se incorporarán al contrato. Esto ha llevado a que parte de la doctrina identifique la estandarización contractual con una suerte de poder legislativo concedido a los particulares. SLAWSON considera estos casos como legislación privada no consensual. Para él, estos «contratos» no son realmente contratos. Los consumidores no leen los contratos, y si los leen, no los entienden. De acuerdo a este punto de vista los contratos estándares se parecen a legislación y regulación estatal⁹.

GOLDBERG ha desarrollado una idea similar. Para él los contratos estándares son una suerte de legislación producida «(...) en un campo que recompensa los recursos con los que cuenta una de las partes la empresa»¹⁰.

CALIS-AUBOY señalan que esta modalidad de contratación es en realidad una facultad unilateral para determinar el contenido de ciertas relaciones jurídicas, tratándose de una atribución reglamentaria otorgada por el Derecho Privado a algunas personas¹¹.

Bajo estas perspectivas, la empresa ha integrado las relaciones con sus consumidores bajo su esfera de decisión de la misma manera como el Estado ha integrado sus relaciones con los ciudadanos.

Pensamos que asimilar el fenómeno al poder legislativo es arbitrario e inexacto. Este fenómeno tiene sus propias características, por lo que requiere sus propias reglas, como veremos más adelante.

La función desarrollada de este mecanismo de generación de relaciones jurídicas es otra. No exageramos al decir que el desarrollo económico del mercado moderno no hubiese sido posible sin el desarrollo de la contratación masiva y la estandarización de los términos que regulan las relaciones comerciales. Sólo así se pueden superar los costos de transacción

8. DE LA PUENTE. *Ob. cit.*, p. 70.

9. SLAWSON. «Standard form contracts and democratic control of lawmaking power». En: *Harvard Law Review*, N° 84, p. 529.

10. GOLDBERG, Víctor P. «Institutional change and the quasi-invisible hand». En: *Journal of Law & Economics*, N° 17, p. 562.

11. Citado por VALLESPINOS. *Ob. cit.*, p. 246.

derivados del uso del mercado, haciendo viable el intercambio masivo característico del mundo de hoy.

Habíamos dicho que la empresa suele ser la que redacta las cláusulas porque cuenta con mejor información que el consumidor. Pero esta información (lograda a través de mecanismos como la mercadotecnia o la propia experiencia del mercado) concede a la empresa una aparente ventaja estratégica sobre el consumidor, que suele no leer o no entender las cláusulas a las cuales se adhiere como consecuencia de un acto que podríamos casi catalogar de auto-reflejo. Se habla mucho de la desigualdad económica entre empresas y consumidores. Pero como bien señala DE LA PUENTE. «(...) en este nuevo fenómeno social no existe necesariamente, al menos en teoría, una parte poderosa y una débil. Tan precisado se encuentra el productor de colocar rápidamente su producción de bienes y servicios como bienes y servicios»¹².

Creemos, sin embargo, que el tema importante es la información asimétrica. Es cierto que el poder económico puede ser un medio para obtener mejor información y para desarrollar mecanismos para aprovecharla. Pero incluso en el caso de un sastre humilde e independiente que hace ternos para ejecutivos destacados de empresas (donde la diferencia de poder económico estaría favoreciendo al consumidor) el tema se presenta por el lado que en el mercado de venta de ternos el sastre cuenta con una mejor información que le permite sacar partido al redactar las cláusulas que imprime al dorso de su boleta de recojo, y donde, por ejemplo, limita su propia responsabilidad.

Como sugiere TREBILCOCK, «(...) la proposición de que el uso de los contratos estándares es el resultado de la concentración de poder en el mercado carece por completo de fundamento empírico. La razón por la que tales contratos son usados, es exactamente la misma por la que se usan en el mundo de los negocios entre comerciantes, esto es para facilitar el intercambio, o en términos económicos, para reducir los costos de transacción (...). Más aún, es un hecho fácil de observar que los contratos estándares son usados (...) en incontables casos en los que no existe una significativa concentración del mercado»¹³. Así, tenemos el caso de lavanderías, playas de estacionamiento, cinemas, tiendas de comestibles, etc. DE LA PUENTE también identifica como ventajas de la estandarización (sea a través de la adhesión o de las cláusulas generales) la función de reducción de los costos de

12. DE LA PUENTE. *Ob. cit.*, *Loc. cit.*

13. TREBILCOCK, M.J. «The doctrine of inequality of bargaining power: Post-Benthamite economics in the House of Lords». En: *University of Toronto Law Journal*, N.º 26, 1974, p. 80.

transacción, aunque sin utilizar dicho término, al hablar de la agilidad en la negociación, la claridad del contrato, la mejora de condiciones contractuales, la difusión de negocios¹⁴, el ahorro de costos, la reducción de precios, el ahorro de tiempo, y la racionalización empresarial¹⁵.

Sin embargo, el propio DE LA PUENTE sugiere que en ocasiones el uso de modalidades como los contratos de adhesión por parte de empresas que ocupan una situación de monopolio u oligopolio persigue el fin de imponer condiciones que no están dispuestas a negociar, porque saben que, a la corta o a la larga, serán aceptadas. A esta modalidad, DE LA PUENTE se refiere como los contratos prácticamente necesarios¹⁶.

Sin embargo, respecto a este punto, POSNER señala que no existen razones para esperar que los términos contractuales sean diferentes dentro de un monopolio a aquellos que se producirían bajo una situación de competencia. La única diferencia esperable es que el precio bajo el monopolio será más elevado¹⁷. Las razones que explican esto son dos. En primer lugar, el monopolista tiene un incentivo, si es que quiere maximizar beneficios, de colocarse en la curva de demanda más alta posible.

El monopolista quiere dar al consumidor exactamente lo que el consumidor quiere, es decir productos de buena calidad a condiciones razonables. La diferencia es que el monopolista va a cargar un precio por encima de aquel que determinaría el mercado bajo condiciones de competencia. En segundo lugar, el monopolista tiene un cierto interés en negociar el contrato, pues eso le permite conocer las preferencias particulares de cada uno de los consumidores y, por esa vía, llevar a cabo prácticas de discriminación de precios que maximicen su utilidad.

Existe evidencia empírica sobre el hecho que las cláusulas suelen ser incluso menos favorables al consumidor en mercados sumamente competitivos y desconcentrados que en supuestos de monopolio u oligopolio. Son comunes las cláusulas abusivas en servicios como lavanderías, playas de estacionamiento, seguros, corretaje de inmuebles, o contratos de crédito. En estas situaciones existen mercados competitivos, y el carácter abusivo de las prácticas parece deducirse más de la actitud del consumidor (que no lee las cláusulas que se le presentan) que de la concentración de poder económico por parte de la empresa.

14. DE LA PUENTE. *Ob. cit.*, p. 47.

15. *Ibidem*, p. 119.

16. *Ibidem*, p. 28.

17. POSNER, Richard A. *Economics of Law*, Little Brown & Company, 1986, p. 102.

En todo caso, existen casos de cláusulas vejatorias en mercados monopólicos en contextos de poca información de los consumidores o en el caso de monopolios sujetos a controles de precios, en los cuales las empresas, imposibilitados de cargar un precio monopolístico, utilizan las cláusulas contractuales para trasladar costos a los consumidores y así aumentar sus beneficios.

Sin embargo, y con prescindencia de cuál es la causa del problema, el asunto es cómo permitir que la sociedad siga gozando de las ventajas que le ofrece la estandarización de las cláusulas contractuales, es decir de la reducción de los costos de transacción, controlando al mismo tiempo la ventaja estratégica que tienen las empresas y que puede conducir a resultados injustos además de ineficientes en términos económicos.

IV. EL PROBLEMA DE LA INFORMACIÓN ASIMÉTRICA

Nadie está en mejor posición para proteger sus propios intereses que uno mismo. Un consumidor podría preferir comprar un televisor más barato pero por el cual no se le ofrezca garantía y otro preferir pagar algo más pero gozar de una garantía de por lo menos un año. Esto explica por qué un consumidor compra un televisor a un vendedor ambulante o informal por más que sabe carecerá de garantía, y otro prefiere comprarlo en una casa autorizada para sentirse más seguro. Entre estos dos consumidores un tercero no estaría en capacidad de considerar un término contractual que excluye la responsabilidad del vendedor del televisor como perjudicial al consumidor, si éste último, por propia iniciativa, prefirió que le ofrezcan estas condiciones a cambio de pagar un precio reducido.

Intervenir en las cláusulas contractuales es complicado porque los intereses de los consumidores son diversos. Si el Estado obliga a todos los vendedores de televisores a ofrecer garantías esta excluyendo de las posibles opciones del consumidor el comprar televisores más baratos y sin garantía. Si bien es cierto que la obligación de ofrecer una garantía implica un costo adicional para el vendedor del televisor, también es cierto que este costo es trasladado al consumidor por la vía de un incremento del precio. Esta podría ser la razón por la que las normas diseñadas para favorecer al consumidor pueden determinar su propio perjuicio por la vía de un incremento de costos en los productos.

Como dijimos en la sección anterior, debemos descartar la idea, profundamente equivocada, que la asimetría informativa es un fenómeno no deseado. Como dijimos la asimetría informativa es parte del fenómeno económico de división del trabajo, esto es que algunos en la sociedad nos dedicamos a ciertas actividades (usualmente las que conocemos mejor) y otros

a otras. El cliente de un abogado no aspira a tener información simétrica con él. Si fuera así iría a la universidad a estudiar Derecho. Justamente lo contrata para no tener que estudiar Derecho. El cliente posiblemente sepa más que el abogado respecto de sus propios negocios. Es justamente la diferencia de información lo que hace eficiente el intercambio y permite que cada quien en la sociedad se especialice y aumente la productividad de una manera asombrosa, algo que no ocurría si uno mismo tuviera que producir todos los bienes y servicios que necesita, lo que significaría saber de todo. La división del trabajo, y la asimetría informativa que genere, nos libera de esa pesada carga. En ese sentido es deseable que los proveedores sepan más que los consumidores respecto a los bienes y servicios que ofrecen. Lo que debe evitarse es que en la contratación esa asimetría genere transacciones ineficientes, porque son tomadas sin una adecuada evaluación de costos y beneficios. Por ello el objetivo no es la simetría informativa, sino la información adecuada, entendiendo por adecuada aquella cuya producción para el consumidor cuesta menor que los beneficios que genera. ¿Cómo hacer que el mercado funcione correctamente, asumiendo estas premisas?

Si el sistema de mercado funciona de acuerdo a una conjunto de presupuestos básicos el consumidor se encontrará adecuadamente protegido por sus propias decisiones, y sin necesidad de que el Estado intervenga estableciendo cláusulas contractuales. Son requisitos para que el mercado funcione:

a) Un número elevado de compradores y vendedores de manera que ninguno de ellos está en capacidad, por propia iniciativa, de afectar el precio y condiciones de comercialización de los productos. En otras palabras, tanto demandantes como ofertantes en el mercado son «tomadores de precios». Esto quiere decir, que tienen que vender y comprar según precios y condiciones determinados por todos y a la vez por nadie, a través de un conjunto indeterminado de decisiones atomizados en el mercado¹⁸. Para lograr este fin son de principal importancia las regulaciones antimonopólicas¹⁹.

b) Que no existan barreras de entrada y de salida al mercado, de manera que puedan entrar a una industria o comercio todos los que quieran, y que se mantengan en una industria o comercio sólo aquellos que sean eficientes.

18. En otras palabras, no deben existir monopolios u oligopolios.

19. En el Perú, estas regulaciones están contenidas en el Decreto Legislativo N° 701 que prohíbe el abuso de posición de dominio en el mercado y las prácticas restrictivas de la competencia.

c) Que todos los agentes que participan en el mercado gocen de información adecuada. Esto quiere decir, que tanto empresas como consumidores gocen de la información necesaria como para decidir qué es lo que conviene a sus intereses. En el caso de los consumidores, éstos necesitan saber qué condiciones y precios se ofrecen en el mercado, qué términos contractuales se incorporan a los contratos que celebran, cuál es la calidad y cualidades de los productos que adquieren, etc. Sin embargo, como hemos visto, este requisito se cumple mejor del lado de las empresas que del lado de los consumidores, lo que puede generar que no siempre los últimos escojan aquello que es mejor para sus intereses.

Si los requisitos reseñados se cumplen, el mecanismo de mercado daría las mismas garantías que ofrece el sistema contractual tradicional por la vía de la negociación, pero prescindiendo de esta última. Si bien nadie negociaría las condiciones contractuales que se incorporan en un contrato estándar, estas condiciones serían determinadas por un conjunto de decisiones atomizadas en el mercado. Las empresas serían «tomadoras de condiciones contractuales» arrojadas por la interrelación de ofertantes y demandantes. Esto quiere decir que las empresas no fijarían unilateralmente las condiciones que ofrecen en sus contratos, sino que recogerían las mismas a través de la información que el mercado les da sobre qué conjunto de términos contractuales son demandados por los consumidores.

Quizás es mejor graficar esto con un ejemplo. Cuando alguien nos pregunta cuánto cuesta una botella de gaseosa de un litro inmediatamente se nos viene a la mente una cifra. Los precios de las gaseosas, dentro de un mercado competitivo, giran alrededor de su precio de equilibrio. Ello sucede porque si un productor eleva demasiado el precio nadie le compraría y los consumidores empezarían a comprarle gaseosas a sus competidores. Por esta vía los fabricantes de gaseosas irán bajando sus precios para tratar de desplazar la demanda en su favor. Pero esta baja del precio tiene un límite: el costo marginal del producto. No se puede vender las gaseosas por debajo de su costo porque de lo contrario el fabricante perdería y en el mediano plazo quebraría. De este razonamiento se deriva la afirmación de los economistas que el precio de un producto en un mercado perfectamente competitivo es igual al costo marginal de producir dicho producto, pues la competencia irá reduciendo el precio hasta llegar a dicho costo²⁰. Si el fenó-

20. Algunos objetarán esta afirmación diciendo que olvida que los fabricantes de productos obtienen utilidades. Esta objeción no es válida. Dentro del concepto de costo, los economistas incluyen la utilidad mínima innecesaria para que exista un incentivo para que el inversionista mantenga sus recursos asignados a la producción de ciertos bienes y servicios. En otras palabras, la utilidad es considerada como el costo por el

meno anotado se produce, entonces el consumidor está protegido a pesar que, como experimentamos todos los días en el mercado, no podamos «re-gatear» el precio y tengamos que tomarlo como puesto por el proveedor. Pero las opciones de precios de otras tiendas nos permiten elegir y proteger nuestros intereses.

Algo similar a lo que sucede con el precio sucede con las cláusulas contractuales. Al igual como hay un precio de equilibrio existen cláusulas de equilibrio arrojadas por el mercado. Así el hecho relativamente común de que prácticamente todos los distribuidores o los fabricantes de artefactos eléctricos ofrezcan una garantía de un año es consecuencia del encuentro de las expectativas de los consumidores frente a las posibilidades de los productores.

Son principalmente dos los factores que determina el buen funcionamiento de un artefacto: la calidad de su fabricación y la calidad del uso que se le dé. El primer factor depende del productor²¹, el segundo del consumidor²². Es lógico pensar que durante el primer año, cuando el producto es nuevo, el factor determinante sea la calidad de fabricación. Por el contrario, conforme pasa el tiempo, el productor pierde la capacidad de tomar precauciones para conseguir un correcto funcionamiento del aparato y el factor «uso adecuado» comience a tomar un mayor peso específico. En este supuesto el consumidor esta en mejores condiciones para tomar precauciones para un correcto funcionamiento. Eso quiere decir que es probable que en un momento en el tiempo comienza a depender más del consumidor que del fabricante el adecuado funcionamiento de un artefacto. Si eso es así, es lógico que a partir de dicho momento sea económicamente más eficiente que la responsabilidad por el buen funcionamiento se traslade del fabricante al usuario. Esto porque si el fabricante sigue siendo responsable luego de este punto le será más costoso producir y garantizar los bienes que vende. Este costo lo trasladará al precio y venderá un producto más caro. En cambio para el consumidor es más económico tomar precauciones dándole al bien un uso más adecuado. Eso le cuesta menos que pagar un precio superior por una garantía por un periodo más largo.

uso del capital, de la misma manera como los salarios son el costo del uso de la fuerza del trabajo y el arrendamiento de la fábrica el costo por el uso del local.

21. Uso de buenos materiales, adecuada tecnología, un buen diseño, buen trabajo de ensamblaje, etc.
22. No abusar del producto, utilizarlo de acuerdo a las especificaciones y advertencias dadas por el fabricante, adecuado mantenimiento, etc.

Es razonable pensar que el punto de quiebre en el que la responsabilidad deba pasar al consumidor sea un año. El hecho de que sea común que se ofrezcan garantías por este periodo en el mercado parecería confirmarlo. La garantía de un año sería entonces una condición de equilibrio²³.

El argumento, muy común en la doctrina, es que el consumidor carece de facultad de elegir porque todas las empresas ofrecen más o menos las mismas condiciones puede ser falaz. Si el mercado está funcionando adecuadamente es probable que los competidores hayan recogido del mercado ciertas cláusulas como deseadas por el común de los consumidores y que pueden ofrecerse asumiendo un incremento en el precio que los consumidores están dispuestos a pagar por el beneficio adicional.

Así mismo pueden haber identificado cláusulas que sin beneficiar directamente a los consumidores, si permiten reducciones en el precio que los consumidores desean pagar. Como vimos, al igual como puede existir un precio de equilibrio pueden existir cláusulas de equilibrio.

Ahora bien, esto será cierto siempre que los consumidores y productores tengan información suficiente como para llegar a establecer, a través del mercado, qué es lo más conveniente para ambas partes. Así, como señala TREBILCOCK,» (...) la simple uniformidad de los términos, no nos dice nada sobre la presencia o ausencia de competencia»²⁴.

Por el contrario, podemos afirmar que la uniformidad puede ser un indicativo precisamente de la existencia de una adecuada competencia. El verdadero problema no sería el poder económico sino la existencia de información asimétrica, o más precisamente, en la inexistencia de información adecuada para el consumidor. Los consumidores no leen, o de leer no entienden, las cláusulas y condiciones a las cuales se adhieren. El mercado perfecto puede reemplazar el rol de la negociación en un mundo de intercambio masivo siempre que exista adecuada información. Si bien el consumidor no puede negociar los términos de un contrato, sí puede ir a otro

23. El lector suspicaz podría decir que no es cierto que todos los productores de artefactos eléctricos ofrecen garantías por un año. Algunos ofrecen garantías por periodos mayores, otros por periodos menores e, incluso, algunos no ofrecen garantías. Los que ofrecen garantías más prolongadas cobran más. Los que ofrecen garantías por periodos más cortos o simplemente no ofrecen garantías, cobran menos. Lo que puede estar sucediendo es que el producto que se vende no sea el mismo. Si se trata de un producto de mayor calidad, es lógico que el punto de quiebre entre el peso específico de la calidad del bien versus el uso adecuado se produzca después. Por el contrario, si se trata de un producto de menor calidad (y por tanto, más barato) es lógico que el punto de quiebre se produzca antes.

24. TREBILCOCK. *Ob. cit.*, p. 81.

productor que ofrece mejores términos. Las opciones de los consumidores para dejar de comprar un producto son de mejor incentivo para que una empresa incluya condiciones razonables en sus contratos. Como dice TREBILCOCK²⁵, el problema no es que las cosas se planteen en los términos de «tómelo o déjelo» sino si en el caso que el consumidor decide dejar lo que se le ofrece, conozca y tenga otras opciones disponibles.

En la teoría contractual tradicional existen dos libertades que configuran la autonomía privada. La primera es la libertad de contratar y la segunda, la libertad contractual. La libertad de contratar es la facultad que tienen las partes para elegir cuándo y con quién celebrar un contrato. La libertad contractual se refiere al contenido mismo de las condiciones contractuales que se incorporan a la relación jurídica que se instaura entre las partes, por lo que también es conocida como libertad de configuración o libertad normativa.

De acuerdo a lo que hemos explicado si el sistema de mercado funciona adecuadamente sólo la libertad de contratar es realmente necesaria. La libertad contractual implica necesariamente negociación. Como vimos la negociación genera costos de transacción. En consecuencia, es preferible que las cláusulas sean redactadas por una de las partes y que la protección contra dichas cláusulas se dé por intermedio del rechazo o la aceptación a las mismas sin necesidad de negociarlas. En este caso el incentivo para incluir cláusulas razonables nace de la necesidad de captar la demanda de los consumidores. Al igual como se reducen precios para competir, se ofrecerán mejores condiciones para desplazar competidores del mercado. Esto funcionará, obviamente, si los consumidores están adecuadamente informados, y toman en cuenta el contenido de las cláusulas a la hora de tomar sus decisiones en el mercado.

Este concepto es comúnmente malinterpretado y se suele creer que la falta de negociación significa falta de autonomía privada, lo cual es un serio error conceptual en el que ha caído el propio Tribunal Constitucional y al hacerlo ha arrastrado al INDECOPI. Así, en la Sentencia del 24 de marzo de 2004, recaída en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado:

«En tal interpretación de las reglas del derecho privado, el órgano competente no puede perder de vista que, tratándose de negocios jurídicos en los que se insertan determinadas cláusulas generales de contratación, el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada carece de uno de los presupuestos funcionales de la autonomía privada; particularmente,

25. *Ibidem*, p. 80.

del sujeto más débil de esa relación contractual. Y es que no se puede afirmar, sin negar la realidad, que en los convenios suscritos por un individuo aislado, con determinados poderes sociales, o entre personas que tienen una posición de poder económico o de otra índole, existe una relación de simetría e igualdad, presupuesto de la autonomía privada.»

Sobre la base de esa sentencia el Tribunal del INDECOPI ha comenzado a desconocer acuerdos aceptados por el consumidor como la aplicación de penalidades por prepago en un crédito bancario.²⁶ El problema salta a la vista. El Tribunal Constitucional parte de la idea equivocada y no sustentada en la sentencia, que existe una desigualdad de poder económico en un mercado competitivo como el bancario. Pero además parte de la idea que sin negociación no hay autonomía, dejando de lado el hecho que la competencia protege efectivamente la autonomía mediante el ejercicio de la libertad de contratar, a pesar que la libertad de configuración no se ejerza de manera directa. Y asume además que no hay autonomía sin igualdad, cuando como ya vimos, la especialización del trabajo nos va a conducir a que precisamente las partes se encuentren en situación de diferencia en cuanto a la información disponible.

En la mayoría de los casos el propio mercado genera la información necesaria. El consumidor adquiere información de distintas fuentes. Su propia experiencia de consumo o la de otros consumidores le informa sobre la calidad del producto y de las condiciones en que se le ofrece. La publicidad es otro mecanismo, en especial cuando se permite la publicidad comparativa²⁷. Los consumidores pueden, también, organizarse en asociaciones que obtienen, comparan y transmiten información al público²⁸. Finalmente los consumidores pueden, si son cuidadosos, obtener y comprar la información que necesitan.

Los consumidores suelen demandar en el mercado mejor y mayor información, incluso en términos monetarios. Ello explica, por ejemplo, por qué un consumidor paga más por un producto que conoce por la vía de la

26 Ver, por ejemplo, la Resolución No. 0387-2004/TDC-INDECOPI, recaída en el caso de Domingo GARCÍA BELAUNDE contra el Banco de Crédito del Perú, de fecha 25 de Agosto del 2004.

27. El artículo 8 del Decreto Legislativo 691 admite claramente la publicidad comparativa al señalar que: «Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores (...)».

28. Así, la asociación de consumidores puede contratar a un abogado para que lea y compare las cláusulas que suelen ofrecer los bancos para abrir sus cuentas de ahorro y, por esa vía, establecer qué institución ofrece las mejores condiciones.

publicidad que por otro que le es totalmente extraño. El producto es más caro, entre otras cosas, porque el productor le traslada al consumidor el costo de la publicidad misma. El consumidor a su vez está dispuesto a pagar más porque conoce el producto. El problema es, entonces, que la publicidad sea veraz y no lleve al público a confusiones.

Para demostrar cómo los consumidores «compramos información», veamos otro ejemplo. Un productor decide competir por la vía del precio. Así coloca un shampoo en el mercado en una botella sin ninguna indicación o etiqueta. Como no tiene que pagar el diseño, impresión y colocación de la etiqueta, su shampoo es el más barato del mercado. Sin embargo, los consumidores no lo compran porque no saben que es lo que la botella contiene. Podría ser no sólo shampoo, sino desinfectante, detergente para ropa o una gaseosa. Ante su fracaso el productor decide colocarle una etiqueta que solo diga «Shampoo». Sigue siendo muy barato porque la etiqueta es muy simple, frente a las sofisticadas etiquetas de sus competidores, llenas de colores y con impresiones llamativas, pero cuesta algo más que el mismo shampoo sin etiqueta. Ahora algunos consumidores le compran su producto, a pesar que ahora es más caro, pero no son muchos frente a los que compran otras marcas. En general los consumidores demandan más información. Quieren saber qué tipo de shampoo es, para qué tipo de pelo se utiliza e incluso buscan una marca que lo haga identificable. Así el productor de nuestro ejemplo comenzará a buscar qué información exigen los consumidores y modificará su etiqueta. Incluirá la capacidad de un frasco porque los consumidores quieren comparar que shampoo trae más, el tipo de pelo para el que es bueno, el modo de empleo, las advertencias y garantías vinculadas a su uso, o incluso hará publicidad por el periódico o por televisión. El producto será algo más caro, pero los consumidores están dispuestos a pagar por esa información adicional. Esto lo hará siempre que el beneficio adicional de incluir algo más de información (más venta del producto) sea superior al costo adicional que incluir dicha información implica. Llegará un momento en que el productor advertirá que hay datos por los que los consumidores no están dispuestos a pagar, como la composición química del producto, el nombre de los accionistas propietarios de la empresa o el color de ojos del químico que lo diseñó. Esta información será descartada. El mercado tiende pues a producir cierta información simplemente por su propio sistema de incentivos y estímulos.

Pero existen diversas circunstancias que pueden dar lugar a que el mercado no produzca la cantidad necesaria de información. Un primer supuesto es cuando el costo que tiene que asumir el consumidor para adquirir la información es demasiado elevado. Por ejemplo, para que el consumidor entienda la cobertura de un seguro contenida en una póliza requiere probablemente

de un entrenamiento complejo en terminología de seguros, viéndose quizás forzado a contratar a un abogado para que le explique el contrato²⁹.

Otra situación que puede presentarse es que el consumidor ignore cuánto vale para él la información que necesita. Por ejemplo, puede ser que la pasta de dientes que desea comprar haga que pierda la dentadura cuando llegue a los setenta años. Pero el consumidor ni se imagina que ello es posible. Por ello no puede demandar la existencia de una advertencia en el producto. Así, cuando se entere de cuanto puede valer esta información estará ya comiendo dieta blanda.

Otra posibilidad es que el productor lleva a cabo estrategias que le impidan al consumidor acceder a información relevante. El uso de letra pequeña, condiciones que no están al acceso del consumidor al momento de celebrar el contrato, terminología compleja, información engañosa, etc., son estrategias que pueden llevarse a cabo para impedir que el mercado genere la información relevante. Esto se vincula muchas veces con la propia idiosincrasia de los consumidores que no invierten su tiempo en leer y entender los contratos a los que se adhieren.

Es ante estas circunstancias que toma relevancia la necesidad de regulaciones de protección al consumidor. Estas normas deben estar dirigidas a favorecer una información adecuada de los consumidores en el mercado, tratando de eliminar o reducir el impacto de la asimetría existente respecto a los proveedores de los bienes y servicios.

V. LA PROTECCIÓN COLECTIVA AUTÓNOMA

Un primer mecanismo de protección, ya sugerido entre líneas anteriormente, es la organización colectiva de los consumidores a fin de tutelar sus derechos, en lo que se conocen como Asociaciones de Consumidores. A esto lo llamamos protección colectiva autónoma, porque implica la organización plurindividual de aquellos agentes que toman decisiones en el mercado.

Las Asociaciones de Consumidores pueden mejorar sustancialmente la calidad de la información disponible del mercado. Sin perjuicio de sus facultades de representación gremial, que les permiten interponer denuncias y demandas a nombre de los consumidores, estas organizaciones pueden hacer mucho para corregir defectos de información.

29. Los *brokers* de seguros son una institución desarrollada por el mercado para facilitar la protección de los consumidores. La existencia de *brokers* encarece, obviamente, el seguro, pero permite a los consumidores sentirse respaldados a la hora de contratar, lo que reduce los costos de transacción.

Imaginemos, por ejemplo, que un modelo de automóvil tiene un defecto de diseño que reduce su vida útil. Para que los consumidores adquieran esa información tienen básicamente dos caminos. Uno es la propia experiencia. Cuando esperaban que su automóvil dure diez años, descubren que sólo dura cinco. Para cuando los consumidores advierten esto, ya se han fabricado y comprado miles de automóviles de este modelo, y la pérdida económica es inmensa. La otra posibilidad es que antes de comprar el automóvil, el consumidor contrate a un equipo de ingenieros y técnicos que le haga una evaluación de los distintos modelos existentes en el mercado y que descubra el defecto de este modelo. Pero probablemente, este examen es mucho más costoso que el precio del propio automóvil, por lo que el consumidor no lo llevará a cabo. Sólo le queda, entonces, descubrir la información relevante por la vía de la propia experiencia.

Pero si existe una Asociación de Consumidores que agrupe o represente a miles o millones de personas, esta organización sí puede asumir el costo del examen técnico. No tendrá que hacer lo miles de veces, cada vez que un consumidor compra un carro. Bastará que lo haga una vez y que transmita la información a los consumidores. Incluso, ni siquiera es necesario que pague el examen con las cotizaciones de sus miembros. La asociación podría publicar una revista (como es común en otros países) donde se incluya información sobre los resultados de este tipo de exámenes. Los consumidores comprarán la revista porque por esta vía compran la información que necesitan. Así, estas instituciones favorecen la reducción de los costos de la obtención de la información relevante, lo que no es otra cosa que la reducción de los costos de transacción.

Las organizaciones de consumidores pueden, por esta vía, evitar que el público tome decisiones de consumo ineficientes, distribuyendo la información adecuada a un costo razonable, lo que no podría hacerse por la vía de decisiones de consumo atomizadas. Pero, a su vez, se requiere de mecanismos de control del comportamiento de estas asociaciones para evitar el efecto inverso: que distribuyan información equivocada que ocasione injustamente daños a ciertos proveedores de bienes y servicios.

VI. LA PROTECCIÓN HETERÓNOMA

Decimos que un mecanismo de control es heterónimo cuando el mismo es puesto en las manos de un ente o persona distinta a los agentes que actúan directamente en el mercado, es decir consumidores o proveedores. Salimos pues de la esfera de la autonomía privada, para entrar al campo del intervencionismo en el mercado, normalmente por parte del Estado.

El control heterónomo de la contratación masiva puede estar en manos del Poder Judicial, de las normas dictadas por el Poder Legislativo o de la administración pública, que puede incluir al gobierno central o a los gobiernos locales. En estos supuestos, se confiere a los órganos encargados de actuar, la potestad de tomar decisiones en protección de los mecanismos de mercado, y en concreto, de los consumidores. Asumimos, pues, como excepción, que un tercero está en mejor situación que un consumidor para saber qué es lo mejor para este último.

Podemos decir que existen básicamente dos grandes categorías de mecanismos de control para proteger a los consumidores de cláusulas abusivas. La primera categoría contempla aquellos casos en los cuales el mecanismo va dirigido a controlar el propio contenido de las cláusulas contractuales. Esto quiere decir que un tercero (autoridad judicial, administrativa, legislativa o arbitral) determinará si las cláusulas son o no abusivas. Este control puede efectuarse *ex ante* o *ex post* a la celebración del contrato. El control *ex ante* implicaría que sólo son válidas aquellas cláusulas autorizadas antes de su incorporación a contratos particulares. Tal sería el caso de la aprobación administrativa previa de las condiciones generales de contratación. El control *ex post* permitiría declarar la nulidad o ineficacia de ciertas cláusulas con posterioridad a la celebración del contrato, dado su carácter abusivo.

Sin embargo, como ya hemos dicho, el control del contenido mismo de las cláusulas es un tema complejo, pues implica decidir sobre intereses particulares que no necesariamente son manejados o entendidos por los terceros que tienen que tomar las decisiones. Si bien en algunos casos los mecanismos de control del contenido de las cláusulas podrían ser necesarios (como por ejemplo, en los contratos de seguros donde la terminología técnica es demasiado complicada como para ser entendida por el consumidor medio) no siempre es la mejor alternativa. Por el contrario, en la mayoría de los casos genera más costos que beneficios. Como hemos dicho antes, si el Estado obliga a incorporar ciertas cláusulas a los contratos o prohíbe la incorporación de otras, esto puede imponer costos adicionales a los productores. Estos costos adicionales son trasladados al precio, por lo que existirá un incremento del mismo. Este precio tendrá que ser pagado por el consumidor. No es cierto pues que la intervención estatal contribuya a redistribuir el poder económico entre productores y consumidores. Por el contrario puede perjudicar a los consumidores quienes se ven obligados a pagar más por una cláusula por la que no necesariamente se favorecen. Y como hemos dicho, la determinación de cuando conviene realmente la cláusula al consumidor a cambio de un incremento del precio es difícil de establecer sin consultar previamente la opinión de cada consumidor particular.

Por ello un sistema intervencionista puede generarle muchos más problemas al consumidor que aquellos que se pretende aliviar.

Una segunda categoría de mecanismos de control serían aquellos dirigidos a establecer un adecuado proceso de transmisión de la información al consumidor. Bajo estos sistemas no interesa tanto el propio contenido de las cláusulas, como la posibilidad de que éstas sean conocibles por los consumidores. Así lo que se controla son aquellas prácticas dirigidas a falsear, confundir u ocultar información. El uso de letras pequeñas, redacción compleja, publicidad engañosa, remisión a condiciones no estipuladas expresamente en el contrato, son ejemplos de estas prácticas que deben ser sancionadas. La idea es crear incentivos para que las empresas trasmitan, de manera clara, la información pertinente a la vez de crear incentivos para que los consumidores asimilen y procesen tal información. Lo que el Estado controlaría y sancionaría sería, antes que el propio contenido de las cláusulas, el desarrollo de prácticas como las reseñadas. Incluso se podría privar de validez a las cláusulas que no hayan sido conocibles por el consumidor con prescindencia de su contenido. La ventaja de este sistema es que deja en manos del interesado (es decir el consumidor) la decisión acerca de qué es lo que más le conviene. Ello es lógico si entendemos que nadie mejor que uno mismo para interpretar cuáles son nuestras expectativas e intereses.

¿Cuáles deben ser los estándares de intervención del Estado? ¿Qué relación deben guardar con los ingresos de los consumidores? ¿Deben ser más exigentes en un país con altos niveles de pobreza? En el punto siguiente analizaremos estos aspectos.

VII. LO QUE NO MATA ENGORDA: DIAGNÓSTICO DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN UN PAÍS POBRE

No es extraño levantarse por las mañanas en Lima, mirar por la ventana, y ver a una persona rebuscando nuestra basura en busca de sobras de comida. La escena, además de humanamente devastadora, es sintomática de un país con bajísimos niveles de ingreso, tremenda escasez de recursos y desigual distribución de la riqueza.

Sin duda no será difícil que todos coincidamos, fuera de cualquier discusión y planteamiento ideológico, que es una imagen que quisiéramos que desaparezca, o al menos, que no se presente con tanta frecuencia. Nadie podrá decir que ello es algo bueno, o deseable o positivo. Nadie podrá ocultar su deseo de que esas escenas no debieran repetirse. Pero, por otra parte, ¿alguien propondría que se diera una ley que prohíba que la gente recoja los restos de comida de la basura? La respuesta parece bastante obvia. La trage-

día de la que podemos ser testigos todas la mañanas es solo superada por una imagen aún peor: la de esa misma persona muriendo de inanición.

Comer basura no es, obviamente, nada saludable. Los riesgos de contraer enfermedades o intoxicarse con un alimento descompuesto son más que evidentes. Sin embargo esas personas deciden, conscientemente, asumir dichos riesgos ante un mal mayor, el morir de hambre.

Los efectos nada deseados de esta situación son propios de un país como el nuestro. La pobreza convierte a la basura en una alternativa posible de supervivencia. Los costos de comerla (enfermar) son menores que los beneficios (seguir viviendo) y ello hace que la conducta, con toda su carga deshumanizante, algo perfectamente racional.

Sin embargo, los riesgos que los países pobres tenemos que correr son muchos más. Un pariente cercano de comer basura lo constituyen los llamados «productos basura» que los peruanos solemos comprar día tras día para satisfacer nuestras necesidades. Desde alimentos elaborados en terribles condiciones sanitarias, ropa que no mantiene su calidad y características luego de la primera puesta, medicinas vendidas en condiciones que las hacen poco confiables, hasta artefactos eléctricos reconstruidos, licores que no son tales o muebles que son víctimas de las polillas en unas cuantas semanas. Esos productos se venden al por mayor y menor, cuentan con cadenas de distribución relativamente sofisticadas vinculadas normalmente al comercio ambulatorio y, lo más curioso, cuentan con la preferencia de un importante número de consumidores que los eligen por sobre productos similares que si brindan todas las garantías. Y la razón de la preferencia no es difícil de encontrar: el precio. Estos productos suelen ser, en términos competitivos, mucho más baratos que aquellos que ofrecen todas las garantías. Y la causa de ello no es ningún secreto: los costos de producir esos bienes son menores precisamente por que no tienen que invertir en ofrecer todas las garantías.

Se exige a las autoridades (como al INDECOPI, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Agricultura, etc.) acciones decididas para decomisarlos y prohibir su comercialización. Se pide a los congresistas la dación de leyes severas que sancionen con mayores penas de cárcel a quienes los fabriquen. Se emplaza al Poder Judicial, al Ministerio Público o a la Policía para que actúen con mayor energía. En pocas palabras se exige que los «productos basura» desaparezcan.

Si estas personas quisieran ser coherentes con su posición deberían exigir acciones igualmente efectivas para impedir que los mendigos, durante las madrugadas limeñas, puedan comer basura. Debería sancionarse no solo a los irresponsables que colocan la basura en la calle (que finalmente somos todos) sino incluso a quienes se la comen.

En este punto pretendemos demostrar que los «productos basura» suelen ser más importantes y necesarios de lo que parece a primera vista. En consecuencia una política de protección al consumidor debería considerar para su diseño e implementación las funciones que estos «indeseables» bienes desarrollan en nuestra sociedad. El no hacerlo convertirá a la política de protección al consumidor en un arma contraria a los intereses de los propios consumidores, al forzar que una economía con pocos recursos tenga que actuar soportando los sobrecostos que los productos garantizados implican. El resultado sería una reducción de los niveles de bienestar general que debemos evitar.

La calidad tiene un costo que debe ser pagado por alguien. Ofrecer mejores condiciones sanitarias implica una inversión para el productor. Hacer que los bienes duren más tiempo o que no sufran desperfectos implica gastar en tecnología, mejores materiales y trabajadores más capacitados. Ofrecer garantías de funcionamiento implica asumir los costos de reparar los bienes luego de adquiridos estos. Exigir prescripción médica para comprar una medicina significa pagar los honorarios de un doctor. Solicitar que los comerciantes cuenten con locales idóneos para asegurar la buena condición de los bienes que venden implica exigir un gasto mayor.

Pero, a fin de cuentas, no es el productor el que termina asumiendo ese gasto. Finalmente los sobrecostos generados por incorporar calidad a los productos son trasladados al precio, y al hacerlo son asumidos por el consumidor, sea mediante pagar más dinero, sea mediante simplemente dejar de comprar. Forzar a que los productos cumplan con un estándar de calidad determinado es prohibirle, en última instancia, a los consumidores que compren productos más baratos.

Uno de los primeros casos que se presentó en la Comisión de Protección de Consumidor del INDECOPI fue el caso de unos zapatos. A la Comisión llegó una queja telefónica en el año 1993 referida a un par de zapatos adquiridos por un consumidor. El precio pagado al ambulante del que los adquirió fue de S/. 5.00 el par (es decir S/. 2.50 cada uno). La misma noche del día que los adquirió el consumidor se los colocó para ir a una fiesta, con tan mala suerte que en Lima, donde nunca llueve, llovió. Los zapatos se fueron paulatinamente ablandando hasta que literalmente se desintegraron. El pobre consumidor llegó a su fiesta totalmente descalzo, pues los zapatos, que estaban hechos de cartón, no soportaron el agua.

Al formularse la queja la Comisión analizó el caso a fin de determinar qué es lo que debía hacerse. La primera reacción es que debía sancionarse al vendedor por haber vendido zapatos de cartón³⁰. Sin embargo, al anali-

30 Finalmente ello hubiera sido imposible. No se pudo ubicar al vendedor pues tratándose de un ambulante había abandonado el lugar original de la venta. Pero además

zarse con algo más de detalle el caso, se determinó que ello era muy peligroso. En primer lugar, los zapatos de cartón en una ciudad en la que llueve poco como Lima pueden ser una alternativa razonable y muy barata. Finalmente los zapatos de cartón pueden ser la única posibilidad de no estar descalzo para gran parte de la población de bajos ingresos. En segundo lugar, el consumidor podía haber recibido, por medio del precio, información sobre las características del bien. Si algo no se le puede exigir a un par de zapatos de cinco soles es calidad.

Este caso ha sido usado como el paradigma del cuidado con el que se debe analizar la actuación del Estado frente a productos de muy baja calidad. Y a su vez ha sido usado como paradigma de los críticos, que con poca comprensión de economía y mucho populismo, usan ejemplos como estos para sostener precisamente lo contrario y decir que la libertad excesiva conduce a resultados inhumanos.

En una ocasión tuve la oportunidad de entrevistar a Ronald Coase. En dicha entrevista incluí una pregunta sobre los productos basura, y en específico el caso de los productos de cartón. Esto respondió el Premio Nobel de Economía:

«En un caso como ese no vería la necesidad de regulación del gobierno para nada. En el agregado, las personas son muy buenos jueces de lo que es apropiado para ellos. Naturalmente, si eres muy pobre, tú no vas a querer gastar la mayor parte de tu dinero en un producto de alta calidad porque ello significaría que no tendrás la posibilidad de gastar dinero en otras cosas. El significado de ser pobre es que tendrán que comprar zapatos hechos de cartón y otras cosas similares.»³¹

Es un caso paradigmático que muestra las dificultades que debe enfrentar la protección de los consumidores en un país pobre. Como todo caso paradigmático no está libre de los disparos populistas que creen que los problemas de los pobres se resuelven con frases aparentemente bonitas, pero que desconocen la base de la tragedia de la pobreza. Y es que el caso que define un paradigma de una pobreza aguda en la que siempre es difícil encontrar culpables de nuestros problemas. Quizás el problema radique, precisamente, a que nadie, más que la terrible escasez de recursos que sufrimos los peruanos, sea culpable de lo que ocurre.

Es una creencia común que en países con grandes sectores de la población con muy bajos ingresos la protección del consumidor debe ser más

el consumidor no tenía un comprobante de pago que permitiera demostrar a quién había comprado los zapatos.

31 En <http://coase.org/coaseinterview.htm> (5 de Febrero del 2006)

agresiva y activa que en países más desarrollados. Se piden normas más estrictas, sanciones más fuertes y operativos y acciones de oficio por parte de los entes encargados de proteger al consumidor. La base de la creencia es que hay una diferencia de poder económico que justifica un rol más activo del Estado para conseguir una igualación de proveedores y consumidores. Creo, sin embargo, que esa creencia se basa en una premisa total y completamente falsa.

Es incluso curioso ver como defensores, en apariencia, de las ventajas de un libre mercado, pierden la perspectiva (y diría incluso su aparente coherencia ideológica) al hablar de protección al consumidor. No negamos la necesidad de una acción de ciertas autoridades en este campo, pero no para evitar que existan los «productos basura», sino para que sean realmente los individuos (consumidores y proveedores) los que determinen cuál será la calidad de los productos que se ofrecerán y demandarán en el mercado.

La protección al consumidor en un país pobre exige una mayor cautela y cuidado por parte de Estado. La razón es muy sencilla. La regulación del Estado impone, necesariamente, costos a la industria. Al pedirle al industrial que deje de fabricar zapatos de cartón, mejore las condiciones sanitarias de su planta u ofrezca mayores garantías al consumidor lo estamos obligando a gastar más. Al hacerlo quizás lograremos que su producción deje de ser de «bienes basura». Pero sus nuevos productos serán más caros y con ello se alejarán de los consumidores, en especial de los de bajos ingresos. El problema en nuestro país es que nuestros consumidores están en menor capacidad económica de la que están los consumidores de países desarrollados como para soportar esos sobrecostos. En otras palabras, los errores en la regulación (y el Estado suele equivocarse) tienen que ser asumidos por consumidores en peor capacidad para hacerlo.

Los «productos basura» responden en realidad, en un importante grado, a las condiciones de demanda. Una demanda pobre tenderá a consumir bienes de baja calidad porque no tiene muchos recursos para invertir en mejores condiciones y características. Para el pobre la calidad es un bien suntuario. Es algo que pagará quizás cuando tenga un ingreso extra o quiera darse un gusto. Pero en el día a día, en su trágica lucha periódica por la supervivencia, la calidad es algo que no puede adquirir.

En una encuesta realizada por IMASEN³² se señalaba los criterios que seguía el consumidor limeño al comprar un producto. Así, el 40.1% de los consumidores encuestados señaló que el precio era el aspecto que consideraba en primera instancia frente a otros elementos como la marca (37.4%),

32. «La Otra Cara del Consumidor». En *Trizia*, Magazin de Actualidad. Año 1, N.º 2, pp. 6-9.

la calidad (5.4%) y la promoción u oferta (5.1%). Asimismo, cuando se les preguntó cuál era el elemento que tomaban en cuenta en segunda instancia, el 38.4% consideró el precio, por encima de la marca (24.2%), la promoción u oferta (13.2%) o la facilidad para encontrarlo (7.1%).

Como podemos ver casi el 80% de los consumidores peruanos utilizan al precio como uno de los dos principales elementos que toman en cuenta al momento de comprar. Esta preferencia por precios no sólo es clara, sino explicable en términos económicos por el bajo nivel de ingreso. En el mismo estudio se señala que el consumidor capitalino se inclina por el comercio ambulatorio por que considera que vende más barato que las tiendas, aunque reconoce que los ambulantes no ofrecen productos de la misma calidad que en las tiendas. A una conclusión similar se llega respecto de la compra de electrodomésticos en ambulantes a pesar que esto no ofrece garantías³³. Pedirle a una familia cuyo ingreso mensual total está por debajo del nivel de supervivencia que se fije en algo distinto al precio es un absurdo. Una familia en tales condiciones solo puede aspirar a cubrir las necesidades básicas, aunque ello no lo pueda hacer exigiendo mucha calidad.

Una familia pobre no tendrá en la cocina de su casa las mejores condiciones sanitarias. La razón es obvia. La higiene cuesta. Hay que invertir en educación, en implementos de limpieza, en tiempo para limpiar. En muchos hogares peruanos el agua, elemento básico para lograr condiciones sanitarias mínimas, es un bien tremendamente escaso y caro. Probablemente esa misma familia adquiera productos alimenticios que no son fabricados en condiciones sanitarias adecuadas. Pero no es de extrañar que a pesar de ello las condiciones sanitarias sean mejores que las de la propia cocina del consumidor. Y ello explica la «trágica coherencia» entre un consumidor que no invierte en mejorar las condiciones sanitarias de su hogar y adquiere productos que tampoco reflejan dicha inversión. La causa es la pobreza.

Es muy común escuchar que en el Perú se venden, por ejemplo, medicamentos prohibidos en los Estados Unidos. De tal constatación se deduce que los laboratorios transnacionales usan a los peruanos como conejillos de indias o para vender lo que ya no pueden vender en los países subdesarrollados.

Efectivamente es cierto que en nuestro país se venden medicamentos prohibidos en otros lugares. Imaginemos por ejemplo el caso hipotético de un medicamento para controlar la presión alta por que se determinó que en uno de cada 25,000 casos generaba ciertos efectos secundarios graves. Sin embargo, para prohibir un medicamento este debe tener sustitutos. De lo

33. *Ibidem*, p. 8.

contrario, por evitar los efectos secundarios, estaríamos forzando a las personas a sufrir la dolencia específica que precisamente el medicamento pretende curar. Sin embargo, en muchas ocasiones cuando aparece un sustituto adecuado, este es mucho más caro. Si es más nuevo es posible que la patente se encuentre vigente, con lo que los costos del monopolio temporal concedido por la ley al descubridor elevan su costo. En otras ocasiones el medicamento es en sí más caro de producir por sus propias características. Finalmente, cuando se prohíba la venta de uno de los sustitutos es de esperar que el precio del otro se eleve como consecuencia de la lógica reducción de competencia generada por la propia prohibición³⁴. En tales circunstancias la medida de eliminar un medicamento del mercado conduce a forzar al consumidor a tener que consumir un medicamento más caro.

¿Qué ocurrirá con el consumidor que no tiene dinero para pagar el sobreprecio del sustituto? Pues algo muy sencillo. No podrá comprar ni uno ni el otro. El uno porque el Estado prohibió su venta. El otro porque es muy caro para su presupuesto. Es cierto que la acción del Estado lo protegió de ser uno de los raros casos en los que se manifiestan terribles efectos secundarios. Pero también es cierto que el Estado es responsable de que muera de la dolencia que puede tratar con el medicamento cuyo precio no puede pagar, a pesar de asumir un riesgo. Se le condenó a un mal cierto por evitarle la posibilidad de sufrir un mal incierto. ¿Qué es peor?

Muchos han tratado de calificar al consumidor peruano como uno totalmente irracional, que compra productos de mala calidad a pesar de ver en los medios de comunicación los riesgos que ello implica. Creo, sin embargo, que el consumidor peruano muestra una racionalidad, dadas sus especiales circunstancias, perfectamente explicable y coherente.

Los niveles de ingreso de una persona son un claro limitante de las opciones que tienen en el mercado. Quien solo tiene para gastar en alimentos S/. 50.00 y tiene en el mercado opciones para elegir tres canastas, una de S/. 40.00, otra de S/. 50.00 y una tercera de S/. 70.00 solo tiene en realidad dos opciones. Eliminar la canasta de S/. 40.00 y la canasta de S/. 50.00 con el argumento de que no ofrecen productos de calidad es, en última instancia, dejarlo sin opciones.

34. De hecho es de esperar que el problema real se presente cuando el sustituto sin efectos secundarios sea más caro. Si no fuera así bastaría que exista la obligación de informar adecuadamente al consumidor sobre los efectos secundarios para que este llegue solo a descartar el medicamento. Si adicionalmente el sustituto es más barato, el consumidor tendría que ser muy tonto para seguir consumiendo uno más caro que además impone costos adicionales por el riesgo de sufrir efectos secundarios. El mercado por sí mismo, y sin necesidad de ningún tipo de intervención del Estado, no resuelve el problema.

Para analizar cómo reacciona el consumidor a las diferentes opciones que se le presentan en el mercado, y los riesgos que decide conciente o inconscientemente asumir, es pertinente recurrir al concepto de «efecto ingreso». La capacidad de decidir y las valorizaciones que los individuos dan a determinados bienes, incluso los que no tienen naturaleza patrimonial como la vida o la integridad física, están condicionados con su nivel de pobreza o riqueza, es decir por su ingreso.

Si a una persona se le pregunta cuánto estaría dispuesto a recibir para dejarse matar probablemente respondería que no existe cantidad suficiente para ello. Pero si a esa misma persona le preguntamos cuánto estaría dispuesta a pagar para que no lo maten la respuesta cambia. Probablemente dirá que entregará todo lo que tiene. Y todo lo que tiene es una cantidad determinada reflejada por lo que esa persona tiene como patrimonio.

En el primer caso no existe cantidad suficiente para que la persona acepte que lo maten. En el segundo se paga una cantidad determinada. ¿Cuál es la razón de la diferencia en la valorización? La respuesta es muy sencilla. La segunda de las preguntas obtiene una respuesta condicionada por lo que se conoce como «efecto ingreso». Las personas no pueden pagar más de lo que tienen, así valoricen su vida en más que todo su patrimonio. Y cuanto menos tengan su disposición a pagar, incluso para defender su propia vida, será menor. Por ello a la segunda de las preguntas recibiremos respuestas diferentes según la situación de cada persona a la que se le plantea la oferta. Un millonario estará dispuesto a pagar millones para no morir. Un pobre estará dispuesto a pagar unos cuantos soles. El condicionante del nivel de ingreso se manifiesta de manera distinto, sin que con ello queramos decir que la vida de un rico vale más que la de un pobre. Es solo que el rico tiene más que sacrificar a cambio de su vida y sus alternativas de opción, siendo mayores, le permiten una mayor gama de posibilidades.

Si trasladamos la valorización de la propia vida a situaciones más realistas que la pregunta «¿Cuánto pagarías para no dejarte matar?» veremos que el efecto ingreso también se pone de manifiesto. Las personas, a lo largo de nuestra vida, realizamos distintas inversiones para proteger nuestra vida, para hacerla más larga y saludable. Por ejemplo acudimos a realizarnos exámenes médicos periódicos, contratamos seguros de salud, adquirimos automóviles más seguros o compramos productos que brindan más garantías.

La capacidad de asumir costos adicionales para reducir nuestra posibilidad de morir o para proteger nuestra salud está en relación directa a nuestra capacidad financiera. Es de esperar que los pobres gasten menos en ello de la misma manera como es de esperar que gasten menos en alimentos, compren ropa de inferior calidad, construyan casas más baratas o viajen menos al extranjero. El «efecto ingreso» determina que su vida (valo-

rada como la posibilidad de invertir en aumentar la seguridad de seguir viviendo) sea considerada menos valiosa por él mismo. Solo existe una posibilidad de cambiar ello, y ello es aumentando su ingreso. Los «productos basura» que generen, por ejemplo, un mayor riesgo a la salud, son la simple expresión de ello.

Lo grave es que prohibir esos productos por el mero hecho de no tener una calidad adecuada es condenar al pobre al no consumo, o al consumo clandestino, que en términos económicos y de bienestar social es peor que el consumo de baja calidad.

Bajo los determinantes del «efecto ingreso» la decisión de compra de «productos basura» es una decisión racional y conciente. Quien compra bienes en paraditas en las que no se ofrecen todas las garantías es, en la mayoría de los casos, conciente de lo que compra. El consumidor, por medio de su experiencia de mercado, ha ido paulatinamente identificando los pros y los contras de esos productos. Si sigue consumiéndolos es por que, dado su nivel de ingreso, constituye una opción racional. Pensar que el Estado puede decidir mejor que él y privarlo de la posibilidad de consumir lo que vienen consumiendo carece por completo de sustento fáctico y real.

Los riesgos que el consumidor asume cuando adquiere productos de baja calidad suelen ser riesgos concientes que son compensados por una reducción en el precio respecto del producto que ofrece todas las garantías. Cualquiera sabe que comprar un enlatado en un ambulante plantea más riesgos que comprarlo en una cadena de supermercados. Ello no quiere decir que quienes compran a ambulantes son unos ignorantes o unos locos. Solo quiere decir que realizan una elección coherente a la luz de los niveles de escasez de ingresos que enfrentan y que los llevan a asumir más riesgos.

Pero incluso en el supuesto que uno pensara que los consumidores pobres no son racionales, cabe preguntarse si ello justifica la intervención estatal para sustituir su capacidad de decisión. Un mercado moderno debe basarse en la libre elección. La gente, nos guste o no, debe ser libre de cometer errores si es que queremos que pueda tener aciertos. En el mercado la racionalidad se va forjando en un proceso de «ensayo-error» continuo en el que la libertad es la única garantía del respeto de la autodeterminación individual. Por ello la simple prohibición de los productos basura por el hecho de ser tales no solo es un atentado contra el sentido común, es un atentado contra el principio de libertad individual y el de autonomía privada.

En este contexto es importante definir hasta donde llega el rol del Estado en el campo de la protección al consumidor.

En los últimos tiempos ha sido común oír hablar de «productos bamba» como sinónimo de «productos basura». A pesar de que quizá nos este-

mos refiriendo a términos poco técnicos, creo que son bastante gráficos respecto al problema que tratan de definir. Asimismo creo que hay diferencias importantes entre ambos conceptos.

Aparentemente los dos términos se referirían a aquella categoría de productos de baja calidad que es común encontrar en el mercado peruano. «Bamba» alude sin embargo, a un concepto más específico. Algo «bambeado» es algo falsificado, algo que no responde a las características ofrecidas. Quizás el caso más claro es el de los productos que utilizan marcas que nos les corresponden. De hecho esa parecería ser, dentro de la jerga nacional, la acepción que se ajusta más a lo que la gente entiende por dicha denominación.

Como todos sabemos en el Perú existe una importante actividad de falsificación de productos. Esta falsificación puede o no ir ligada a la baja calidad de los bienes. Es común, por ejemplo, que en productos de belleza, champú, reacondicionadores, perfumes, licores, etc., se utilicen envases descartados de productos legítimos para ser rellenos con sustitutos de baja o pésima calidad. Por el contrario en otras áreas la calificación del control del producto es más discutible. Por ejemplo en textiles se pueden encontrar con marcas pirateadas tanto productos de muy baja calidad como productos de buena calidad a los que se le ha añadido un signo distintivo de manera ilegítima.

El problema que plantean los productos bamba, que no necesariamente son los mismos que los de la categoría productos basura es el uso ilegítimo de elementos de propiedad industrial sin autorización de los titulares correspondientes. Lo que se está produciendo en tal supuesto es una vulneración de los derechos de propiedad de la empresa o persona titular del signo distintivo, y la acción de las autoridades en tal supuesto se justifica en la defensa de tal derecho, sin perjuicio de que esto esté o no afectando al consumidor.

Sin embargo, normalmente, los productos bamba generan confusión en el consumidor que muchas veces no puede distinguirlos de los productos legítimos. Hay casos en que el consumidor es conciente de que compra un producto sin marca legítima o con un alto riesgo de que sea así. Incluso se ha llegado a detectar el caso de prendas de vestir con signos distintivos removibles e intercambiables a través de un sistema de «pega-pega» en el que el consumidor mismo puede cambiar la marca de la prenda teniendo un juego de signos distintivos que adquiere junto con ella. En tal supuesto es evidente que el consumidor no ha sido engañado. Sin embargo, en la mayoría de los casos la información que tendría que obtener el consumidor para discriminar el producto falsificado del que no lo es puede ser alta, y como consecuencia de ello puede generar distorsiones en el mercado.

Debemos destacar, sin embargo, que la acción del Estado no se basa en estos casos en la calidad o no del producto sino en la defensa de un signo distintivo, por una parte, y en el suministro de información inexacta al consumidor, en la otra. El problema es que las marcas y demás signos distintivos son mecanismos de reducción de costos de transacción por la vía de ser continentes de información relevante para los consumidores. El prestigio de una marca se plasma en el signo distintivo que lo representa y con ello la marca informa al consumidor sobre las calidades, garantías y características que puede esperar de un producto. El producto «bamba» no solo viola un derecho de propiedad sino que transfiere toda esta información de manera equivocada al consumidor.

El problema en tal supuesto no es la calidad en sí misma sino la información brindada a los consumidores. Y es que como veremos más adelante la información constituye el elemento clave de las acciones de protección al consumidor.

Es por ello importante distinguir la problemática del producto «bamba» de la problemática del «producto basura». El primero puede constituir una preocupación para el adecuado funcionamiento del mercado. El segundo es solo una opción que el mercado podría estar produciendo dadas las características de la demanda en un mercado determinado. Mantener la distinción es importante para tener claro la necesidad o no de acción estatal en ese campo. Como veremos mas adelante, sin embargo, las acciones de oficio deben ser tomadas como un último recurso y no como una forma usual de acción del Estado.

No todos los problemas de información asimétrica son consecuencia de la falsificación de productos. En ocasiones el consumidor puede estar recibiendo información inadecuada sin necesidad que el proveedor del bien esté utilizando un signo distintivo de manera ilegal. Como sostuvimos anteriormente la problemática de la protección al consumidor se centra en un problema de información asimétrica entre el proveedor y el consumidor. Deben quedar descartadas políticas de control de calidad, por las mismas razones por las que se descartan políticas de controles de precios: En una economía de libre mercado corresponde a las leyes de oferta y demanda qué se produce, cómo se produce y a qué precios. Sin embargo la información insuficiente e imperfecta puede conducir a una ineficiente asignación de los recursos.

Si un consumidor adquiere un bien que requiere ciertas instrucciones mínimas de uso que no le son proporcionadas por el proveedor y como consecuencia de ello sufre un daño, la pregunta es quién debe asumirlo. La respuesta debe enfocarse por el lado de quién podría tomar precauciones a un menor costo. Y en este caso los menores costos están vinculados a la

disposición de la información relevante sobre el uso adecuado del bien. Evidentemente un proveedor que tiene experiencia con el bien que fabrica está en mejor capacidad para ordenar y procesar esa información y ponerla al acceso del consumidor por medio de un manual de instrucciones. En consecuencia al hacer responsable al proveedor por los daños ocasionados se estará generando incentivos para que éste suministre dicha información al consumidor y se eviten así los daños ocurridos.

Lo mismo podría decirse respecto de la calidad de los bienes. En términos teóricos podría decirse que el proveedor deberá transmitir al consumidor toda la información referida a la calidad y características del producto, de manera que este pueda realizar una comparación adecuada de precio y calidad. Lo que ocurre es que en la práctica ello no es posible. El proveedor debería informar al consumidor sobre los materiales que usa, el proceso productivo que aplica, el nivel de calificación de sus trabajadores, la tecnología de la que dispone, etc. No es difícil imaginar lo complicado que sería para un comprador de un simple par de zapatos, una camisa o una lata de sardinas, recibir, procesar, entender y usar de manera útil toda esa información. Quizás le haríamos más un daño que un beneficio.

Y es que el problema real es que suministrar toda esa información y procesarla para utilizarla como mecanismo de decisión, tiene un costo. Desde la impresión de envases, manuales o etiquetas, hasta las horas hombre consumidas tanto por el proveedor como el consumidor para ordenar y utilizar toda esa información, implica un gasto que, como cualquier otro costo vinculado al producto, termina siendo asumido por el consumidor. Por eso intervenir exigiendo estándares de información exagerados no sólo podría no beneficiar al consumidor, sino incluso perjudicarlo.

Cuando hablamos de «productos basura» probablemente también nos estemos refiriendo a «información basura» como la disponible en favor del consumidor. La mayoría de productos basura ni siquiera cuentan con envases o etiquetas donde imprimir la información, por que cuando la escasez de recursos es extrema, hasta en ello es bueno ahorrar. Los manuales o las advertencias son extrañas en ese tipo de productos. Y si lo que se pretende es brindar información sofisticada, es posible que esta termine resultando total y completamente inútil.

Ante esta disyuntiva el problema de cuál es la información exigible a proveedor se convierte en un problema igual de trágico que el de controlar la calidad de los productos en sí. Si regresamos al ejemplo de los zapatos de cartón antes mencionado, cabe preguntarse si el proveedor debió anunciar su producto indicando el material del que estaban hechos. Aceptarlo implicaría que también debió informar sobre la calidad, ancho y características del hilo usado para cocerlo y la resistencia de la cola con la que se pegaron.

Debería también decir qué tipo de pasadores utilizaba y quizás debamos exigir que siempre diga cuál es la duración estimada de su producto en condiciones normales o una advertencia que diga «No usar cuando llueve». Cumplir con todos esos requerimientos hubiera elevado considerablemente el costo de los zapatos en perjuicio del propio consumidor.

En los puntos siguientes vamos a someter este diagnóstico preliminar a una «prueba ácida» basada en algunos conceptos aportados por el AED, a fin de determinar si esta hipótesis de menor intervención estatal en mercados en países pobres tiene o no fundamento.

VIII. LO QUE DIRÍA PARETO

Hemos dicho que las alternativas dirigidas a eliminar a rajatabla los «productos basura» llevan a resultados ineficientes y tienen consecuencias redistributivas negativas para los sectores de menores ingresos.

En primer lugar vamos a analizar la ineficiencia de la medida. Para ello usaremos como herramienta los aportes ya citados numerosas veces de Wilfredo PARETO.

Como ya se ha visto, según PARETO, una situación será óptima si no es posible mejorar la situación de alguien sin empeorar necesariamente la situación de otro. Esto quiere decir que los recursos disponibles han sido usados de manera tan eficiente que toda mejora individual tiene una consecuencia necesariamente redistributiva, pero no mejora la situación en términos sociales o agregados. Este principio, conocido como el Optimo de PARETO, permite a los economistas identificar una situación ideal bajo la cual se ha alcanzado una autentica eficiencia económica.

Como también hemos visto PARETO nos permite además identificar cuando una situación nueva es mejor que una situación anterior. En términos paretianos, una situación es mejor que la anterior cuando alguien ha mejorado y nadie ha empeorado. Bajo tal circunstancia el cambio de situaciones nos ha hecho ganar algo en eficiencia, es decir que la nueva situación es más eficiente que la anterior. Este es conocido como el criterio de PARETO³⁵.

35. Para una mejor y más detallada explicación de estos criterios consultar (Juan TORRES LÓPEZ. *Análisis Económico del Derecho*. Tecnos: Madrid, 1987, pp. 30-34; Santos PASTOR. «Una Introducción al Análisis Económico del Derecho». En: *Hacienda Pública Española*, Madrid, 1984, N.º 89, pp. 158-160; COOTER y ULEN. *Law and Economics*, Harper Collins: 1988, pp. 16-18, 44-45, 49-50, 229-232, 497-499; MISHAN, E.J. «Pareto Optimality and the Law». *Oxford Economics Papers*, 19, pp. 247-287, citado por TORRES LÓPEZ, *Ob. cit.*).

Finalmente, según KALDOR y HICKS, una situación nueva también es mejor que una anterior si quienes han mejorado lo han hecho en un grado mayor de lo que lo han empeorado aquellos que terminan estando peor. Así, los que han ganado con el cambio lo han hecho en un grado mayor que quienes han perdido con el cambio³⁶.

Regresemos al ejemplo de los caramelos usado en el primer capítulo de este libro. Como se recordará teníamos encerrados en un cuarto a cuarenta personas. Asimismo, los únicos bienes existentes son 20 caramelos de fresa y 20 caramelos de limón. Estos han sido distribuidos entre los ocupantes del cuarto al azar, esto es sin utilizar como criterio el gusto de las personas por un sabor u otro. Así resultan con caramelos de fresa algunas personas que hubieran preferido caramelos de limón, y con caramelos de limón algunos que hubieran preferido caramelos de fresa.

Si un amante de la fresa tiene un caramelo de limón, ofrecerá a un amante del limón un trueque por un caramelo de fresa. Ambos aceptarán, mejorando la situación en la que se encontraban. Los dos han mejorado y nadie ha empeorado. Según el criterio de PARETO la situación resultante es más eficiente que la anterior, aunque debe reconocerse que es una situación subóptima, es decir que aún es posible que algunos sigan mejorando sin empeorar la situación de otros³⁷.

36. En realidad KALDOR y HICKS nos dicen algo que es prácticamente obvio. Lo que ocurre es que las definiciones paretianas son más precisas, por que cuando se presenta una situación en la que alguien ha mejorado y nadie a empeorado tenemos la certeza de que la sociedad en su conjunto esta mejor. En cambio cuando alguien ha mejorado y otro ha empeorado, no es sencillo ni certero saber si la mejoría es superior al detrimento. Ello por que mejorías y detrimentos obedecen principalmente a preferencias subjetivas de las personas, algo que para el observador es muy difícil, sino imposible, de identificar en numerosos casos. Por eso es que penamos el robo y permitimos el contrato. Un ladrón no podría eximirse de culpa si es que demuestra que aprecia subjetivamente la pintura robada más de lo que la apreciaba su anterior propietario. Ello depende de cuanto aprecia el arte uno y otro. No se puede descartar la hipótesis de que el robo pudiera ser eficiente, pero no lo aceptamos, entre otras razones, por que no hay forma de llegar realmente a demostrarlo. Pero si el mismo cuadro es vendido, sabemos que su comprador está mejor (porque sino, no hubiera realizado el gasto) y el vendedor está mejor (porque sino, no hubiera recibido el precio a cambio de la pintura). Los dos han mejorado y nadie ha empeorado, por lo que el contrato debe ser respetado al constituirse una vía para llegar a la eficiencia.

37. Según KALDOR y HICKS el robo del caramelo podría maximizar la eficiencia aún más, pero el juez que deba decidir la controversia tendría que tener medios para determinar que el ladrón ama un sabor más que la víctima del robo. En todo caso, se ha asumido que las preferencias son estándares entre todos, con lo que tal posibilidad queda descartada en el ejemplo colocado.

Si los ocupantes de la habitación, disconformes con el sabor que les tocó, siguen realizando trueques, irán paulatinamente aumentando la eficiencia. Llegará sin embargo un momento en que ya no será posible mejorar más. Un grupo de amantes de caramelos de limón o un grupo de amantes de caramelos de fresa se quedarán con sabores no deseados por ellos³⁸. Ya no será posible que nadie mejore, salvo que empeore la situación de otro (por ejemplo quitándole un caramelo a otra persona). Estaremos entonces frente a una situación óptima, en términos de PARETO. Ello no implica que todos estén contentos. Algunos se han quedado con sabores que no les gustan. Sin embargo, dados los recursos existentes, se ha logrado la mejor distribución posible, maximizándose el bienestar individual y con ello el del grupo en su conjunto³⁹.

Si el Estado interviene en este juego puede crear distorsiones. Si considera que quienes tienen caramelos de limón están equivocados porque los de fresa son más sabrosos (los de limón serían una suerte de «producto basura»), y por tanto impide a los amantes del limón entregar en intercambio sus caramelos de fresa, estará creando una distorsión que reducirá la posibilidad de los agentes involucrados de ganar en eficiencia. Si considerara que algunos de los ocupantes del cuarto son tontos y por ello no les permite participar en el intercambio para evitar que sean víctimas de los inteligentes, estará también estorbando la eficiencia, o lo mismo, generando desperdicio, desperdicio que precisamente conduce a la pobreza. Nótese que si en el mercado un consumidor elige comprar un «producto basura», debemos presumir que ello mejora tanto su situación como la del proveedor que se lo vende, salvo, claro esta, que por alguna falla de mercado esté produciendo una mala asignación de los recursos existentes, tal como analizaremos más adelante.

En el fondo de estos conceptos descansa un justificativo ético, que podríamos identificar con uno de los conceptos de justicia, como bien dice el célebre contractualista norteamericano Alan SCHWARTZ:

«Por justicia entiendo dos cosas. Un aspecto (...) se deriva de las premisas utilitarias y básicamente sostiene que los resultados justos son los que

38. Salvo que existieran 20 amantes de la fresa y 20 amantes del limón. Pero si los números no coinciden con el número de caramelos disponibles de cada sabor, entonces siempre habrá un grupo disconforme entre los que amaban el sabor de mayor preferencia.

39. Nótese además que estamos asumiendo que la preferencia por un sabor es estándar. En la práctica pueden haber algunos amantes del limón que deseen mucho más dicho sabor que otros amantes del mismo sabor. Pero para simplificar el ejemplo hemos asumido que la preferencia se da en el mismo grado entre todos los que quieren un sabor determinado.

surgen cuando se permite a las personas hacer lo mejor que pueden, dadas sus circunstancias. Esto es porque (...) las personas son los mejores jueces de aquello que maximiza su propia utilidad; en consecuencia, dejando que ellos realicen elecciones sin restricciones es más probable maximizar la utilidad para el individuo y para la sociedad en su conjunto. El segundo aspecto de la justicia, que discutiré brevemente más adelante, es la justicia considerada como distribución equitativa. (...)

Quisiera iniciar esta discusión sobre el derecho de los contratos usando el primer concepto: esa noción utilitaria y kantiana que señala que resultados justos resultan de dejar a las personas hacer las cosas lo mejor que ellas puedan⁴⁰.

El dejar que las personas decidan lo mejor para ellas constituye, además de un medio para mejorar la situación de la sociedad, un imperativo ético, por lo menos para quienes creen en la libertad como medio para alcanzar la auténtica dignidad. Por ello el punto de partida es que se debe respetar la posibilidad de elección de los individuos, salvo situaciones muy excepcionales.

IX. LO QUE DIRÍA COASE

Regresando a nuestro ejemplo de los caramelos, pueden darse casos en que no es posible que el intercambio funcione plenamente. Como hemos analizado en otro capítulo, si en lugar de existir 40 ocupantes en el cuarto, existieran 400,000, sería mucho más difícil que se llegue al óptimo de PARETO. La habitación debería ser muy grande y estaría muy congestionada y llegado un punto el poseedor de un caramelo de fresa, deseoso para cambiar su caramelo por uno de limón, tendrá dificultades para ubicar a aquel otro ocupante que detesta el sabor a cítrico. Puede ser que alguna persona no haya nunca probado un sabor o el otro, con lo que carece de información suficiente sobre si desea o no cambiar su caramelo. Podríamos no estar

40. SCHWARTZ, Alan. «Justice and the Law of Contracts: a Case for the Traditional Approach». En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 9, N.º 1, p. 107. Según indica el mismo autor en una nota a pie de página del texto citado, el utilitarismo justifica la autonomía de la voluntad en la contratación si uno acepta el punto de vista según el cual las personas son los mejores jueces sobre que maximiza su utilidad si es que consideramos que dicha utilidad se maximiza dejando a las personas celebrar los contratos que eligen y ejecutarlos. El pensamiento kantiano justifica la autonomía privada en la contratación porque sostiene que la autonomía de la persona debe ser respetada permitiéndose que aflore libremente. Un aspecto de esta autonomía es la realización de transacciones que una persona cree redundará en su mejor o mayor interés.

hablando de caramelos, sino de bienes más complejos, en lo que es difícil conocer las características y como estas se ajustan a las preferencias de cada uno, tales como automóviles, seguros de vida o medicinas.

Los ejemplos mencionados se refieren a la existencia de costos de transacción elevados. Así, el número de agentes, la falta de experiencia de mercado o la complejidad o desconocimiento de las características de un bien pueden dificultar la contratación y con ello restringir la posibilidad del mercado de alcanzar la eficiencia. Esto puede desembocar o en la no celebración de contratos que sería eficientes o en la celebración de contratos en términos ineficientes. Estos problemas pueden a su vez generar divergencias entre el costo privado y el costo social de una actividad, es decir externalidades.

PIGOU sostenía que solo cabe resolver la divergencia entre el costo privado y el costo social mediante la intervención del Estado. Así, el Estado debe gravar con impuestos o prohibir actividades que generen externalidades a fin de corregir los defectos del mercado.

La similitud entre la tesis de PIGOU y la de aquellos que reclaman una mayor actividad estatal para controlar los «productos basura» o de baja calidad es evidente. En el fondo la tesis es que los consumidores son víctimas de externalidades generadas por una mala calidad de los productos. Se genera así una divergencia entre el costo social causado por los productores de estos bienes, y que en parte es asumido por los consumidores, y el costo privado de la actividad productiva, que es asumido por el proveedor del bien o servicio. Ello conduce a que se produzcan más bienes y por ende más daños de los que son socialmente deseables.⁴¹ Sin embargo, tal como ya hemos visto, según COASE es totalmente inexacto sostener que la divergencia entre el costo privado de una actividad y su costo social deba ser

41. Para quienes consideran que el rol del Estado, a través de las agencias regulatorias, es el de reemplazar la decisión del consumidor, es importante recordar el nombre de uno de los más celebres seguidores de PIGOU de la historia, el Presidente de los Estados Unidos Franklin Delano Roosevelt y su celebre New Deal. Como nos recuerda SUNSTEIN (*Ob. cit.*, p. 6) las reformas del New Deal fueron el fundamento de la orientación que dio el gobierno a las agencias regulatorias en los Estados Unidos hasta la elección del Presidente Ronald Reagan. Incluso durante los años 60s y 70s estas agencias creadas al amparo del New Deal se reforzaron o se multiplicaron, habiendo sido diseñadas «(...) para protegernos de los maltratos a la vida, a la salud y a la seguridad de los productos de consumo, los centros de trabajo y sobre todo el medio ambiente en general». Estas agencias norteamericanas no estuvieron sujetas a un estricto análisis sobre los costos y beneficios de su acción. Los pigounenses parecerían buscar repetir la experiencia americana y convertir al INDECOPI en una agencia «New Dealiana».

resuelta siempre a través de la intervención de Estado. COASE sostiene que todo depende de la existencia o no de costos de transacción.

Por ejemplo, veamos el caso de responsabilidad por productos defectuosos. Si una persona compra un producto con el conocimiento de que le puede causar cáncer, entonces no importará, bajo la primera formulación del Teorema de COASE, la regla legal que se adopte para llegar a la solución eficiente. El hecho de que él conociera el riesgo equivale a afirmar que los costos de transacción respecto al riesgo de cáncer son bajos⁴². Si el consumidor valora el bien en S/. 100, el precio es de S/. 50 y la posibilidad de sufrir cáncer tiene un costo esperado de S/. 30⁴³ será eficiente que compre el producto pues los costos son inferiores a los beneficios. Si la regla legal fuera que el productor no es responsable por los daños que cause su producto, entonces el consumidor consideraría que el bien le cuesta S/. 90, es decir el precio más el riesgo de contraer cáncer, y por tanto lo consumiría. Si la regla legal fuera que el productor es el responsable de los daños, este trasladaría al precio la responsabilidad en que incurriría, con lo que el nuevo precio sería de S/. 90. El consumidor igual adquiriría el bien pues su costo es inferior a la valorización que tiene del mismo. Nótese que en ambos casos se llega a la solución eficiente⁴⁴.

El enfoque regulador peruano es diferente. El INDECOPI fue creado para promover la competencia, y por dicha vía garantizar el libre ejercicio de las facultades de elección de los agentes económicos, incluidos los consumidores. Su forma de actuación debería incluir un continuo análisis costo beneficio de sus acciones. Sin embargo en los últimos cinco años se estaría convirtiendo en una agencia «New Dealiana» o «pigounense», y no en un ente orientado a promover la competitividad y el protagonismo de los proveedores y consumidores en el mercado.

Quizás el atribuir a PIGOU todos estos males contiene un exceso de dureza. Podemos encontrar mayor responsabilidad sobre estos males en las propuestas de KEYNES. Sin embargo, la referencia a PIGOU persigue contrastarse con la visión de Ronald COASE, a las que nos adherimos.

42. Esto es que existe información adecuada que permita incorporar el riesgo al sistema de precios.
43. Es decir la posibilidad de sufrir cáncer multiplicada por la magnitud total del daño si sufriera de la enfermedad.
44. Esta formulación de Teorema de COASE explica las bases conceptuales económicas de la autonomía privada, la libertad de contratar y la libertad contractual. La atmósfera contractual es una donde es de esperar que los costos de transacción sean bajos, pues las partes se conocen, pueden negociar entre ellas y obtener información relevante sobre el bien o servicio objeto del contrato.

Si cambiamos la preferencia del consumidor llegamos también a un resultado eficiente con prescindencia de la regla legal. Si el consumidor solo valorizara el bien en $S/. 70$ será eficiente que no compre un bien cuyos costos totales ($S/. 90$) superan sus beneficios ($S/. 70$). Si no hay responsabilidad, el consumidor bien informado añadirá al precio ($S/. 50$) el riesgo de cáncer ($S/. 40$), lo que arrojará un costo total de $S/90$ que lo desincentivará de comprar. Si el productor es responsable trasladará el costo de su responsabilidad al precio, el que terminará siendo de $S/90$. Nuevamente el consumidor no comprará por que el bien le cuesta más de lo que vale para él (que es solo $S/. 70$).

Como sabemos, la segunda formulación del Teorema de COASE establece que si los costos de transacción son significativos, sí importará la regla legal para llegar a una solución eficiente. Para asumir que los costos de transacción son altos imaginaremos que el consumidor no conoce el riesgo de contraer el cáncer o, en todo caso lo subestima. Si valoriza el bien en $S/100$ lo eficiente es que lo compre. Si el precio es de $S/. 50$ comprará el bien así no haya responsabilidad del fabricante. Para su fortuna el riesgo existente, y que desconoce, no hace que el costo supere su valorización, con lo que comprará el bien. Si existe responsabilidad del productor, el precio subirá a $S/. 90$, con lo que continuará comprando el bien. En ambos casos se llega a la solución eficiente, aunque en uno de ellos (el primero) esto es producto de la suerte.

Pero si la valoración del consumidor fuera de solo $S/. 70$ las reglas pueden llevarnos a resultados distintos. Si no hay responsabilidad el consumidor comprará el bien pues cree que solo cuesta $S/. 50$ al no considerar el riesgo de $S/. 40$ que está asumiendo. El resultado es ineficiente, pues tenemos un consumidor asumiendo un costo de $S/. 90$. por un bien que solo valoriza en $S/. 70$. Por el contrario la regla inversa, es decir que exista responsabilidad, si nos lleva a una solución eficiente. Los $S/. 40$ de riesgo se sumarán al precio, con lo que el consumidor no comprará un bien que solo valoriza en $S/. 70$. En tal supuesto (costos de transacción altos respecto del riesgo existente) la elección de la regla legal correcta si hace la diferencia entre la eficiencia y la ineficiencia⁴⁵.

45. La segunda formulación del Teorema nos muestra las bases conceptuales de la exoneración de responsabilidad al productor que advirtió el riesgo adecuadamente el consumidor. Así el consumidor asume un riesgo que, al haberle sido advertido, hace que los costos de transacción en dicho mercado bajen respecto a la información sobre peligros del producto. Para un ejemplo aún más gráfico de la aplicación del Teorema de COASE a la responsabilidad por productos, puede revisarse POLINSKY, Michael. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Ariel: Barcelona, 1985, pp. 112-122. Allí analiza los problemas de riesgos ocultos o conocidos respecto a la producción de bebidas gasificadas.

La diferencia entre los «cousianos» y los «pigounenses» es evidente. Los segundos plantean, que todo problema de externalidades exige la intervención del Estado para corregirla. Por el contrario los primeros discriminarán entre aquellas situaciones en las que se justifica algún tipo de intervención, por que existen costos de transacción altos, de las situaciones en que dicha intervención es innecesaria porque el mercado está en mejor actitud de corregir el problema.

El tema es entonces determinar si en el caso de los «productos basura» existen costos de transacción lo suficientemente altos como para justificar la intervención del Estado, o si las condiciones de mercado, mediante la experiencia de los consumidores, la información disponible y el proceso de ensayo-error continuo, nos llevarán a una solución adecuada. Si la mala calidad de un producto puede ser identificada y corregida por los consumidores en el mercado, dados los bajos costos de transacción existentes, entonces la intervención de las autoridades estatales se hace innecesaria. Por el contrario si los costos de transacción no permiten corregir el problema, y solo en dicho caso, el Estado debe intervenir.

X. EL ENFOQUE DEL PROBLEMA DESDE LA DEMANDA Y DESDE LA OFERTA.

Uno de los problemas de la tesis de los intervencionistas sobre los «productos basura» es que plantean sus cuestionamientos desde la perspectiva de la oferta de tales bienes. Para ellos la pregunta con la que pretenden atormentar a las autoridades es ¿Cómo es posible que se vendan dichos bienes? La respuesta que ellos mismos dan es que en todos los casos esos bienes son consecuencia procesos productivos llevados a cabo por bandas criminales o cuasi-criminales, dirigidas a estafar a incautos. En tal supuesto grandes masas de la población acuden al mercado a comprar toneladas de estos productos sin advertir nunca que son continuamente engañadas. Así compran productos de mala calidad que se destruyen o pulverizan al primer uso, y luego regresan al mismo mercado y vuelven a comprar para volver a verlos destrozarse ante sus ojos, y así sucesivamente hasta el fin de los tiempos. La conclusión inevitable de tal razonamiento es que el Estado no hace nada para evitar que se vendan esos productos, con lo que se convierte en cómplice de dichos crímenes.

Pero si uno cambia la óptica de la pregunta puede comprender porque se pierde la perspectiva del problema. Si uno se pregunta ¿Por qué los consumidores compran esos bienes? Descubrirá que los problemas de oferta pobre pueden explicarse como consecuencia de una demanda pobre.

Nótese que estos productos de mala calidad son relativamente comunes en los mercados. A dichos mercados acuden una y otra vez los consu-

midores y vuelven a adquirir esos productos. Toda decisión de consumo responde a dos coordenadas: (1) una preferencia del consumidor y (2) una limitación presupuestaria.

La preferencia del consumidor indica qué es lo que el consumidor desearía tener o adquirir para satisfacer una necesidad. Si requiere vestido su necesidad y sus gustos se inclinarán por determinado tipo de ropa. Si desea comer será el hambre y su afición por determinado plato lo que orientará la conformación de su menú. Si requiere transporte buscará una alternativa para cumplir tal fin.

Pero las preferencias no se ejercen en el vacío, sino en una realidad concreta. No podemos adquirir siempre lo que quisiéramos adquirir, porque estamos sujetos a una limitación presupuestaria. No todos comen carne todos los días o tienen automóviles propios o pueden comprar su ropa en New York o París. Las personas nos vemos forzadas a limitar nuestras preferencias a lo que nuestro bolsillo puede comprar.

Ahora, cuando la limitación presupuestaria es muy aguda, nuestras preferencias se van paulatinamente ajustando, pudiendo llegar al extremo de tener que tomar decisiones trágicas (como por ejemplo escoger cuál de nuestros hijos no va a tomar desayuno una mañana). Nadie discute que todos quisiéramos lo mejor para nosotros mismos, pero ello rara vez es posible de cumplir, menos en un país con grandes sectores en situación de pobreza.

El problema de los «productos basura» no es en principio un problema de oferta, sino de demanda. Estos productos existen porque existe un segmento de la población que los demanda y necesita. Si bien se dan ocasiones en las que ciertos proveedores actual dolosamente, no puede considerarse que ello es la regla. El problema no es propiamente la calidad, sino la pobreza. Reformas económicas inteligentes deben buscar mejorar la situación del ingreso de los sectores más pobres, y una vez que se logren esos objetivos, seremos testigos de cómo irán desapareciendo o reduciéndose los volúmenes de producción de baja calidad⁴⁶.

46. Un ejemplo bastante gráfico es el fenómeno que se viene dando en los supermercados. Inicialmente, en 1992 sólo un 8% de la población compraba abarrotes en supermercados, mientras que el resto los compraba en distintos establecimientos. Estos productos son (cuando son comprados en supermercados), en términos de precios, más caros, pero brindan una mayor garantía y mejores servicios. En 1996 esta cifra había aumentado a 13% lo que demuestra no sólo un cambio de preferencias, sino una mejora del ingreso de ciertos segmentos que permite pagar los costos adicionales de la garantía y la calidad. Por otro lado, las ventas de las cadenas de supermercados aumentaron, de 1992 a 1996, en 20% aproximadamente. Esto refleja la mejora de los ingresos en ciertos segmentos de la población. (Ver Agenda SAE – Servicio de Asesoría Empresarial. Apoyo: Lima, setiembre, 1996, p. A.9.) Actualmente la cifra supera el 30 %.

Un tema clave en esta discusión es si los mercados están o no trabajando de manera adecuada al generar «productos basura» y si los costos de transacción en dichos mercados permiten o no una adecuada asignación de los escasos recursos existentes.

Es importante que la perspectiva de análisis no puede partir de uno o dos casos individualmente considerados, sino del funcionamiento del mercado en su conjunto. Como bien dicen SCHWARTZ y WILDE:

«(...) las objeciones normativas a ejecutar contratos celebrados por consumidores informados de manera imperfecta son generalmente injustificadas cuando tales contratos se refieren a bienes intercambiados en mercados competitivos. Una decisión para intervenir regulando los contratos o requiriendo se suministre más información no puede, en consecuencia, sustentarse en la demostración de que un número apreciable de consumidores se encuentran desinformados; por el contrario, la pregunta normativa debería ser cuándo la existencia de información imperfecta produce precios y términos no competitivos»⁴⁷.

Estos mismos autores sugieren que los errores que normalmente se cometen en el análisis convencional que se hace de los problemas de información asimétrica en el mercado son dos:

«(...) el análisis suele fallar en establecer directivas a quienes deben tomar las decisiones legales sobre cuales son las ocasiones y métodos apropiados de intervención legal, y se focaliza de manera incorrecta en individuos antes que en los mercados en los que estos compran»⁴⁸.

Si uno analiza las críticas formuladas descubrirá que encajan exactamente en las observaciones que los autores citados hacen a lo que llaman el análisis convencional. No se indica cuál es la manera correcta de regular. Se limitan a decir que se debe hacer algo, pero sin decir qué es específicamente lo que se debe hacer ni decir tampoco cómo se debe hacer (qué medidas tomar, en qué casos sancionar, qué operativos o fines priorizar, etc.). Pero sobre todo, y allí está el error principal, perfilan un análisis partiendo del consumidor individual, y no del funcionamiento o no de los mercados de manera competitiva.

De manera similar se pronuncian BEALES, CRASWELL y SALOP al indicar que:

47. SCHWARTZ, Alan y Louis L. WILDE. «Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: a Legal and Economic Analysis». En: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 127, 1979, p. 631.

48. *Ibidem*, p. 635.

«La información ha sido tradicionalmente vista como algo que los consumidores tienen o no tienen, y si no la tienen la única solución es (...) dársela. De manera similar, la decepción que pueden sufrir los consumidores ha sido vista como algo indeseable por definición, siendo la respuesta adecuada a tal decepción (obviamente) eliminarla.

Aunque estas afirmaciones podrían ser ciertas tal como han sido formuladas, pierden de vista muchas de las complejidades envueltas en las formas en que la información es comunicada a los consumidores y las formas en las que los consumidores (y los mercados) responden»⁴⁹.

En los puntos siguientes demostraremos que no existen razones para pensar que los productos basura estén funcionando en mercados que no se estén comportando de manera competitiva. Por el contrario los problemas detectados son consecuencia de una situación de ingresos reducidos, y no de falta de información adecuada o costos de transacción significativos.

XI. LOS PRODUCTOS COMO «PAQUETES DE ATRIBUTOS»

Normalmente, cuando uno compra un bien está en realidad comprando un «paquete de bienes» o, más precisamente, un «paquete de atributos». Bajo tal perspectiva la mayoría de bienes ofrecidos en el mercado son en realidad bienes complejos, formados por un conjunto de atributos deseados por los consumidores⁵⁰.

Los productores «empaquetan» esos bienes según las preferencias y limitaciones presupuestarias de los consumidores. Por ejemplo, cuando uno compra un automóvil está en realidad comprando un paquete de bienes y atributos. La carrocería, la potencia del motor, el nivel de consumo de gasolina, la calidad de los acabados, las llantas y otros elementos son agrupados por el proveedor según el segmento del mercado (grupo de consumi-

49. BEALES, CRASWELL y SALOP, *Ob. cit.*, p. 491.

50. Así, según HOLDYCH y MANN (HOLDYCH, Thomas J. y Bruce D. MANN. «The Basis of the Bargain Requirement: a Market and Economic Based Analysis of Express Warranties – Getting what you Pay for and Paying for what you Get». En: *DePaul Law Review*. Vol. 45, Primavera 1996, pp. 786-787.):

«Los productos complejos son aquellos que tienen múltiples atributos para los compradores. (...)

La realidad de hoy en día nos ofrece productos (tanto bienes y servicios) que son complejos. Los productos se componen de una multitud de atributos. Un atributo es una característica del producto que los compradores valoran y que tiene un costo para ser producido.»

dores) al que quiere llegar. Así hay autos deportivos, autos seguros para accidentes, autos compactos, autos de lujo, autos usados, etc. Cada uno constituye un paquete de atributos distinto. A veces ciertas características se incorporan al paquete solo cuando el consumidor lo solicita: el *sunroof* o la parrilla en el techo de un auto no vienen en los modelos estándares. Ello por que no suficientes consumidores desean tales elementos, por lo que si se incorporará a los modelos estándares subiríamos el precio al añadir en el paquete bienes o atributos que los consumidores no valorizan en el nivel en que sube el costo.

Por el contrario otros atributos o bienes rara vez vienen separados del bien. Si bien es imaginable que alguien podría pedir un auto sin ruedas (porque tiene cuatro nuevas de su anterior coche) se trata de un atributo que normalmente es deseado por los consumidores ya incorporado al vehículo. El deseo de algún consumidor idiosincrásico no justifica la creación de esa diferencia.

Otros atributos que se «empaquetan» son las calidades y los términos de los contratos (garantías, responsabilidades del producto, ofertas, etc.). Uno puede comprar un carro con garantía (el paquete estándar de un auto nuevo suele incluir una, aunque los términos entre un ofertante y otro pueden cambiar) o comprar una garantía por separado (contrato de garantía o de seguro, etc.).

Como bien señalan HOLDYCH y MANN:

«Los productos tienen atributos incorporados a ellos solo cuando los compradores valorizan tales atributos por encima del costo para el vendedor de producir tales atributos. En cuanto los compradores marginales entren al mercado y demanden las características de un atributo, el mercado proveerá tales atributos para todos los compradores del producto. Todos los compradores recibirán el atributo incluyendo a aquellos compradores que no lo conocen o no lo valorizan. Quienes adquieren casas en barrios con «mejores» escuelas, por ejemplo, pagan por ese atributo, incluso si no tuvieran hijos en edad escolar. Los no fumadores pagan por encendedores en sus carros, incluso si nunca han abierto un cenicero. El comprador de un paquete de *software* de procesador de texto paga por el thesaurus, el corrector de ortografía y otros aditamentos, sea que no conozca o no quiera utilizar uno de estas funciones»⁵¹.

Bajo esta perspectiva, los «productos basura» son «paquetes reducidos de atributos» empaquetados de tal manera por el proveedor por que sabe que existen suficientes compradores deseosos de adquirirlo sin que se le in-

51. *Ibidem*, Loc. cit.

corpore ni se tenga que asumir los costos de algún atributo adicional. Elementos como la durabilidad, la resistencia, la calidad, la envoltura, el manual de instrucciones, las condiciones de producción, las garantías, la seguridad, etc., son demasiados costosos para los niveles de ingreso de ciertos sectores. De la misma manera que cuando el consumidor peruano de bajos ingresos va al mercado y con su salario solo puede llenar su canasta con pocos bienes, los productos basura son a su vez «canastas reducidas» de atributos. Forzar a los consumidores a comprar paquetes más complejos equivale a forzarlo a comprar con su sueldo canastas básicas con más proteínas. Nadie duda que sería deseable que los peruanos nos alimentemos mejor, pero si obligamos a gastar más en comida, se tendrá que gastar menos en educación, o en vestido o en salud. O lo que es peor, el consumidor no podrá comer porque la canasta que se le ofrece no está al alcance de sus posibilidades.

Otro ejemplo muy gráfico es la situación en la que alguna vez se ha encontrado el lector cuando llega la hora de almuerzo, se encuentra en la calle y solo tiene unas cuantas monedas en el bolsillo. Acudirá a un restaurante y armará su «paquete de almuerzo» según sus preferencias y posibilidades presupuestarias. Quizás tenga que sacrificar el postre, la entrada o la bebida o más de una de estas posibilidades, porque no tiene dinero para comprar un almuerzo completo. Ello no quiere decir que sea bueno que uno deje de comer alguno de los platos de almuerzo. Es solo que dadas las circunstancias, no se puede comprar un «paquete» más completo.

Definitivamente la forma como se empaquetan los atributos de un bien es un factor determinante del precio del mismo. Paquetes más caros serán descartados si paquetes más baratos existen y la diferencia de atributos entre uno y otro no es valorizado por el consumidor por encima de la diferencia de precios existente. Como señalan HOLDYCH y MANN:

«El precio de un producto depende del paquete de atributos incorporados en el producto. El mercado establecerá cualquier precio de un producto de manera tal que la valoración o utilidad subjetiva del potencial comprador sea igual o mayor que el valor de cualquier otro paquete alternativo (costo de oportunidad), sea que el comprador prefiera o no todos los atributos en el paquete comprado. En adición el precio pagado por el comprador es igual o mayor al costo de empaquetar los atributos en el producto en cuestión»⁵².

Más adelante los mismos autores señalan:

«El precio de mercado de un producto es un índice que refleja la cantidad de atributos en un ítem particular. Un lapicero tiene un precio

52. *Ibidem*, p. 791.

superior a otro por que tiene más atributos; una casa vale más en el mercado por que su paquete de atributos trae más satisfacción que una en apariencia casa «similar»; el mero prestigio de un automóvil incrementará su precio en el mercado. A pesar que el precio de un producto en el mercado mide el valor de los atributos incorporados en el producto, el mercado refleja el cambio en las demandas de los consumidores y en el costo de producción a través del ajuste tanto del precio del producto como de la conformación de los paquetes de atributos en los productos. Por ejemplo, durante los años 70's y los años 80's, los fabricantes norteamericanos de automóviles cambiaron los paquetes de atributos de estos bienes ofreciendo garantías más amplias, más seguridad y otros accesorios (...)»⁵³.

Nótese que no existe una diferencia entre forzar a los consumidores a «comprar atributos» adicionales a los deseados y comprar bienes no deseados. Es igualmente contrario al principio de soberanía del consumidor, y por tanto a su libertad, forzar a un consumidor a comprar una bicicleta con una durabilidad adicional como atributo extra que forzarlo a comprar una bicicleta cuando lo que quiere es una patineta. Por ello sugerir que las bicicletas tengan la calidad que tienen la bicicletas Peugeot es condenar a muchos niños del país a nunca tener una bicicleta.

En estos casos se produce una intervención inaceptable en la autonomía privada y en la libertad económica del individuo. Se le esté expropiando su derecho a elegir.

En principio, como veremos más adelante, el mercado genera incentivos adecuados para incluir en el bien el «paquete de atributos» óptimo y adecuado, es decir el que satisface las necesidades de los consumidores dentro del marco de sus limitaciones presupuestarias. No se trata de los consumidores individualmente considerados, sino de la actuación de los consumidores en el mercado, conformando la demanda de un determinado bien o servicio. Si bien se refieren a los términos de un contrato estándar, lo dicho por HOLDYCH y MANN es aplicable a atributos como calidad o durabilidad adicional:

«Un proveedor en búsqueda de maximizar su ingreso neto incluirá en el formato estándar aquellos términos que sean necesarios para atraer suficientes compradores como para que el proveedor venda en número óptimo de bienes, una cantidad en la que el ingreso marginal del vendedor sea igual al costo marginal»⁵⁴.

53. *Ibidem*, p. 792.

54. *Ibidem*, p. 815.

Lo que ocurre con productos de baja calidad es que, dadas las bajas posibilidades presupuestarias de un segmento de consumidores, estos no están dispuestos a pagarle al proveedor el costo marginal de incluir el atributo «calidad adicional» necesario para que el bien deje de ser considerado un «producto basura». La consecuencia natural es que el producto, entendido como paquete de atributos, no es deseado con atributos adicionales a los que ya contiene a un precio dado.

No se necesita mucha inteligencia para entender qué pasaría si la ley, o el INDECOPI, o cualquier otra autoridad impusieran o forzaran a incluir algún atributo adicional simplemente por el hecho de considerar, por sí y ante sí, este será bueno para los consumidores. HOLDYCH y MANN analizan las razones por las que un productor puede decidir (o eventualmente verse forzado) a incorporar un determinado atributo al producto:

«La razón de que un producto esté compuesto de un paquete determinado de atributos sería una función tanto de la tecnología disponible como de restricciones legales. Los vendedores empaquetan atributos en el producto cuando esto reduce costos. Cuando el comprador va a pagar más por el producto con el atributo que sin él y cuando el incremento de precio es mayor que el costo para el vendedor de añadir el atributo al paquete, el vendedor suministrará el atributo como parte del producto. Cuando los compradores pueden añadir el atributo ellos mismos a un costo menor del que puede generar su inclusión por el vendedor, sea por una ventaja comparativa en costos o porque muy pocos compradores estarían dispuestos a pagar por la acción del vendedor, entonces los compradores adquirirán el atributo de manera separada. (...) En otras instancias, como consecuencia de políticas del Estado, los vendedores no pueden desempacar el atributo del producto. Por ejemplo, productos irracionalmente peligrosos deben ser vendidos con seguro para accidentes. Ver el Restatement (Second) of Torts, sección 402A (1965) (estableciendo la responsabilidad de los vendedores de productos por los daños físicos a los usuarios o consumidores) (...) En ambos casos, sea incorporado al producto o comprado por separado, el comprador paga por el atributo»⁵⁵.

La cita es bastante clara. No hay forma de evitar el pago adicional por el atributo. Se dirá, sin tener en cuenta la naturaleza económica del argumento, que no se pueden llamar sobrecostos a algo que es peligroso para el consumidor. Son sobrecostos. El problema no es su nombre, sino como se generan. El consumidor es libre de asumir todos los sobrecostos que desee asumir voluntariamente, y por tanto libre de no aceptarlos cuando así lo desee. Ello puede afectar a quienes producen bienes con más atributos,

55. *Ibidem*, p. 791, nota 42.

porque desearían que los productos sin dichos atributos no existieran para poder capturar parte del mercado de productos de menor calidad. Como no pueden hacerlo por la vía de la competencia, porque los consumidores efectivamente desean «paquetes» más modestos, pretenden que sea el Estado el que lo haga⁵⁶.

Lo peligroso de la postura de los intervencionistas es que pretenden que el sobre costo lo imponga el Estado en contra de la voluntad del consumidor, que es quien lo paga. Tal supuesta corrección del mercado no es sino colocar un impuesto a la libertad, gravando así la simple iniciativa individual con la imposición de una condición distinta a la deseada y por la que, para colmo de males, el consumidor no quiere ni está interesado a pagar.

XII. ¿CÓMO FUNCIONAN LOS MERCADOS DE «PRODUCTOS BASURA»?

Habíamos visto ya que para alcanzar situaciones superiores en términos de PARETO debía dejarse en operación los mecanismos de mercado, salvo que los costos de transacción existentes (entendidos como problemas de información inadecuada) justifiquen algún tipo de acción, siendo necesario además precisar cuáles deben ser los alcances de la misma.

Como bien dicen SCHWARTZ y WILDE:

«Es generalmente aceptado (...) que la información nunca es perfecta; el reto para quienes toman decisiones legales es, entonces, caracterizar, en términos de la necesidad de intervenir, estados que se presentan en la realidad del mundo concreto y que son intermedios entre la información perfecta y la ignorancia perfecta. Esas decisiones son ahora adoptadas

56. Como ya se ha dicho antes hemos sido muchas veces testigos de acciones competitivas por parte de productores de bienes de calidad superior. En bien montadas campañas de publicidad han mostrado a los consumidores las ventajas de sus productos frente a otros de menor calidad. Esa es una estrategia correcta. Si se informa al consumidor de una ventaja y del valor de la misma, es posible que este cambie sus preferencias si valoriza la diferencia suficientemente. Pero si un consumidor, viendo dicha publicidad, desea seguir consumiendo el producto más barato, no es correcto solicitar al Estado que saque a su competidor del mercado. Si un fabricante de colchones de determinada calidad desea desplazar a todos los colchones de inferior calidad a los suyos tiene el camino legítimo de informar las ventajas de sus productos a los consumidores y convencerlos que el precio adicional a pagar vale lo que cuesta. Ahora, si con la complicidad de la autoridad estatal, se prohíben los productos de inferior calidad de los del colchonero de nuestro ejemplo, los consumidores se perjudican y el colchonero se enriquece, con algunas ventas adicionales. Pero muchas personas se quedan durmiendo en el piso. Lo que gana el colchonero es menos de lo que pierden los consumidores. En términos paretianos es un despropósito.

en lo que puede ser descrito, diplomáticamente hablando, desde una perspectiva «impresionista», por que los abogados no tiene herramientas rigurosas para evaluar y responder a problemas de información»⁵⁷.

Definitivamente tratar de definir si conviene o no intervenir en base a la cita de textos genéricos de normas (lo que implica avasallar el espíritu de las mismas) y razonamientos legales simplistas, sin tener una idea clara de los costos y beneficios de la intervención, es un acto irresponsable, muy común en el espíritu «omnicomprensivo» de los abogados que creemos que todo puede ser resuelto a partir del Derecho y sin necesidad de acudir a otras ramas del conocimiento.

Los abogados tenemos la costumbre de acercarnos a un mundo complejo a través del caso concreto y a reaccionar en función a visiones parciales. Por ello compartimos lo que señalan SCHWARTZ y WILDE cuando dicen que el error del análisis convencional es focalizarse en individuos antes que en mercado. Para percibir la naturaleza del error basta observar que los consumidores tienen distintos patrones de comportamiento cuando van de compras el mercado:

«Algunos consumidores consultan una serie de fuentes de información, como periódicos, amigos o reportes de consumidores, visitan numerosas tiendas antes de comprar y planean sus compras durante largos periodos de tiempo; otros consultan pocas o ninguna fuente de información, y no realizan ningún planeamiento previo serio. Pero un tercer grupo, aparentemente más grande que los otros dos, se involucra en una búsqueda moderada»⁵⁸.

La pregunta a plantearse es si la actitud de los consumidores es suficientemente racional como para que se encuentren en situación de protegerse de los riesgos y problemas que se derivan del consumo de productos de baja calidad. De acuerdo a nuestra hipótesis de trabajo, en el común de los casos los consumidores saben, cuando adquieren un producto de baja calidad, los riesgos y problemas que pudieran estar enfrentando. El dolo o el engaño son pues la excepción que confirma la regla. Nadie discute que hay consumidores engañados, como tampoco se discute que hay consumidores que se equivocan, pero la inmensa mayoría de consumidores saben lo que hacen.

La evidencia empírica existente y el análisis de los funcionamientos de los mercado indican que la mayoría de los individuos actuamos razonablemente, esto es ponemos los recursos a nuestro alcance de aquella manera

57. SCHWARTZ y WILDE, *Ob. cit.*, p. 630.

58. *Ibidem*, p. 637.

que consideramos maximiza nuestra utilidad. La concurrencia masiva de los consumidores a estos mercados, luego de haber comprado previamente en ellos y probado las calidades y características de los bienes que en ellos se venden, solo indica que encuentran que, en la inmensa mayoría de los casos, los bienes adquiridos fueron satisfactorios para sus expectativas a la luz de lo que había pagado por ellos.

Para que un mercado funcione bien no se requiere que todos los consumidores estén bien informados y actúen racionalmente. Ni siquiera se requiere que la mayoría se encuentren en dicha situación. Una minoría significativa esta en posibilidad de regular el mercado y forzar a las empresas a brindar al consumidor lo que este busca a un precio reducido.

Clasifiquemos a los consumidores en dos categorías: los «buscadores» y los «pasivos». Los buscadores van a varios puestos de venta, comparan precios, condiciones y calidades, y buscan información complementaria antes de comprar un bien. Ellos están en capacidad de motivar a los proveedores para que estos le ofrezcan lo que se esta buscando a un precio determinado.

Por el contrario los «pasivos» simplemente entran al primer local que encuentran, preguntan por lo que buscan y pagan por ello.

La teoría (y la práctica) indican que los primeros, así sean minoría, están en capacidad de llevar el mercado a su equilibrio, esto es a un punto en que las expectativas agregadas de los consumidores coinciden con las expectativas agregadas de los ofertantes⁵⁹.

Los «buscadores» y los «pasivos» no se ven diferentes en el mercado. No llevan su forma de ser impresa en la cara ni en un fotocheck. Son personas como cualquier otra⁶⁰. Por tanto cuando se formula una oferta, o se ofre-

59. Los mismos SCHWARTZ y WILDE nos proponen un modelo matemático para medir la capacidad del mercado de generar un ambiente competitivo (*Ob. cit.*, pp. 650-651): «Si $A1$ = número de consumidores que visitan solo una tienda; $A n$ = número de consumidores que visitan más de una tienda; n =número de tiendas que cada consumidor que compara ha visitado; F =los costos fijos de cada empresa (incluyendo el retorno de su inversión); s = la «restricción de capacidad», o nivel de producción que minimiza el costo promedio; $P L$ = el precio común limite; μ . = el costo marginal de cada empresa.

Existirá un equilibrio competitivo si, y solo si $An \div (A1. + A n) > (1 - (F \div (s (PL - \mu))))$; un equilibrio con un punto de masa a un precio competitivo puede existir si, y solo si $nAn \div (A 1 + nAn) > 1 - (F \div (s (PL - \mu))) > An \div (A1 + An)$; y una distribución continua del precio puede existir solo si $nAn \div (A1 + nAn) < 1 - (F \div (s (PL - \mu)))$.

60. Es curioso apreciar como en ciertos casos las personas sí pueden ser identificadas como pasivos o desinformados. Ese es el caso de los turistas, en especial los que no hablan español. Cuando acuden a mercados son identificados como tales y se les ofrecen precios y condiciones diferentes. Ello se debe a que, normalmente los turistas no disponen de mucho tiempo para comprar y, sobre todo, no son compradores recurrentes,

ce una determinada calidad, le es difícil al proveedor saber si se enfrenta a alguien informado o simplemente frente a un descuidado. A fin de capturar la mayor cantidad de clientes, tenderá a ofrecer los mejores términos y condiciones posibles al precio que se desea pagar. No es posible discriminar entre los buscadores y los pasivos a simple vista, con lo que la posibilidad de explotar a los segundos se mediatiza por la simple existencia de los primeros.

En el mismo sentido se pronuncian SCHWARTZ y WILDE⁶¹ cuando señalan que:

«La presencia de por lo menos alguna búsqueda por parte de los consumidores en el mercado crea la posibilidad de una «externalidad pecuniaria»: personas que en ocasiones buscan protegen a los que no buscan de empresas agresivas. Este resultado se puede obtener por que en transacciones masivas suele ser demasiado caro para las empresas distinguir entre consumidores agresivos, moderados y despreocupados. (...) En consecuencia, si existen suficientes buscadores las empresas tendrán incentivos tanto para competir por sus negocios y para ofrecer los mismos términos a los no-buscadores. Cuando las preferencias de los buscadores están positivamente correlacionadas con las preferencias de los no buscadores, la competencia entre las empresas por los buscadores tenderá a proteger a todos los consumidores. En este sentido el análisis convencional hace la pregunta equivocada. En lugar de preguntarse cuando un individuo idealizado esta suficientemente informado como para maximizar su propia utilidad, la pregunta normativa apropiada es cuando la competencia entre las empresas por grupos particulares de buscadores es, en un mercado dado, suficiente para generar precios y términos óptimos para los consumidores.»

George PRIEST⁶² sostiene algo muy parecido:

«(...) (los) fabricantes compiten no sobre la totalidad de los consumidores, sino por un grupo de consumidores marginales. Si un grupo pequeño lee las garantías y escoge los productos en función al contenido de las garantías, los fabricantes se verán forzados a redactar garantías que respondan a las preferencias del grupo, incluso si la mayoría de consumidores generalmente se desprecupan de las garantías.»

con lo que dejar una buena impresión (precios bajos por ejemplo) no genera relaciones de clientela sólidas para el futuro. Por ello la estrategia de venta del artesano cambia respecto a la estrategia que seguiría con un consumidor doméstico.

61. SCHWARTZ y WILDE, *Ob. cit.*, p. 638.

62. PRIEST, George, «A Theory of the Consumer Product Warranty». En: *The Yale Law Journal*, Vol. 90, N.º 6, mayo, 1981, p. 1347.

Si bien PRIEST hace referencia a la forma como se establecen las garantías como uno de los atributos que se puede estar ofreciendo, lo dicho es perfectamente aplicable a los demás atributos del producto, incluidos los atributos necesarios para que el producto deje de ser considerado como uno «basura».⁶³

Según estudios empíricos de BUCKLIN, NEWMAN y STAEIN, citados por SCHWARTZ y WILDE, se puede concluir que aproximadamente un porcentaje de 35% de los consumidores visitan dos o más puestos de venta antes de comprar en los Estados Unidos⁶⁴. Debe destacarse que si bien se trata de estudios referidos a un mercado distinto, es de esperar que consumidores de menores ingresos, como los peruanos, inviertan más tiempo y energías en buscar. Pequeñas diferencias de precio, calidad o términos comerciales pueden liberar un porcentaje importante de su presupuesto reducido para cubrir necesidades básicas. Puede por ejemplo significar la diferencia entre que pueda toda la familia tomar desayuno o solo parte de ella en casos de pobreza más agudos. Por tanto el rendimiento en bienestar de un resultado positivo para el consumidor en la búsqueda es mayor en términos comparativos. Ello nos conduce a esperar que en los consumidores de bajos ingresos peruanos la búsqueda sea aún más generalizada que en caso estadounidense.

Sería absurdo pensar que quienes venden productos de baja calidad tengan en sus locales productos con atributos adicionales para los buscadores y con atributos menores para los pasivos y vendan ambas categorías al mismo precio. Los mercados no funcionan así. Menos aún cuando el vendedor puede regresar luego de probar o experimentar con el producto. Quien quiera sistemáticamente engañar a los consumidores, perderá negocios futuros, pues se puede engañar a algunos todo el tiempo o a todos por un tiempo, pero no se puede engañar a todo el mundo todo el tiempo.

La idea de que no es posible engañar a los consumidores por que estos tienen incentivos para obtener información de diversas fuentes es desarrollada claramente por BEALES, CRASWELL y SALOP:

«Para satisfacer esta demanda, diversas formas de información han aparecido en la economía. Los consumidores producen ellos mismos información durante sus compras a partir de inspecciones directas de los

63. Ver además (sobre cómo la búsqueda de unos cuantos consumidores beneficia a todos) SALOP y STIGLITZ, «Bargain and Ripoffs: A Model of Monopolistically Competitive Price Dispersion», 44 *Rev. Econ. Stud.*, 493, 494, 501 (1977), ROTHSCHILD, «Models of Market Organization with Imperfect Information: A Survey» 81 *J. Political Econ.*, 1283 (1973); WILDE, «Labor Market Equilibrium Under Nonsequential Search», *J. Econ. Theory* 373 (1977).

64. SCHWARTZ y WILDE, *Ob. cit.*, p. 653.

atributos de los bienes. Estos atributos pueden ser deseados por su valor de consumo, su utilidad como señales de la existencia de otros atributos no observados, o ambas cosas a la vez. Información obtenida por experiencias posteriores influye en las decisiones de compra y es esencial en la construcción de señales (...)

Los incentivos económicos para que los consumidores adquieran información son muy fuertes. El incremento en la eficiencia de las decisiones de compra son equivalentes a incrementos en el ingreso real y, dada la diversidad de opciones disponibles en una economía moderna, la mejora en las elecciones puede llevarnos a grandes ganancias (...)»⁶⁵.

Un claro caso en que se puede apreciar la capacidad de los consumidores de corregir errores incluso frente a información claramente engañosa fue el resuelto por la Resolución No 072-96-CCD de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI. El caso *Fabril y Nicolini vs. Transcontinental y Publicitas* consistía en una denuncia planteada contra el proveedor del arroz «Costeño Graneadito» embolsado⁶⁶. Este proveedor había difundido una publicidad en la que anunciaba que tres cuartos de kilo de su arroz rendía más que un kilo de arroz a granel. Luego se demostraría que tal afirmación era falsa, pues los estudios en que se basaban carecían de sustento técnico, mientras que tres estudios más completos y detallados mostraban que no existía tal capacidad de rendimiento.

Lo interesante es que cuando la Sala tuvo que analizar la posibilidad de ordenar un anuncio rectificatorio, debía investigar cual era el efecto residual de la publicidad en la mente de los consumidores. La información estadística que obra en el expediente demostraba que, en un inicio, la preferencia por el arroz «Costeño Graneadito» sufrió un incremento impresionante como consecuencia de la publicidad en cuestión, a tal nivel que prácticamente desapareció el consumo de arroz a granel y afectó inicialmente, aunque en mucho menor grado, a los otros productores de arroz embolsado.

Sin embargo en unas cuantas semanas la población fue cambiando nuevamente sus preferencias hacia otros arroces embolsados. Los consumidores había advertido, sin necesidad de hacer los complejos análisis técnicos presentados en el expediente, que el rendimiento ofrecido no era tal. Si bien el arroz embolsado rendía más que el arroz a granel, tres cuartos de kilo no superaban en rendimiento a un kilo. Los consumidores además, no regresaron al granel (como era de esperarse) sino que giraron a otras mar-

65. BEALES, CRASWELL y SALOP, *Ob. cit.*, pp. 501-502.

66. Resolución 072-96-CCD en el expediente N.º 039-96-CPD y 076-96-CCD, publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 31 de enero de 1997.

cas de embolsado, corrigiéndose así el defecto inicial de información. La razón del mayor rendimiento es, aparentemente la bolsa. Al estar embolsado el arroz absorbe menos humedad, con lo que su rendimiento final aumenta, lo que no ocurre con el granel. Nótese además que la promoción del arroz estuvo dirigida principalmente a consumidores de bajos ingresos.

Si estos consumidores pudieron advertir en relativamente poco tiempo que el rendimiento no era el ofrecido y que existía una relación entre dicho rendimiento y el embolsado, habiendo incluso corregido el mercado, cabe preguntarse entonces como es posible sugerir que no corregirá otros defectos por una calidad distinta a la esperada, el riesgo a su salud o la poca duración del bien.

Y la sanción para quienes no satisfacen las expectativas del consumidor es bastante grave: la salida del mercado. Quienes ofrecen las mejores condiciones a los mejores precios irán desplazando a quienes ofrecen peores condiciones a más altos precios. Los niveles de calidad existentes son respuestas competitivas, al igual como son respuestas competitivas los precios y las condiciones contractuales.

«En situaciones en donde los vendedores no mienten, el único problema es cuanta verdad van a decir. En particular si un vendedor tiene un producto malo, si no dice nada, ¿llevará ello a los consumidores a creer que su producto es de un calidad promedio? ¿Podrá la selección adversa por el vendedor de baja calidad sacar del mercado a los vendedores de mejor calidad? Si el mercado es competitivo es evidente que ese no será el caso. Si existe libre entrada de vendedores, entonces el buen vendedor proporcionará información al mercado para distinguirse del mal vendedor. Si cualquier buen vendedor debe enfrentarse a los malos vendedores como consecuencia del silencio de estos deberá decir a los consumidores cuál es la calidad de su producto, entonces el buen vendedor puede a bajo costo informar sobre su calidad y ser distinguido, obteniendo así un precio mayor»⁶⁷.

Según GROSSMAN los productos de buena calidad reemplazarán a los de mala calidad como consecuencia de la operación del mercado. Pero en el caso de los «productos basura» lo que ocurre es que los individuos no desean pagar (porque su presupuesto no les alcanza) por un bien promedio. Por eso es que pagan menos. Cualquier persona puede advertir fácilmente que si un producto tiene un precio bajo es por que probablemente tenga

67. GROSSMAN, Sanford «The Informational Role of Warranties and Private Disclosure About Product Quality». En: *Journal of Law & Economics*, Vol. XXIV, diciembre, 1981, p. 465.

menor calidad que otro similar de un precio mayor. Por ello asumirá que no esta comprando lo mismo.

Lo que la cita de GROSSMAN nos demuestra es que quienes vendan productos de mayor calidad intentarán convencer a los consumidores que la diferencia vale el precio adicional sea mediante publicidad o el ofrecimiento de garantías contractuales⁶⁸. Si luego de advertido ello por el consumidor, este insiste en comprar el producto barato, solo nos esta indicando que es consciente de que está adquiriendo un paquete de atributos menor, determinado por las coordenadas de sus preferencias y sus limitaciones presupuestarias.

El propio GROSSMAN nos explica este efecto:

«(...) si el vendedor ofrece menos que una garantía plena, consumidores con expectativas racionales concluirán que lo están tratando de engañar sobre la calidad del producto. Todo consumidor sabe que es óptimo, en términos de PARETO, que un vendedor le venda el bien al precio de reserva del consumidor con una garantía plena. En consecuencia un vendedor solo ofrecerá menos que una garantía completa si esto hace que la posición del vendedor mejore respecto a la situación en la que se encontraría si brindara la garantía total. Pero ello haría que el consumidor estuviera peor a como estaría si recibiera una garantía completa. Pero ello daría al consumidor menos que su precio de reserva, por lo que no habría la compra»⁶⁹.

Siguiendo el mismo razonamiento, si una persona acude a un mercado y compra un producto sin garantía contractual (como normalmente ocurre cuando uno compra los llamados «productos basura») está recibiendo una clara señal negativa sobre su calidad: es fácil percibir que el paquete de

68. Quien compra en ambulantes sabe que no recibe garantías exigibles. Quien compra en un local formal sabe, por el contrario, que recibe una garantía. La garantía es una señal de calidad importante. Quien ofrece una garantía está dispuesto a respaldar contractualmente la calidad del bien, cosa que el ambulante no hace. Ello explica en parte la diferencia de precio. A pesar que esto es sabido por todos los consumidores, aún muchos siguen comprando en ambulantes, asumiendo conscientemente un riesgo a cambio de una reducción en el precio.

69. GROSSMAN, *Ob. cit.*, p. 463. Más adelante se vera como los consumidores son por naturaleza pesimistas, lo que refuerza la conclusión a la que llega GROSSMAN. Respecto al término «precio de reserva» usado en la cita, este se refiere a aquel precio que refleja lo más que el consumidor está dispuesto a pagar (precio de reserva del consumidor) o lo mínimo que el proveedor está dispuesto a aceptar por el bien (precio de reserva del vendedor).

atributos referidos a la calidad de este bien difiere de los que se incluyen en un bien que se vende con garantía.

El mismo razonamiento se puede hacer respecto otras señales que envían información al consumidor sobre las diferencias de atributos entre un producto y otro, tales como el lugar de compra (un puesto en la calle y un local comercial) la publicidad, la posibilidad de ubicar al vendedor si hubiera algún problema (un ambulante o una tienda), la apariencia del producto, la experiencia del propio consumidor (a través del proceso ensayo-error continuo al que está sujeto en el mercado), de sus amigos o familiares, etc.

Así, si P_g = el precio que el consumidor estaría dispuesto a pagar con la calidad adicional; P_n = el precio que el consumidor estaría dispuesto a pagar por el mismo bien sin la calidad adicional; C_g = costo marginal del producto con la calidad adicional y C_n = costo marginal del producto sin la calidad adicional, tendríamos entonces que la valorización del consumidor de la calidad adicional es igual a:

$$P_g - P_n$$

El costo marginal de producir la calidad adicional para el proveedor sería:

$$C_g - C_n$$

En consecuencia el consumidor comprará el bien con la calidad adicional solo si:

$$P_g - P_n > C_g - C_n$$

Por el contrario no se añadirá la calidad adicional si:

$$P_g - P_n < C_g - C_n^{70}$$

Los precios y las calidades no son pues simple consecuencia del azar o de la casualidad. Tampoco son, de ordinario, consecuencia de las delictivas intenciones de bandas de criminales. Son, por el contrario, consecuencia de

70. Las fórmulas propuestas son una simple derivación de las propuestas por SCHWARTZ y WILDE en «Imperfect Information in Markets for Contract Terms: the Examples of Warranties and Security Interest». En: *Virginia Law Review*, Vol. 69, p. 1413. Estos autores señalan sobre el particular:

«El deseo de un consumidor de pagar por la protección de una garantía es la diferencia entre el precio máximo que el consumidor pagaría por el producto con la garantía y el precio máximo que pagaría el consumidor sin una garantía. Si esta diferencia es menor al costo marginal de la empresa de ofrecer la garantía, no se ofrecerá ninguna garantía. Esto es por que la empresa puede inducir a consumidor a tomar la garantía solo ofreciéndole esta a menos de su costo marginal, y una empresa que maximiza beneficios no haría ese tipo de operaciones.»

la íntima relación que existe entre el costo marginal de producir un paquete de atributos y el deseo y la posibilidad del consumidor de pagar tal costo marginal.

Si bien pueden existir actos aislados de engaño, estos deben ser combatidos por otros medios distintos a la simple eliminación a raja tabla de los «productos basura». Fíjese la diferencia entre las dos posiciones (la nuestra y la de los «pigounenses»).

Según nuestra posición el problema general de los productos de mala calidad se deriva de las condiciones de oferta y demanda, en otras palabras estos productos son la respuesta natural (y eficiente en términos de uso de recursos escasos) a los bajos niveles de ingresos existentes. La única manera de lograr una mejoría, que sin duda es deseable, es aumentando los niveles de ingresos de la población que consume dichos productos. No se descarta que puedan darse engaños y estafas, pero estos no son el centro del problema. Combatiendo esos engaños no van a desaparecer los «productos basura». El rol del Estado se centra entonces en mejorar la información disponible y no es controlar la calidad de los productos para decidir cual es la que deben querer los consumidores.

Para los «pigounenses» en cambio, los «productos basura» son un mal en sí mismo. El Estado debe invertir ingentes cantidades de dinero en montar ejércitos de funcionarios que arrasen, cual moderno Atila, todo producto de baja calidad del mercado. No importa si el consumidor estaba o no bien informado. Que el consumidor quiera comprarlos es totalmente accesorio. Lo importante es lo que el Estado y sus funcionarios (o quienes tienen llegada a ellos) quieran. Es el Estado el soberano del mercado, destronando de tal título al pobre consumidor.

La diferencia no es poca cosa. Ambas posiciones están de acuerdo en que debe brindarse información y combatirse las prácticas que generan engaños y abusos. Pero difieren en la solución. Frente a garantizar el derecho a la libre elección, otros plantean simplemente expropiarlo a los consumidores de bajos ingresos. Tiene hasta un cariz discriminatorio.

Los actos de fraude, conocidos en la jerga de los reguladores norteamericanos como los *hit and run* (pega y corre) son un fenómeno totalmente distinto al de los «productos basura». Se trata de personas inescrupulosas que entran en un mercado, colocan sus productos y desaparecen, pues saben que no tendrán éxito en el largo plazo. Lo mismo se hace con la falsificación de marcas u otras formas de propiedad intelectual, claros actos de fraude en las que el rol del INDECOPI es reconocido.

Un estudio de Apoyo demuestra que los consumidores, en especial los de bajos ingresos, están plenamente conscientes de los riesgos que implica

la compra de productos de baja calidad. Así indican que saben que: «en los ambulantes no pueden reclamar (...). La mayoría reconoce que saben el riesgo que están corriendo y, por lo tanto, se resignan si fueron engañados. En estos casos funciona una lógica donde se asume que se está pagando muy barato por algo que, asumen, se puede malograr, estar fallado, etc. (...) la mayoría de personas son conscientes de los riesgos que toman al momento de comprar en ambulantes, en un lugar de prestigio dudoso o productos de contrabando o «piratas». Hay consenso en mencionar que se compra en esos lugares por el precio (principalmente los sectores más bajos). Saben que la probabilidad de engaño es alta pero consideran que por lo bajo del precio, se justifica el riesgo»⁷¹.

Lo que si les preocupa a los consumidores es cuando adquieren un producto en un local formal y este no tiene una calidad adecuada⁷². En el mismo sentido se pronuncia una encuesta de IMASEN, que indica que el consumidor capitalino se inclina por el comercio ambulatorio porque considera que vende más barato que las tiendas, aunque reconoce que los ambulantes no ofrecen productos de la misma calidad. A una conclusión similar se llega respecto de la compra de electrodomésticos en ambulante, a pesar de que no ofrecen garantías⁷³.

XIII. EL PESIMISMO DE LOS CONSUMIDORES.

Pero incluso en los casos en que existiera un problema de información asimétrica e inadecuada y el consumidor desconociera realmente la calidad que esta comprando, es poco probable que el resultado normal sea un producto no esperado.

La generalización de términos como «consumidores incautos» o «engañados» o «estafados» deja traslucir que la mayoría de los consumidores son optimistas, esto es que normalmente esperan más de lo que reciben. Nótese que no se esta hablando de que no existan incautos, engañados o estafados. Estamos hablando de que generalizar tal descripción para exigir una acción sistemática de eliminación de todos los productos de baja calidad, es un juego peligroso.

Contra lo que esta implícito en quienes llaman a los consumidores incautos, las evidencias teóricas y empíricas existentes indican que los consu-

71. «Imagen y Actitudes hacia INDECOPI» Apoyo, Lima, julio-agosto de 1996, pp. 15-16.

72. *Ibidem*, pp. 14-15.

73. «La Otra Cara del Consumidor». En: *Trizia*, Magazín de Actualidad, Año1, N.º 2, p. 8.

midores son pesimistas, antes que optimistas, y tienden a esperar de los productos menos de lo que los productos son en realidad.

Debe quedar claro la importancia de esta afirmación y sus efectos prácticos. Si los consumidores esperan de los bienes más de lo que estos son (es decir si son optimistas) entonces es bastante más fácil engañar a la generalidad de ellos. Y el problema está en el silencio del proveedor. Si el proveedor no dice nada sobre la calidad ¿Qué imagen se hará el consumidor del producto? ¿Será buena, mala o regular? Si es optimista tenderá a pensar que es buena. En consecuencia las personas que ofrecen productos de mala calidad tienen una ventaja estratégica. Sin hacer nada, sin mentir, pero sin decir tampoco la verdad, se encuentran con que el consumidor común tiene una imagen positiva del producto. Podrán entonces vender un «producto basura» al precio de un producto mejor. Venderán entonces «gato por liebre» más fácilmente.

Pero si los consumidores son pesimistas la situación será otra. Ante el silencio total del proveedor creerán que el producto es malo. Ello pone al proveedor en una situación difícil. Si su producto es bueno tendrá que hacer un tremendo esfuerzo para atraer a los consumidores: publicidad, demostraciones, etc.⁷⁴

74. Esto ya ha sido claramente sugerido por SCHWARTZ («Justice and the Law of Contracts...», p. 113. Incluso, en otro trabajo («Proposals for Liability Reform: A Theoretical Synthesis». En: *The Yale Law Journal*, Vol. 97, N.º 3, febrero de 1988, p. 374), sugiere algunas fórmulas para determinar los supuestos bajo los cuales los consumidores son optimistas o pesimistas. Según SCHWARTZ si:

p^* = la probabilidad real de que ocurra un defecto.

C^* = costo real del defecto.

Entonces: $R^* = p^* \times C^*$

Donde R^* es el verdadero valor esperado del daño.

Por valor esperado SCHWARTZ se refiere al descuento que se hace cuando se sabe que no de todas maneras ocurrirá un daño, sino de que existe alguna probabilidad de que se de. El costo en daños que asume un conductor cuando sube a su auto como parte del costo de la actividad de conducir no es igual a la magnitud total del daño si tuviera un accidente, sino a la posibilidad que él espera de sufrir un accidente cada vez que se sube a su vehículo.

Si a su vez asumimos que R , P y C son los estimados subjetivos de estos parámetros (es decir no lo que es en realidad, sino lo que el consumidor cree que es), entonces el consumidor será optimista si:

$$R < R^*$$

Así el optimismo se producirá en una de las siguientes situaciones:

(1) $p < p^*$ y $C < C^*$; o

Pero si el producto es malo solo queda una alternativa: mentir. Y ello genera el problema de vulnerar la ley. Pero incluso si mintiera y no fuera atrapado, será difícil que en el uso el consumidor descubra como bueno un bien que es malo por naturaleza. El proveedor podrá mentir, pero no el producto. Este siempre dice la verdad sobre su calidad una vez que es usado.

Los consumidores son, vistos desde la perspectiva de mercado, pesimistas. Desconfían de los productos y de las cualidades que se le ofrecen, porque saben que quien les vende no lo hace de favor, sino para hacer un negocio⁷⁵. Un consumidor pesimista, que sigue consumiendo un producto de mala calidad, solo nos demuestra una cosa: que es consciente del tipo de bien que tiene entre manos.

Para demostrar cuál es nuestro punto voy a proponer al lector un ejercicio mental que demuestra como solemos comportarnos ante situa-

-
- (2) $C > C^*$ pero $p < p^*$ por suficiente como para dominar cualquier sobrestimación de los costos del defecto; o
 - (3) $p > p^*$ pero $C < C^*$ por suficiente como para dominar cualquier sobrestimación de las posibilidades de que se de una pérdida.

La fórmula propuesta por SCHWARTZ muestra claramente que el optimismo o pesimismo de los consumidores depende de como evalúan estos la posibilidad de que se de un defecto o la magnitud del mismo si este se presentara. Un pesimista puede por tanto ser consecuencia o de que el consumidor cree que la posibilidad de que el producto falle es mayor a la posibilidad de que el producto no falle, o si fallara los daños serán mayores de si falla en realidad, o ambas cosas a la vez.

- 75. Estas razones fueron recogidas de alguna manera en la Resolución N.º 053-96-TRI/SDC de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI que resolvió la acción de oficio seguida contra Liofilizadora del Pacífico S.R.Ltda y otros por la publicidad del producto «Manaxx Gold», publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 3 de octubre de 1996. En dicha Resolución se estableció un precedente de observancia obligatoria según el cual, al apreciar el análisis superficial que según es artículo 2 del Decreto Legislativo 691, Ley de Supervisión de la Publicidad en Defensa del Consumidor, hace el consumidor, debe considerarse qué «(...) los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor le atribuirá, al sentido común y usual de las palabras, frases u oraciones, y lo que estas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor. Esto debe hacerse sin dejar de considerar que el consumidor asume, frente al anuncio, una posición prudente antes que ingenua al considerar las expresiones en él contenidas como un testimonio de parte de quien pretende inducirlo a consumir un bien o servicio (...).»

Este precedente implícitamente afirma que los consumidores son escépticos (es decir dudan o son pesimistas) respecto de lo que los anunciantes dicen en sus anuncios.

ciones de incertidumbre (es decir, cuando carecemos de información adecuada sobre cuál es el «paquete de atributos» que nos está ofreciendo el proveedor)⁷⁶:

Imagínese que va al mercado y en un puesto le hacen una oferta. Le muestran una caja cerrada. Le dicen que no puede abrirla, levantarla ni tocarla. Le dicen además que puede comprar la caja a S/.10, lo que incluye todas las manzanas que haya dentro. No le ofrece ninguna garantía de que el número superará ninguna cifra. Del tamaño de la caja usted puede deducir que hay entre cero y cien manzanas. Evidentemente el ofertante sí sabe cuántas manzanas hay. Piense por un momento cuántas manzanas cree que habría en la caja antes de seguir leyendo.

Le puedo asegurar que pensó que había menos de cincuenta (es decir que fue pesimista). Es más, me atrevería a afirmar que pensó que había bastante menos de esa cifra, y que la mayoría pensó que la caja probablemente estaba vacía o tenía apenas unas cuantas manzanas. ¿Cuántos lectores creen que hubieran aceptado la oferta? Me animaría a pensar que la inmensa mayoría la hubiera rechazado. Evidentemente si hubiera habido cien manzanas habría sido un negocio redondo. Pero les podemos asegurar que nadie esperaba encontrarse con dicha calidad.

Repitamos el ejercicio con una ligera variante. El ofertante le dice al formular su oferta que «Por lo menos hay tres manzanas». ¿Cuántas creería que hay?

Probablemente ha pensado en una cifra cercana a tres, sino tres. Probablemente creerán que hay la cantidad mínima ofrecida, pero asumirán que no hay mucho más que eso.

El deseo de pagar del consumidor dependerá de cuántas manzanas cree que hay en la caja. El consumidor sabe que no es un buen negocio para el ofertante ofrecer más manzanas que la cantidad mínima que garantiza, porque sabe que eso reducirá el deseo de pagar por parte del consumidor, lo cual le hará obtener menos que lo adecuado, sabiendo, como saben los comerciantes, que en la mayoría de casos los consumidores son pesimistas.

Existen evidentes incentivos para revelar cualquier atributo adicional que pueda estarse ofreciendo, de la misma manera como existen incentivos para que el consumidor crea que el bien no supera lo ofrecido.

Evidentemente pueden darse casos en que el consumidor dice que existen por lo menos tres manzanas y en la caja no hay ninguna. Pero eso es un

76. El ejercicio que se desarrolla a continuación es una simple adaptación del razonamiento que propone GROSSMAN (*Ob. cit.*, p. 466).

problema que se resuelve de manera distinta a prohibiendo la venta de manzanas. Para PIGOU y sus seguidores posiblemente prohibir la venta de manzanas es lo más fácil. Pero esa es la alternativa equivocada. En casos como estos, el problema se debe resolver por el lado de garantizar información adecuada, no de prohibir la venta del producto. Debe mantenerse el derecho del consumidor a elegir.

Como bien anota GROSSMAN, existe una suerte de selección adversa en contra del vendedor que no revela claramente los atributos que tiene su bien. Los consumidores esperan, racionalmente, que la calidad del bien sea la peor posible en relación a la información que le pueda proporcionar el vendedor. El vendedor, conociendo esta conducta de los consumidores, es decir la de pagar el menor monto posible relacionado con la calidad revelada, encuentra óptimo revelar la máxima calidad posible consistente con la verdad⁷⁷.

¿Cuáles son las causas de este «pesimismo natural»? En realidad las causas pueden ser muy diversas. SCHWARTZ y WILDE sugieren algunas ideas sobre el particular:

«(...) los errores del consumidor probablemente tenderán hacia el pesimismo por que la evidencia negativa suele ser más viva para el consumidor que la evidencia positiva. Esto explica por qué la gente tiende a hacer inferencias insuficientemente sólidas de eventos que no llegan a ocurrir. Si un producto funciona bien la mayoría del tiempo, pero falla notoriamente en alguna ocasión, la gente tenderá a pensar que es menos confiable de lo que es en realidad por que le dan muy poco peso al hecho de que no falle, y mucho peso a que falle.

(...)

Como consecuencia de lo vívido que es mucha de la información sobre fallas en los productos y la relativa poca importancia de la información sobre su confiabilidad, los consumidores, en el agregado, suelen sobrestimar la posibilidad de un defecto»⁷⁸.

77. GROSSMAN, *Ob. cit.*, *Loc. cit.*

78. SCHWARTZ y WILDE «Imperfect Information...», p. 1438. En el mismo sentido se pronunciaría después Alan SCHWARTZ en «Proposals for Product Liability Reform...», p. 381. En ese mismo lugar cita (pie de página N.º 56) a distintos autores e investigaciones que soportan su punto de vista. Así, WEINBERGER, «Products as Targets of Negative Information: Some Recent Findings» (los consumidores dan un peso desproporcionado a la información negativa sobre los productos), LYNCH y SCRULL, «Attentional Factors in Consumer Choice: Concepts and Research Methods», MIZERSKI «An Attribution Explanation of the Disproportionate Influence of Unfavorable Information» EINHORN y HOGARTH, «Decision Making Under Ambiguity» y «Ambiguity and Uncertainty in Probabilistic Inference», BARON, «Second Order Probabilities And Belief Function» (observando que cuando las personas

El pesimismo natural es incluso sustentable con algunas experiencias por las que todos hemos pasado. Cuando hay un accidente de aviación las personas tienen inmediatamente la sensación de los aviones se caen con más frecuencia de lo que ocurre en realidad. No consideramos que los aviones vuelan millones de veces sin caerse, sino que en unas cuantas ocasiones se cayeron. La muerte de un familiar cercano por cáncer lleva a muchos a pensar seriamente en dejar de fumar, a pesar que conocemos más gente que fuma que no está enferma. Una noticia en la televisión sobre un daño causado por un producto lleva a que mucha gente deje de inmediato de consumirlo a pesar que hay miles de ocasiones en que el producto fue adquirido y no ocurrió nada.

Es de esperarse, incluso que este fenómeno sea aún más agudo en consumidores de pocos ingresos. Dada la tremenda escasez de recursos que enfrentan, el costo de un error es mucho mayor, pues puede afectar la propia supervivencia. Bajo tal situación la pérdida económica por un error llevará a los consumidores a ser mucho más pesimistas que los consumidores ricos. Incluso el nivel de ingreso es uno de los elementos que determina la aversión al riesgo de las personas. Ello porque una misma pérdida para un rico le hace perder sus últimos soles (es decir los que usa para sus necesidades menos importantes), mientras que a un pobre lo priva de sus primeros soles (los que usa para alimentarse, comprar medicinas, alquilar una habitación o vestirse)⁷⁹.

Otra explicación adicional, mencionada por SCHWARTZ y WILDE es lo que los psicólogos llaman «falta de representatividad heurística». Una cantidad importante de evidencia empírica sugiere que las personas, cuando tratan de identificar la causa de un evento, son influenciadas marcadamente por la posibilidad superficial de algunas posibles causas del fenómeno mismo. Un ejemplo de ello es lo que se conoce como la «falacia del jugador», que demuestra como un error que se manifiesta representa su causa oculta. Cuando uno lanza una moneda al aire, el que caiga cara o sello no guarda relación con la anterior vez que se lanzó al aire. Si se lanza muchas veces la moneda y se ha producido una seguidilla de caras, el jugador esperará que la próxima vez caiga sello, a pesar que el nuevo lanzamiento no guarda

se encuentran en situación de incertidumbre sobre las probabilidades, suelen comportarse como si hubieran asignado altas posibilidades de un mal resultado, evitando tomar las acciones que pudieran llevarlos a un mal resultado incluso si fueran las mismas acciones que los llevarían a un buen resultado) y OLIVER y WINER «A Framework for the Formación and Estructura of Consumer Expectativos: Review and Proposiciones» (la gente hace predicciones pesimistas cuando le falta información).

79. Esta es una simple aplicación de la Ley Económica de Rendimientos Decrecientes.

relación estadística con los anteriores. Este fenómeno se produce porque la gente suele percibir que el proceso que arroja los resultados funciona en secuencia *random*, y largas secuencias de cara y sello son percibidas como más significativas que secuencias de caras continuas⁸⁰.

La «falacia del jugador» sugiere que las personas tenderemos a tener representaciones pesimistas de la confiabilidad de los productos que adquirimos en el mercado. Como los consumidores saben que los productos son fabricados por seres humanos, los errores humanos suelen existir. Si el consumidor ve que el bien que adquirió funciona bien, y sabe que el proceso de fabricación existen posibilidades de que se den errores (o incluso engaños), pensará que su próxima compra será menos confiable por que «ahora si le toca». El error del consumidor se deriva de una mala relación entre el pasado y el presente — una secuencia de caras implica sello la próxima, como una relación de buenos resultados del producto implica probablemente un mal resultado futuro. Este error ha sido verificado con análisis empírico. Una investigación, basada en encuestas, realizada por la Universidad de Michigan señaló que las personas percibían que sus necesidades de reparación en la compra de nuevos artefactos para el hogar eran bastante mayores que sus necesidades de reparación respecto de los artefactos que ya venían poseyendo⁸¹.

Debe anotarse, sin embargo, que si el producto «porfía» en comportarse bien por mucho tiempo, su prestigio puede hacer cambiar de idea al consumidor. De hecho así se han construido las marcas más famosas de bienes y servicios. Si un consumidor ve que luego de veinte tiradas cae cara, probablemente «romperá la falacia del jugador» porque creerá que hay un factor extraño que hace que la moneda siempre caída del mismo lado (por ejemplo que está «arreglada») y apueste ahora sí a cara. Pero en períodos cortos, o en productos no tan confiables como aquellos sobre los que estamos discutiendo, es poco probable que «el prestigio del producto» pueda romper el pesimismo.

80. Este fenómeno es descrito por KAHNEMAN y TVERSKY en «Subjective Probability: A Judgement of Representativeness, in Judgement Under Uncertainty» y por ZUKIER en «The Disolution Effect: The Role of the Correlation and the Dispersion of Predictor Variables in the Use of Nondiagnostic Information», citados por SCHWARTZ y WILDE «Imperfect Information...» p. 1439, nota a pie de página 83.

81. SCHWARTZ y WILDE, «Imperfect Information...», pp. 1439-1440. El estudio de la Universidad de Michigan mencionado, citado por los autores de la referencia, fue realizado por COURVELLE y HAUSMAN, «Warranty Scope and Reliability Under Imperfect Information and Alternative Market Structures» en la, p. 1439, nota a pie de página 84.

Bajo estos aspectos, la evidencia empírica y psicológica existente sugiere, como dice SCHWARTZ que:

«(...) las personas tienden a cometer errores sobre los riesgos de los productos, pero dichos errores, analizados de manera agregada, tienden a ser indiferentes o guían al consumidor hacia el pesimismo. Obviamente la indiferencia no puede perjudicar a los consumidores, y el pesimismo en realidad los ayuda por que los hará demandar mayor protección contractual, en lugar de menos protección. En consecuencia, si por «información imperfecta» uno entiende que las personas cometen errores sobre los riesgos existentes, entonces la evidencia reciente indica que esos errores o no afectan a los consumidores o incluso les dan una ventaja. En consecuencia, si bien la información imperfecta es una posible imperfección del mercado y debería en ocasiones ser remediada, parece que las cosas son bastante mejores de lo que mucha gente asume»⁸².

En función a los elementos analizados, podemos concluir que, en el agregado, los consumidores son pesimistas, y que por tanto es menos probable aún que el mercado, ante la falta de información, nos lleve a un resultado que nos aleje del óptimo de PARETO.

XIV. ¿LO BARATO SALE CARO?

Si los funcionarios a cargo de las regulaciones o quienes pretenden influir en la forma de pensar de estos, no invierten suficientes recursos en preparar y formular sus propuestas de acción (tiempo, estudio, análisis de costo — beneficio de las distintas alternativas, revisión de experiencias reguladoras y doctrina de otros países, resultados de acciones ya tomadas en el país, etc.) entonces tendremos propuestas poco costosas (podríamos decir baratas en términos económicos). Esas propuestas, producidas a bajo costo, son muy caras para los consumidores, y por tanto para la sociedad en su conjunto. Tales aproximaciones hacen que el Estado gaste más en acciones de regulación de resultado negativo, que las empresas y proveedores gasten más en cumplir con regulaciones o prohibiciones incapaces de mejorar el bienestar en la sociedad y que los consumidores enfrenten precios más altos y menos opciones por medidas que en nada los favorecen. En consecuencia esas propuestas son un excelente ejemplo de por que lo barato sale caro.

Ahora, refiriéndose al hecho de que los «productos basura» resulten a la larga más caros para el consumidor, ello depende del análisis costo-beneficio que haga cada consumidor. Algunos podrán objetar que el hecho

82. SCHWARTZ. *Justice and the Law of Contracts...*, p. 113.

que los consumidores compren productos más baratos les sale caro en el largo plazo. Productos descartables, que duran menos que otros de buena calidad, llevan a los consumidores a volver a comprar en períodos más cortos de tiempo. Si sumamos lo gastado en total en dichos períodos quizás se esté gastando más que comprando de una sola vez un producto de calidad. Así, por ejemplo, en el caso de los zapatos de cartón de S/. 5 el consumidor seguiría comprando zapatos de cartón todas las semanas (o quizás solo cuando decida usarlos un día de lluvia) de manera que sumando lo que pagaría en total resultaría pagando más que si se hubiera podido comprar solo un par de zapatos de cuero.

En primer lugar, y con esto debería bastar, no olvidemos que se trata de una opción voluntaria del propio consumidor en ejercicio de su soberanía. Por tanto debería ser suficiente que él lo haya decidido así para que su decisión se respete⁸³.

Pero incluso analizando la lógica del consumidor uno advierte que no estamos frente a una situación ineficiente. El consumidor, en su compra de productos de baja calidad, no se queda sin nada cuando tiene que descartar el producto. Luego de desechado este le queda información. Y esta información tiene un valor importante, porque le permite decidir compras futuras. En el caso del zapato de cartón, la durabilidad de los mismos le dejó al consumidor información sobre cual es su valor real, lo que le permite elegir entre insistir con el mismo tipo de bien (¿Por qué no pensar que cinco soles puede ser un valor adecuado para unos zapatos que duran unos cuantos días?) o variar sus hábitos de consumo hacia otro bien (zapatos de cuerna, algo más caros). Incluso puede optar por adquirir el mismo bien y darle otro uso (no usarlos cuando llueve). Por eso es una falacia pensar que el consumidor seguirá realizando transacciones repetitivas en aquellos bienes

83. Se podrá argumentar que el consumidor estará disconforme con el resultado de su elección. La libertad es, sin duda, un derecho que puede ser ingrato en su ejercicio. La libertad nos da la posibilidad de elegir lo que es bueno para nosotros. Pues bien, a veces acertamos y a veces nos equivocamos. Pero no es posible darle libertad a alguien sin hacerle correr el riesgo de equivocarse. El derecho a elegir libremente a nuestros gobernantes también puede llevar a resultados no deseados, y sin embargo, a pesar que el votante se sienta disconforme con el resultado que favoreció al que era el candidato de sus preferencias, cuando este gobierna de manera distinta a como él esperaba (y que lo puede hacer dudar hasta de la propia democracia) no implica que debamos privarlo de su derecho a elegir. De hecho hay más motivos para pensar que existe más asimetría de la información en el campo electoral que en el mercado, pero ello no puede ser sustento para privar de su derecho de voto a los ciudadanos. Por tanto tampoco debemos privar de su derecho a elegir la calidad de los productos que va a consumir.

que han traicionado sus expectativas. Es más, los propios consumidores peruanos, como ya vimos, consideran el uso de productos baratos, y por tanto descartables, como una buena alternativa⁸⁴.

Pero incluso si insistiera en la compra continua y reiterada de productos «descartables» por su mala calidad, podemos estar frente a una buena decisión. ¿Acaso cuando nosotros pedimos un crédito, podemos ser tildados de irracionales porque pagamos intereses? Es claro que quien paga al contado termina en el largo plazo pagando menos de quien paga al crédito. ¿Y entonces por qué la gente usa el crédito? Pues es muy sencillo. Tiene que satisfacer una necesidad hoy que tiene un costo que los recursos disponibles del consumidor el día de hoy no le permiten satisfacer. Entonces acepta tomar prestado y el hecho de usar el bien hoy (y no dentro de tres años cuando pueda haber ahorrado lo suficiente) tiene un valor adicional que supera el costo de los intereses que tendrá que pagar. Entonces su decisión es comprar hoy y asumir un mayor costo mañana.

Las personas que compran «productos basura», que son por naturaleza descartables o de poca duración, tienen que cubrir hoy una necesidad para la cual solo podrán tener suficientes recursos mañana. ¿Puede una persona que necesita tener calzado hoy, esperar tres meses para juntar suficiente dinero para comprar un par de zapatos de calidad? Evidentemente no. Su única salida es encontrar la forma de financiarse. Si un banco le presta dinero para comprarse sus zapatos (cosa poco probable) tendrá que pagar intereses, y eso es una alternativa posible. Pero otra alternativa, sobre todo para quien no tiene acceso al crédito, es comprar bienes descartables. Puede salirle más caro en el largo plazo, pero también el préstamo puede ser más caro y no por ello es irracional. Es solo un problema del costo de oportunidad, y este depende en gran medida de la ocasión en que la necesidad debe ser cubierta. Si uno ve los zapatos de cartón, como una forma

84. Sin duda, entre los atributos que los consumidores buscan al pagar por un bien esta la información que este nos da para compras futuras. ¿Cuántas veces compramos algo para probarlo? Pues en tal caso, si bien descontamos del valor del bien los riesgos que crea la incertidumbre, le añadimos un gasto para adquirir información sobre el mismo (que se concreta en el pago del precio de la compra). Y no es la única manera como compramos información. Cuando pagamos más por un producto que hace publicidad en televisión o en los diarios o incluye información detallada en su envase es por que aceptamos pagar por el valor agregado que nos da la información, mandando así el mensaje al proveedor que consideramos a la información como un atributo importante que debe ser en ocasiones incluido en los bienes. Pero en otros casos comprar productos de marca, que dan la información *ex ante*, puede ser muy costoso. Entonces el consumidor prefiere pagar por adquirir la información relevante a través de su propia experiencia, es decir *ex post*.

de financiamiento para los pobres, entenderá por que los productos basura son más importantes de lo que parecen⁸⁵.

¿Es acaso lógico que un padre que quiera comprar la primera bicicleta para su hijo en Navidad tenga que esperar hasta tener suficiente dinero como para comprar una bicicleta Peugeot? Si lo hace, su hijo quizás no aprenda a montar bicicleta hasta los 18 años. «Financiarse» con una bicicleta de inferior calidad no solo es económicamente eficiente, sino un acto bastante humano para quien quiere satisfacer una necesidad.

XV. ¿SE DEBE PRESERVAR LA VIDA Y LA SALUD A CUALQUIER COSTO?

Es muy fácil armar falacias utilizando alguna premisa aparentemente indiscutible, que aparece como una verdad en sí misma, y a partir de ellas deducir como verdad algo que no necesariamente se deriva de la premisa.

Se puede por ejemplo decir lo siguiente:

Primera Premisa: *La vida y la salud son los valores más importantes.*

Segunda Premisa: *Algunos productos afectan la vida y la salud.*

Entonces: *Todos los productos que afecten la vida y la salud deben ser eliminados.*

Lo dicho parecería ser una conclusión que todos estaríamos dispuestos a asumir pacíficamente. Sin embargo, como veremos en los ejemplos y explicaciones que siguen, ello no es así.

En ocasiones anteriores se ha dicho que hemos afirmado que los productos que matan son buenos, por que son baratos, por lo que nuestras afirmaciones conducen al absurdo. Veamos algunos ejemplos de la aplicación del silogismo propuesto en la crítica que se nos ha hecho, para que veamos cuál criterio es el que nos lleva al absurdo.

Primera premisa: *Los vida y la salud son los valores más importantes.*

Segunda premisa: *Los cigarrillos afectan la vida y la salud.*

Entonces: Los cigarrillos deben ser eliminados.

Otro ejemplo:

Primera premisa: *La vida y la salud son los valores más importantes.*

Segunda premisa: *Los automóviles causan daños a la vida y la salud.*

85. Los créditos de consumo, en especial los que vienen otorgándose a los sectores más pobres del país, son un excelente ejemplo de esta situación. Se trata de créditos tremendamente costosos, mucho más que el crédito ordinario dado a las empresas, porque tienen altos costos administrativos y un riesgo mayor. Pero los que reciben esos créditos pagan estos altos costos a fin de poder cubrir sus necesidades actuales.

Entonces: *Los automóviles deben ser eliminados.*

Otro ejemplo:

Primera premisa: *La vida y la salud son los valores más importantes.*

Segunda premisa: *Algunas medicinas tiene efectos secundarios para la vida y la salud.*

Entonces: *Las medicinas que tienen efectos secundarios para la vida y la salud deben ser eliminadas.*

Otro ejemplo:

Primera Premisa: *La vida y la salud son los valores más importantes.*

Segunda premisa: *Las comidas con colesterol afectan la vida y la salud.*

Entonces: *Las comidas con colesterol deben ser eliminadas.*

Un último ejemplo:

Primera Premisa: *La vida y la salud son los valores más importantes.*

Segunda Premisa: *Los «productos basura» afectan la vida y la salud.*

Entonces: *Los «productos basura» deben ser eliminados.*

Los ejemplos que hemos puesto son una muestra muy clara de como se puede construir una falacia (o muchas) a partir de una afirmación efectista y de la que nadie parecería dudar. Pero si utilizamos la misma línea de razonamiento casi cualquier producto, servicio o actividad humana debería ser eliminada del mercado.

El truco esta en reducir probabilidades a certezas. Evidentemente cuando un producto lleva a la certeza de un daños a salud (o a una posibilidad alta de que ella ocurra) entonces es evidente que no es un producto deseado por el consumidor. Los consumidores tienen expectativas a partir de los cuales se hacen una representación en abstracto de un bien o servicio. Difícilmente dicha expectativa implica una certeza de muerte o daño a la salud. Pero las personas si desarrollamos actividades o adquirimos productos más o menos seguros, siendo conscientes de soportar más o menos riesgos, incluso a la vida y la salud.

Este principio es de fácil aplicación a través de un precedente de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI. Así en el caso de Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L.⁸⁶ se estableció como precedente que «se presume que todo proveedor ofrece una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren estos en el mercado, según lo que esperaría un consumidor razo-

86. Resolución N° 085-96-TDC, publicada en el Diario oficial «El Peruano» el día 144749.

nable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos y los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes ofrecidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocidos usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores»⁸⁷.

Así, en circunstancias normales no es esperable por un consumidor que el bien le cause con certeza la muerte o un daño a la salud, y por tanto se entenderá comprendido dentro de la garantía implícita que el bien no es un veneno. Pero si es posible que los bienes involucren ciertos riesgos siempre que sean conocidos e identificables por el consumidor, sea porque las circunstancias de la compra así se lo indican o porque ha sido informado en tal sentido por el proveedor.

No es inmoral, por tanto, que ciertos bienes involucren ciertos riesgos para las personas que los adquieren. Sino los cigarrillos, las medicinas con algún posible efecto secundario o los automóviles serían inmorales. Como bien señala el Premio Nobel de Economía, el profesor Gary BECKER:

«La buena salud y la larga vida son objetivos importantes para la mayoría de las personas, pero un momento de reflexión bastará segura-

87. Este precedente establece el principio de garantía implícita. Sin embargo tiene un contenido distinto al desarrollado en los Estados Unidos en diversas leyes, en especial la Magnuson-Moss Warranty Act. Mientras en Estados Unidos las garantías implícitas suelen establecer su obligatoriedad, de manera que no pueden ser renunciadas por el consumidor, el principio establecido en el Perú es más flexible y permite al proveedor liberarse de tal garantía informando de tal hecho al consumidor. De esa manera se reducen los costos de transacción (se entiende que el bien es lo que normalmente se esperaría que fuera) pero se crean incentivos para revelar cualquier diferencia entre lo que se puede esperar y lo que el bien es, dadas las circunstancias.

Evidentemente dentro del concepto de «circunstancias» queda incluido el lugar donde se adquirió el bien. Quien compra en una paradita o a un ambulante puede esperar algo distinto a quien compra en un Centro Comercial de reconocido prestigio. Debe destacarse, sin embargo, que esta idea parecería estarse cambiando en la jurisprudencia reciente. En el caso Domingo García Belaunde vs. el Banco de Crédito, la Resolución No 0357-2004/TDC-INDECOPI de fecha 25 de Agosto del 2004 resolvió que los consumidores podían efectuar prepagos de su crédito sin respetar las penalidades pactadas, lo que significa que la garantía explícita pactada (penalidad por prepago) no se aplica por ir contra la idoneidad del servicio bancario.

mente para convencer a cualquiera que estos no son los únicos objetivos a alcanzar por las personas en cuestión: puede sacrificarse un poco de salud o algunos años de vida si estos objetivos entran en conflicto con otros. El enfermo económico implica que existe una esperanza «óptima» de vida y esta se encontrará allí donde el valor en términos de utilidad de un año adicional de vida sea menor que la utilidad que se pierde utilizando el tiempo y otros recursos para conseguir dicho año de vida. Por tanto, una persona puede ser fumadora empedernida o puede trabajar tanto que excluya de su vida todo ejercicio físico, y ello no necesariamente porque ignore las consecuencias de sus actos o por que sea «incapaz» de utilizar la información que posee, sino porque el período de vida que se le garantiza no vale el coste de dejar de fumar o el de trabajar con menor intensidad. Si el conseguir una vida larga fuese el único objetivo de la persona, su comportamiento sería absurdo, pero puesto que existen otros objetivos, sus decisiones pueden ser racionales y estar bien informadas.

De acuerdo con el enfoque económico, por tanto, la mayoría (si no todas) las muertes son en cierta medida «suicidios», y en el sentido que el fallecimiento pudo haberse pospuesto si se hubiesen invertido más recursos con el objeto de prolongar la vida. Esto no solo tiene implicaciones para el análisis de lo que normalmente denominamos «suicidios», sino también pone en cuestión la distinción que normalmente se hace entre suicidio y ‘muerte natural’⁸⁸.

Los individuos toman continuamente decisiones que afectan su expectativa de vida. Desde temas tan fundamentales como donde trabajar (unos trabajan en socavones en las minas o como toreros, reduciendo su expectativa de vida, y otros como jardineros o carpinteros, alargándola en relación a otros trabajos) o tan banales como el placer de fumar.

Bajo una perspectiva exagerada como la que se ha venido proponiendo en las tesis «pigounenses», jugando efectistamente con valores como la vida o la salud, los cigarrillos y su nicotina, los chorizos españoles y su colesterol o los baños de cobalto para los enfermos de cáncer, serían «productos basura» por que según los propios términos expuestos llega a «conclusiones reñidas con valores fundamentales como la vida, la salud o el buen término de las actividades económicas» o «el riesgo es la enfermedad grave o la muerte». El cigarro, el chorizo y el cobalto tienen como riesgo la enfermedad grave o la muerte, y no se pide al INDECOPI que salga a las

88. BECKER, Gary, «El Enfoque Económico del Comportamiento Humano». En: *Información Comercial Española*, N.º 557, enero 1980, pp. 15-16.

calles a destruir el tabaco, desaparecer los chorizos o perseguir a los que utilizan en cobalto como medio de curación.

El uso de estos bienes, y de miles de otros más, debe hacerse en una atmósfera de información adecuada. Ello es la auténtica garantía para un auténtico bienestar. El Estado no debe rehuir su rol, debe hacer lo correcto, y lo que sugieren los «pigounenses» en este aspecto es equivocado.

No debe perderse de vista, además, como veremos en el siguiente punto de esta sección, que las regulaciones que imponen de manera forzada sobre costos a los consumidores tienen un efecto claro en la reducción de las expectativas de vida de los sectores de pocos ingresos. No solo la afectación de ingreso de los pobres puede agravar problemas como la desnutrición, falta de recursos para salud, menos educación, viviendas inseguras, y otros males derivados de gastar más de la cuenta en regulaciones absurdas y paternalistas, sino que todos estos aspectos reducen además las expectativas de vida de los seres humanos. Pero además los gastos excesivos de esquemas regulatorios intervencionistas, reducen a su vez la disponibilidad del gasto en apoyo social. Por eso el gasto de una agencia regulatoria moderna debe dirigirse principalmente a la construcción de un marco institucional que permita a los consumidores decidir, antes que a reemplazar tal decisión.

XVI. LOS EFECTOS DISTRIBUTIVOS DE PROHIBIR LOS «PRODUCTOS BASURA»

A pesar de las tremendas pérdidas en eficiencia económica que producen regulaciones de calidad inadecuadas en países con grandes segmentos de la población en la extrema pobreza, podría ensayarse un último argumento en favor de las tesis intervencionistas. Sin perjuicio de los costos en eficiencia, podemos lograr una mejor distribución del ingreso si protegemos a los sectores más pobres forzando a los proveedores a ofrecerles mayor calidad a sus productos.

Una primera objeción importante a tal argumento es que mucho de los proveedores de estos productos son también gente de pocos ingresos, con lo que en realidad estaríamos hablando, curiosamente, de una redistribución de recursos entre dos grupos de pocos ingresos: los consumidores pobres y los proveedores pobres. Dejemos, sin embargo, dicho problema de lado por un momento.

Alan SCHWARTZ analiza los efectos que puede tener una regulación equivocada en los sectores más pobres. Si bien se refiere a las cláusulas contractuales, lo que dice es perfectamente aplicable al caso de la calidad de los productos. En realidad todo problema de calidad puede enfocarse simple-

mente como una menor o mayor garantía dada por el proveedor al consumidor en el contrato que existe entre ambos⁸⁹. Según SCHWARTZ:

«Prohibir una cláusula contractual por que para el pobre es difícil comprar términos más favorables nos lleva a un resultado no óptimo. Asumamos, por ejemplo, que un minorista está ofreciendo dos contratos que son idénticos salvo por una cláusula: el primer contrato, que cuesta \$ 100, incluye una garantía contra defectos del producto, mientras que el segundo, que cuesta \$ 90, incluye una renuncia a la garantía. El minorista hipotético tiene clientes para los dos contratos, pero el Estado, por legislación o decisión jurisdiccional, prohíbe la renuncia a la garantía. Bajo tales circunstancias, la prohibición de la renuncia a la garantía no ayuda ni afecta a aquellos consumidores que hubieran comprado la cobertura de la garantía. La prohibición, sin embargo, daña a los consumidores que hubieran comprado el contrato renunciando a toda garantía. Estos consumidores valorizan el seguro contra defectos de los productos en menos de lo que valorizan otros usos de sus \$ 10. En consecuencia, la prohibición de la renuncia nos lleva a un resultado no óptimo: algunos compradores se consideran peor que antes de la prohibición, y ningún comprador se considera mejor»⁹⁰.

Hasta aquí SCHWARTZ hace un simple análisis de los efectos en eficiencia de la medida, siguiendo una línea de razonamiento similar a la que hemos desarrollado en los puntos anteriores. Pero luego continúa diciendo:

«Este resultado es particularmente indeseable, porque prohibir la renuncia a las garantías afectará probablemente más adversamente a los pobres, que a los ricos. Una persona pobre gasta un gran porcentaje de su ingreso en bienes para los que su demanda es inelástica respecto de su ingreso, por ejemplo comida, vivienda y vestido. Conforme su ingreso se incrementa, él comenzará a comprar bienes para los que su demanda es más elástica respecto del ingreso. El análisis sugiere que la demanda

89. Tal como se ha analizado antes, todo productor ofrece una garantía implícita que se refiere a una calidad mínima esperable por el consumidor, y que se incorpora como un término contractual a partir del cual el proveedor debe responder.

90. SCHWARTZ, Alan, «A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability» En: *Virginia Law Review*, Vol. 65, pp. 1057-1058. Como se puede apreciar esta es una simple aplicación del llamado criterio de PARETO.

George, PRIEST se pronuncia de manera similar («A Theory of the Consumer...», p. 1344) cuando nos dice, refiriéndose acciones judiciales que afectan la facultad de decisión del consumidor: «Si el jurado se equivoca, el veredicto hará responsable al fabricante por la falla del producto en satisfacer un uso no preferido por la clase dominante de consumidores, poniendo a ambas clases de consumidores en una situación peor.»

de una persona pobre por la protección de garantías es probablemente más elástica respecto del ingreso que la demanda por «necesidades»⁹¹.

En el mismo sentido se pronuncia CRASWELL, cuando nos dice:

«La escasez de recursos de estos consumidores los dejara normalmente en la imposibilidad de pagar mucho por el producto mismo y en la imposibilidad de pagar mucho por la garantía, (...). En tal caso, los consumidores pobres perderían por la introducción de la garantía, y solo los consumidores con más recursos se beneficiarían»⁹².

Más adelante, el mismo autor continúa diciendo:

«(...) un consumidor extremadamente pobre puede encontrarse imposibilitado de pagar algo por la garantía por que todos los escasos recursos del consumidor son dirigidos a compras más urgentes. Sin embargo, si se le diera la garantía, el consumidor tendría el derecho de exigir una compensación si el producto falla (...) la falta de deseo de pagar por un derecho legal estaría reflejando el alto valor que el consumidor deposita en el dinero, en lugar de bajo valor que deposita en el derecho legal»⁹³.

Evidentemente el derecho legal a una mayor calidad, derivado de los términos implícitos o explícitos del contrato, puede ser un bien deseado o no por el consumidor de la misma manera como ocurre con cualquier otro bien o atributo. La falta de calidad adicional no tiene entonces que ser interpretada necesariamente como un engaño, sino como un bien que el consumidor simplemente decidió o no pudo comprar por falta de presupuesto.

Así, CRASWELL nos dice:

«Desafortunadamente, mientras que todos los consumidores que continúan comprando el producto se estarían beneficiando por obtener una garantía a un precio relativamente bajo, otros consumidores estarían perdiendo porque el precio los ha sacado del mercado.

91. *Ibidem*, p. 1058. La elasticidad respecto del ingreso mide el nivel de respuesta de la demanda a cambios en el ingreso de las personas. Es determinada dividiendo un porcentaje de variación en la cantidad entre un porcentaje de variación en el ingreso. Se puede decir, según lo afirmado por SCHWARTZ, que la demanda por calidad es elástica respecto del ingreso, por lo que el consumidor preferirá cubrir sus necesidades básicas (en las que la demanda es inelástica) antes de adquirir calidad adicional.

92. CRASWELL, Richard. «Passing on the Cost of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships». En: *Stanford Law Review*, Vol. 43, p. 379.

93. *Ibidem*, p. 392.

(...)

De alguna manera, el problema es que las reglas legales como las garantías implícitas son, en el mejor de los casos, una respuesta parcial a problemas como la pobreza, falta de conciencia o información imperfecta. La regla legal podría darle a muchos consumidores lo que hubiesen querido si tuvieran dinero, si sus preferencias han coincidido con las creencias de la sociedad o si hubieran tenido información imperfecta. Sin embargo, tal regla legal no hace nada para corregir la fuente del problema: los consumidores seguirán estando imperfectamente informados, seguirán siendo pobres y seguirán teniendo preferencias inadecuadas. Como resultado, algunos consumidores seguirán sin la posibilidad de obtener todos los beneficios que deberían obtener de la regla legal. Por el contrario, ellos rechazarán la protección adicional negándose a pagar un precio muy alto por ella (...)»⁹⁴.

Sin duda los efectos negativos en términos de redistribución terminan siendo evidentes:

«(...) la definición de una posición pro-consumidor se torna problemática cuando algunos consumidores pueden probablemente beneficiarse (...) mientras otros tenderán a perder. Los perdedores, una vez más, son aquellos consumidores que se encuentra en o cerca al margen existente entre comprar y no comprar el producto sin la garantía. Si bien este grupo podría estar formado por aquellos que simplemente tienen pocas preferencias por el producto, pueden también estar conformados por aquellos que tienen poco dinero que gastar. En tal supuesto, la redistribución entre los consumidores será regresiva.

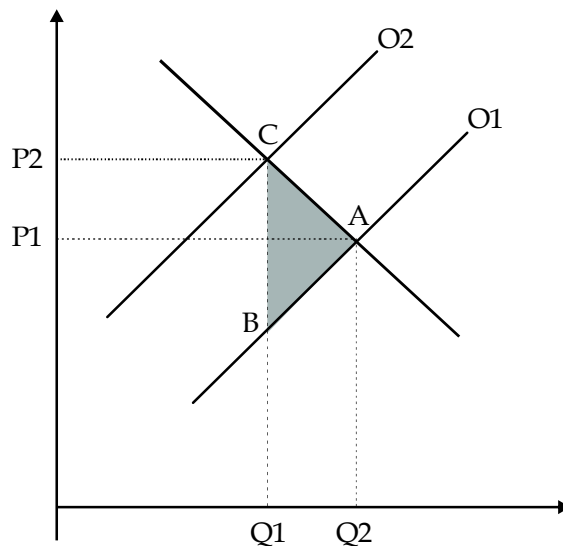
Si dejamos de lado la presunción de que los verdaderos beneficios de la garantía son los mismos para todos los consumidores, y asumimos, por el contrario, que la divergencia entre el verdadero valor y el deseo de pagar varía entre los distintos consumidores, la redistribución a través de los consumidores se torna aún más compleja. Los consumidores marginales serán entonces o los que le dan el menor valor al producto mismo o los que le colocan de alguna manera un valor mayor pero estarían dispuestos a pagar solo un monto muy reducido por la garantía. Si aquellos que van a pagar un monto reducido por la garantía están en tal la posición como consecuencia de la información imperfecta o por falta de conciencia, entonces la redistribución trasladará recursos de estos en favor de aquellos que tengan mejor información y aquellos cuyas preferencias no han sido tan distorsionadas. Si bien es difícil generalizar

94. *Ibidem*, pp. 395-396.

sobre la distribución en estas dimensiones, en muchos casos los perdedores serán precisamente los grupos que la garantía trata de ayudar»⁹⁵.

Fijémonos que CRASWELL se pone incluso en el supuesto de mercados que están funcionando con altos costos de transacción (preferencias irracionales e información imperfecta) y sin embargo concluye que los efectos distributivos de imponer condiciones en los contratos entre consumidores y proveedores no son los deseables.

La pérdida de eficiencia, que afecta principalmente a los pobres, se puede ver reflejada en la siguiente gráfica, en el triángulo sombreado. Esa es la parte del excedente social que se pierde prohibiendo a rajatabla la existencia de baja calidad en ciertos productos.



O1 refleja la curva de oferta de un producto basura. El punto de equilibrio con la curva de demanda (D) determina que se producirá Q1 al precio P1. Como consecuencia de la exigencia legal de una calidad adicional, se produce un desplazamiento de la curva de oferta, siendo la nueva curva resultante O2. El nuevo punto de equilibrio determina que se producirá Q2 al precio P2, donde $Q2 < Q1$ y $P1 < P2$, es decir que se producirá menos a un precio mayor. Ello confirma la predicción que menos consumidores podrán

95. *Ibidem*, p. 397.

comprar, y los que compran lo harán a mayor precio. El triángulo ABC refleja la pérdida del excedente social como consecuencia del aumento de costos de producción.

El contraargumento que probablemente se plantee al efecto redistributivo regresivo es que los consumidores pobres son menos racionales o están sujetos a una cierta incapacidad civil para tomar decisiones adecuadas. Sea por que tienen menos información, o por que son un grupo de «incautos» fáciles de estafar, estos consumidores no pueden apreciar correctamente los valores de lo que compran o lo que dejan de comprar, «atraídos por el cuento del precio barato».

Como bien señala SCHWARTZ, esas inferencias de incompetencia, comunes especialmente en muchos abogados, «(...) raramente se sustentan en el trabajo de expertos —psiquiatras o psicólogos; reflejan por el contrario juicios abstractos en lugar del resultado de exámenes individuales o experimentos controlados; y suelen basarse en anécdotas o impresiones subjetivas»⁹⁶.

Como bien señala luego el mismo autor, tales inferencias son objetables, no por que se haya probado que sean falsas, sino simplemente por que la evidencia utilizada es incapaz de llevarnos a tales conclusiones. Los estudios empíricos realizados, por el contrario, contradicen tales conclusiones. Un estudio realizado por NEWTON sobre familias pobres rurales concluye que:

«La gente pobre percibe y actúa de acuerdo con costos y retornos marginales (...) Ellos están (...) cerca al óptimo dadas sus circunstancias, que es más de lo que podemos decir de cualquier otro grupo. Esto significa que es apropiado asumir (...) que los pobres se comportan racionalmente y en su mejor interés»⁹⁷.

Otro estudio, examinando el comportamiento crediticio de un grupo de personas de bajos ingresos en los Estados Unidos concluyó que:

«En general los compradores de bajos ingresos o pertenecientes a minorías aparecen teniendo una percepción realista de la estructura del mercado de crédito, al menos si los comparamos con otros grupos de la población»⁹⁸.

96. SCHWARTZ, Alan. «A Reexamination of...», p. 1078. De manera similar se pronuncia SUNSTEIN cuando afirma que debe trabajarse en el diseño e implantación de marcos regulatorios contra la «regulación por anécdota» o las presiones de grupos privados bien organizados. SUNSTEIN, *Ob. cit.*, p. 18.

97. NEWTON, «Economic Rationality of the Poor». En: *Human Organization*, Vol. 36, 1977, p. 58, citado por SCHWARTZ. «A Reexamination of...», p. 1079.

98. DAY y BRANDT. «A Study of Consumer Credit Decisions: Implications for Present and Prospective Legislation». En: *Technical Studies*, Vol. 1, 1972, p. 95, citado por SCHWAR-

A conclusiones similares llegan una serie de estudios realizados sobre la racionalidad económica de los campesinos peruanos, grupo bastante pobre de la población, los que han sido definidos como muy eficientes y efectivos en el uso y aprovechamiento de los recursos existentes. SCHULTZ, citado por FIGUEROA, nos dice que, «En la agricultura tradicional, es decir en la economía campesina, no existe ineficiencia ni sobrepoblación; la pobreza aquí se explica por la pobre dotación de recursos y por la tecnología tradicional. Los campesinos son pobres pero eficientes»⁹⁹. Javier ALBO concluye que la estrategia campesina no es irracional, sino que es producto del bajo nivel de tecnología disponible, constituyéndose posiblemente en la mejor adaptación posible al medio ambiente dadas las circunstancias¹⁰⁰.

Es evidente que personas que tiene que satisfacer una gran cantidad de necesidades básicas con una cantidad muy reducida de recursos, tienen incentivos para desarrollar una aguda racionalidad en el uso de los mismos. Es de esperar que los pobres racionalicen sus gastos y asignen sus riesgos de manera mucho más adecuada y eficiente que personas de ingresos altos. El rico puede perder dinero, pero el pobre podría cruzar la línea de la no supervivencia, y eso agudiza su ingenio y su capacidad para administrar su escasez. La existencia de paquetes de atributos limitados puede ser una estrategia adecuada para resolver muchos problemas. Considerar un «incauto» a una persona que puede administrar tan bien sus recursos es, sin duda, un exceso, por lo menos cuando se generaliza el término para justificar una intervención más agresiva del Estado¹⁰¹.

TZ, «A Reexamination of...» *Loc. cit.*, En el mismo trabajo se concluye que no existe correlación entre variables demográficas como la raza o el ingreso y el comportamiento poco racional o desinformado de los consumidores.

99. Citado por FIGUEROA, Adolfo. *Economía Campesina* Lima, pp. 67-89.

100. ALBO, Javier. «Algunas Pistas Antropológicas para un Orden Jurídico Andino». En el libro *Derechos Humanos y Servicios Legales en el Campo*. Comisión Andina de Juristas, Lima 1987, p. 63.

101. Incluso existen estudios realizados en personas con enfermedades mentales (AYLLON y AZRIN «The Measurement and Reinforcement of Behavior of Psycotics». En: *Journal of Experimental Analysis of Behavior*. Vol. 8 o BATTALIO, KAGEL, WINKLER, FISHER, BASMANN y KRASNER «A Test of Consumer Demand Theory Using Observations of Individual Consumer Purchases». *W. Economics Journal*, Vol. 11 citados por SCHWARTZ, «A Reexamination of...», p. 1080) que demuestran que esa categoría de personas responde a incentivos económicos tales como mejores sueldos o cambios en los precios relativos de los bienes. Ante tal evidencia, considerar a los pobres incapaces de responder a incentivos económicos tiene una clara connotación discriminatoria.

Quizás la mejor manera de comprender esto es leyendo la cita que hace NEWTON de una madre pobre y que explica como funciona la racionalidad humana cuando se enfrenta a una aguda escasez de recursos:

«Mira mi amor, si quieres ver cómo la gente gasta su dinero en cosas que no necesitan, y que no tienen idea sobre qué es lo que están obteniendo por su dinero, y que harán sus compras incluso sin pensar qué es lo que les pasará, mejor anda a estudiar a los ricachones. Si yo desperdiciara el dinero como lo hacen ellos, estaría muerta»¹⁰².

Pero a los costos que la regulación carga a los particulares, hay que añadir el inútil gasto público que esquemas regulatorios equivocados y mal aplicados genera (como por ejemplo salir a eliminar todos los productos basura aplicándoles «estándares de calidad») y que sustrae recursos de otros gastos que van desde uso de esquemas regulatorios más inteligentes y que si pueden generar bienestar, hasta gastos de apoyo social que ayuden a muchos a salir de la pobreza.

Como señala SUNSTEIN, existe literatura reciente que sugiere que los gastos en regulaciones inútiles, incluso dirigidos a supuestamente preservar la salud y la vida de los consumidores, podrían tener a su vez un costo en vidas humanas. Los gastos generados por las regulaciones absurdas pueden generar más desempleo y pobreza. Siendo que la gente pobre tiene una expectativa de vida menor que la gente rica es posible que el agravamiento de la pobreza este, literalmente, matando gente. Incluso cita un celebre fallo del Juez Williams, de los Estados Unidos, en el cual este afirma:

«(...) gastos extravagantes en salud pueden, en ciertos casos, afectar la salud de manera adversa, por la vía de cerrar el paso a gastos en otros ítems —como comida de mejor calidad, vivienda o recreación— que contribuirían más a la salud de los individuos que los gastos directos en cuestión»¹⁰³.

Pero adicionalmente a todo lo dicho, crear un esquema regulatorio especial para los productos que consumen los pobres tiene un cariz claro de intentar estigmatizar a una categoría de personas, tratándoles como minusválidos incapaces de decidir por sí mismos. ¿Por qué considerar racional a quien no desea gastar en un vehículo Volvo, evidentemente más seguro que un Tico de Daewoo sustancialmente más barato, por más que se puede demostrar que su posibilidad de morir en un accidente aumenta

102. NEWTON, *Ob. cit.*, *Loc. cit.*

103. SUNSTEIN, *Ob. cit.*, p. 11.

dramáticamente en el último caso, y si prohibir a un consumidor comprar una bicicleta de poca calidad en lugar de una Peugeot u otro modelo parecido? ¿Acaso no es tan peligroso fumar como comprar muchos de los productos que espantan a los «pigounenses», y sin embargo no se plantea salir a las calles a desaparecer los cigarrillos? Salvo que se considere que las personas de altos ingresos tienen una cualidad especial que les permite comportarse más racionalmente que los pobres, crear un régimen regulatorio especial que les coloque a los sectores de bajos ingresos en una especie de «ghetto» jurídico es realmente discriminatorio y por tanto inconstitucional pues se afecta, sin motivo, su derecho a la libre elección.

Por eso es que el análisis costo beneficio que sugerimos es, siguiendo a SUNSTEIN, mucho mejor desde el punto de vista democrático, pues comparado a las formas de regulación tradicional (inspiradas en el «New Deal») está en capacidad de reducir los efectos de las presiones de grupos de interés sobre la administración pública, al dar criterios más objetivos de toma de decisiones¹⁰⁴. Así, nos dice:

«(...) los requerimientos de costo beneficio tienen además un fuerte justificación democrática. Así, pueden ser entendidos como una forma de mediatizar las presiones de grupos de interés sobre las regulaciones y como un método que asegure que las consecuencias de la regulación no están sepultadas en el misterio sino por el contrario están a disposición para la inspección y revisión públicas. Algunos de los argumentos más sólidos en favor de los requerimientos de costo-beneficio no son característicamente tan económicos como democráticos»¹⁰⁵.

Quizás la mejor manera de resumir lo analizado en este punto es citando a SCHWARTZ, cuando al referirse a la prohibición por el Estado a que se den ciertos pactos entre particulares, muestra cómo los consumidores pobres terminen siendo aún más pobres¹⁰⁶:

«Empobrecer a una persona quiere decir aquí reducir el número de opciones que una persona tiene disponibles para mejorar su vida. Supongamos que un juez prohíbe una cláusula en el contrato. El ha puesto una

104. *Ibidem*, p. 20.

105. *Ibidem*, p. 4.

106. Como se recordará, si entendemos los bienes como «paquetes de atributos», entonces la eliminación de una cláusula de garantía puede ser sinónimo de la exigencia de mayor calidad. Se trata simplemente de tratar de expandir por ley la responsabilidad del productor porque el producto no tenga determinados atributos que la autoridad pueda considerar exigibles.

restricción a las opciones disponibles que tienen las personas para ponerse de acuerdo (...). La gente pobre tiende a tener menores opciones que la gente rica porque tiene menos dinero. Pero los pobres tienen, al menos, autonomía privada. Si un juez prohíbe una cláusula basado en el ostensible campo de proteger al pobre, el juez está finalmente reduciendo las opciones de la gente pobre y por tanto esta impidiendo que los pobres hagan las cosas lo mejor que pueden dadas sus circunstancias, (...).

Para ser concretos, si alguien compra una garantía, uno compra un seguro contra los defectos del producto. Un pobre puede preferir comprar un par de zapatos que comprar un seguro contra los defectos de los productos. Siendo que la gente pobre va a preferir renunciar a las garantías, por que ello reduce el precio de compra, asumirá sus propios riesgos sobre la confiabilidad del producto. Si el juez se niega a reconocer la renuncia como válida, esta eliminando una opción. Cuando los jueces se niegan a reconocer una cláusula y las personas involucradas son ricas, el problema no es serio. Los ricos tienen muchas opciones. Pueden ser compelidos, si el juez no reconoce la cláusula, a comprar un seguro y podrán ahogar su depresión en Bermudas. Los pobres en cambio, tienen un verdadero problema; cuando menor es la cantidad de opciones que uno tiene, más importante será cada opción. En consecuencia, a pesar que las inequidades distributivas deben de ser remediadas, remediarlas mediante normas contractuales es poco inteligente porque todo lo que el derecho contractual puede hacer es incrementar o reducir las opciones de las personas. Es difícil entender cómo las personas pueden ser colocadas en una situación mejor limitando, en lugar de ampliando, el número de cosas que pueden hacer»¹⁰⁷.

XVII. ¿CÓMO ACTUAR RESPECTO DE LOS PRODUCTOS BASURA?

Actuar con criterio e inteligencia frente a problemas trágicos no es sencillo. La tentación de querer ayudar a superar los problemas de pobreza del país con acciones efectistas pero inefectivas e ineficientes es muy grande. Una sociedad con una gran escasez de recursos enfrenta equilibrios muy frágiles, como los de un «castillo de naipes». Una acción antitética o vehemente, que no mida sus costos y beneficios puede traerse todo el «castillo» abajo.

La reacción que parece más natural es atacar la mala calidad en si misma, sin atender a las causas que producen tal situación. Si la calidad es consecuencia de las fuerzas de mercado actuando sin distorsiones, existen tantas

107. SCHWARTZ. «Justice and the Law...», p. 115.

razones para intervenir de manera radical como las que existirían si el precio es alto como consecuencia de las fuerzas de mercado actuando sin distorsiones.

Constatadas razones de mercado que pueden explicar la existencia de «productos basura», lo que cabe es determinar en qué supuestos se producen niveles de asimetría informativa con información inadecuada que pueda estar llevando a resultados ineficientes, identificando en qué casos los costos de transacción existentes podrían estar derivando en un mal funcionamiento de mercado. E incluso en aquellos casos en que se determine que tales costos de transacción existan, debe determinarse si la intervención del Estado (sea legislativamente, judicialmente o administrativamente) no va a generar mayores costos y distorsiones que aquellas que pretende aliviar.

La intervención no debe orientarse ni tener por efecto la reducción de opciones a los consumidores. Cualquier decisión de actuación que se tome debe orientarse, por el contrario, a crear las condiciones para que sean los propios agentes económicos (consumidores y proveedores) los que corrijan las fallas que pudieran estarse produciendo como repuesta a los incentivos que cree la intervención. De lo contrario la regulación caería bajo las críticas de SUNSTEIN cuando se refiere a las acciones tomadas por los entes reguladores norteamericanos:

«Actualmente se está sugiriendo que el gobierno nacional a fallado en cumplir adecuadamente su labor y que ello ha llevado a que comúnmente las cosas estén peor. Bajo esta perspectiva, no estamos sugiriendo que los mercados son ideales; pero usualmente los mercados funcionan mejor que los programas regulatorios que se diseñan como soluciones. En suma, la pregunta es cuándo los beneficios justifican el costo»¹⁰⁸.

Como él mismo señala, es muy común que los gobiernos cometan el error de regular a través de directivas rígidas que prohíben el uso de medios más flexibles y efectivos en términos de costos para lograr los mismos fines¹⁰⁹.

En este contexto promover competencia, antes que limitarla, es una salida más inteligente:

«Una vez que se ha identificado que el mercado no se está comportando competitivamente porque muy pocos consumidores están informados, las opciones que quien tiene que decidir son cuándo regular las transacciones en los aspectos sustantivos o intentar mover el mercado hacia el

108. SUNSTEIN, *Ob. cit.*, p. 7.

109. *Ibidem*, p. 9.

equilibrio competitivo. (...) Mover el mercado hacia el equilibrio competitivo es preferible a tales regulaciones (...)»¹¹⁰.

Y el tema se reduce a un dilema muy claro. ¿Quién está en mejor posición de elegir qué es bueno para el consumidor? ¿El propio consumidor o los funcionarios públicos? El consumidor conoce mejor sus preferencias y su presupuesto que los funcionarios. No existen entonces patrones objetivos para todos los consumidores. Los seres humanos queremos y buscamos cosas distintas en la vida, y no hay razones para pensar que los funcionarios tienen alguna habilidad especial para identificar qué es lo que cada ser humano quiere y busca.

Evidentemente lo que los «pigounenses» plantean es intervenir en la transacción sustantiva, esto es controlar la calidad. Lo que nosotros planteamos es brindar información adecuada y dejar que las decisiones de los propios consumidores terminen corrigiendo el problema. Esto sin perjuicio de actuar selectivamente y con inteligencia en los casos de fraude.

Los casos de fraude o «hit and run» (golpea y corre) requieren de acciones selectivas, que investiguen a los responsables y actúen con eficacia en coordinación con las demás autoridades. Pero no debe caerse en el error de eliminar todo un género de productos del mercado por no poder identificar a quiénes son los responsables de la acción.

Los demás casos deben resolverse mediante acciones destinadas a suministrar mayor información a los consumidores, permitiéndoles que ellos mismos corrijan el mercado. La acción de las autoridades ante las fallas del sistema de competencia, no debe ser barrer con la competencia, sino por el contrario promoverla. Acabar con los «productos basura» es simplemente barrer con parte importante de los bienes que compiten en el mercado reduciendo sin fundamento, las opciones de los consumidores.

Y ello debe hacerse solo en mercados que, por los costos de transacción existentes, no se estén comportando competitivamente. Tal alternativa elevará la curva de costo marginal de la empresa y en consecuencia llevará a los consumidores a pagar precios más altos¹¹¹. En tal sentido:

«Dadas las dificultades de separar las imperfecciones del hecho de que la información es costosa, la intervención debe limitarse a aquellas instancias en que las imperfecciones de información claramente nos lleven a daños significativos a los consumidores, y que puedan ser corregidos

110. SCHWARTZ y WILDE, «Intervening in Markets...» pp. 666-667.

111. SCHWARTZ y WILDE, «Intervening in Markets...», p. 668.

en una manera efectiva en términos de costos —sin crear distorsiones serias o efectos colaterales que nos lleven incluso a un daño mayor. (...) Quienes deben tomar decisiones al respecto deben contar con información adecuada para decidir y sopesar cuidadosamente los beneficios y los costos de las estrategias de intervención propuestas»¹¹².

Las acciones de publicar información, educar consumidores, promover competencia mediante publicidad, generar *rankings* de calidad o *performance* de productos y servicios le da a las decisiones de los consumidores valor agregado, y no les quita nada en términos de libertad. En lugar de expropiar su derecho a elegir, estas acciones refuerzan tal derecho. En tal sentido se pronuncia SUNSTEIN:

«Una aproximación especialmente valiosa basada en la generación de incentivos consiste en el suministro de información. El Gobierno debe suministrar por propia iniciativa información vinculada al riesgo, como por ejemplo ha hecho en el caso de los cigarrillos, o requerir a las empresas que provean tal información a los trabajadores y consumidores. Si, por ejemplo, las compañías ofrecen tal información sobre los riesgos, se tendrá un efecto en la conducta de los consumidores y de los trabajadores»¹¹³

Por eso hay que tener mucho cuidado con los «cantos de sirena» que llaman a una actuación alocada pero finalmente anecdótica, en la que se cita uno o dos casos usados de manera efectista. Así:

«Cuando los ciudadanos tienen una mala percepción de los hechos, el gobierno no debería responder a ello. Los juicios de los ciudadanos que se basan en creencias equivocadas deben ser corregidas mediante educación. Y cuando ellos están equivocados, el gobierno debe actuar en base a la realidad en lugar que en base a la ficción. Para que los juicios y decisiones públicas gobiernen, es importante asegurarse que están sustentados en base científica, en oposición a anécdotas sensacionalistas o tácticas que dejan heridas. No existe nada antidemocrático en que el gobierno se rehúse actuar en respuesta a demandas de regulación basada en ignorancia fáctica. Por el contrario, un sistema de representación democrática tiene como una de sus justificaciones centrales el «filtrado» de juicios ignorantes»¹¹⁴.

112. BEALES, CRASWELL y SALOP. «The Efficient Regulation of...», p. 512.

113. SUNSTEIN. *Ob. cit.*, p. 10.

114. *Ibid.*, p. 16.

SCHWARTZ y WILDE se pronuncian también en favor de llevarnos a un equilibrio competitivo mediante suministrar al consumidor información:

«El método más promisorio de conseguir que los mercados se comporten competitivamente es suministrando información a los consumidores con comparaciones de precios y términos»¹¹⁵.

La misma opinión sobre la conveniencia de utilizar remedios de difusión de información antes que intervención en los contratos de los consumidores es sustentada por BEALES, CRASWELL y SALOP:

«(...) remedios basados en información serán usualmente las soluciones preferibles. Remedios que simplemente ajustan la información disponible a los consumidores dejan aún a los consumidores en libertad de hacer sus propias elecciones libres, introduciendo en consecuencia menos rigidez en el mercado. Tales remedios dejan al mercado libre para responder a los cambios que se dan a través del tiempo en las preferencias de los consumidores y en la tecnología de la producción. Por la misma razón, los remedios de información generan menos riesgo de daños serios si los reguladores se equivocan. Por ejemplo, si los consumidores no están realmente interesados en aumentar la calidad o la seguridad de los atributos de cierto bien, un remedio de información no forzará al mercado a realizar un cambio ineficiente (como lo haría un estándar obligatorio de producción). De manera similar, los remedios de información permiten a los diferentes consumidores tener distintos balances entre precio y calidad del producto, mientras que exigencias directas de calidad casi necesariamente imponen una sola opción a todos los consumidores»¹¹⁶.

Luego, los mismos autores continúan diciendo:

«(...) los remedios de información colocan la carga de la ejecución de una adecuada información sobre consumidores informados en conjunción con fuerzas de mercado. Este suele ser una manera más eficiente de ejecución, pues los consumidores están continuamente monitoreando la calidad durante su búsqueda en el mercado, liberando así a los reguladores de tal función. Los proveedores entonces autoejecutan el cumplimiento de una calidad adecuada motivados por incentivos de utilidad en lugar de como consecuencia del miedo a las acciones que adopte el gobierno»¹¹⁷.

115. SCHWARTZ y WILDE. «Intervening in Markets...», p. 673.

116. BEALES, CRASWELL y SALOP. «The Efficient Regulation of...», p. 513.

117. Ibid, pp 513-514. Debe destacarse que los autores citados no son un grupo de defensores de las empresas privadas. BEALES, CRASWELL y SALOP eran, al momento de escribir el artículo que se cita, miembros de la Federal Trade Commission, la agencia estado

Refiriéndose en concreto a lo que ocurre en economías en transición, KOVACIC coincide que el énfasis debe ser puesto en educación y difusión de información:

«Los mayores ingredientes de un programa de implementación de reformas en el área de legislación antimonopolios y protección al consumidor debe ponerse en publicitar la existencia de un nuevo marco legal y en educar a los consumidores, gerentes de empresas y funcionarios de gobierno sobre su contenido y racionalidad.

(...)

Las instituciones a cargo de la ejecución de las normas pueden enseñar a los consumidores sobre su habilidad para influir el comportamiento del productor. Enseñando a los consumidores como la competencia puede proteger sus intereses, la autoridad a cargo de la ejecución de las normas puede incentivar esfuerzos de los productores para atraer consumidores en base a mejores precios y atributos de calidad»¹¹⁸.

Pero la pregunta que puede surgir de inmediato es por qué no dejar también al sector privado generar tal información comparativa. Si esa información es valiosa para los consumidores, entonces estos deberían estar dispuestos a pagar a las empresas que decidan organizar tal información y venderla a los consumidores. ¿Por qué no confiar en el propio mercado para cumplir esa labor? La razón es muy sencilla. Se producirían externalidades que harán poco rentable el negocio. Como dicen SCHWARTZ y WILDE:

«Una vez que una empresa crea una lista de precios (o de calidades o términos contractuales), tendrá grandes dificultades para impedir que otras empresas o consumidores usen la información que ha revelado sin pagar por ella. Por ejemplo un consumidor que compra dicha lista podría distribuirla libremente entre sus amigos. En consecuencia las empresas privadas muy pocas veces invierten en producir tal información. Las agencias del gobierno, por el contrario, pueden producir esa información y distribuir información comparativa de precios (o calidades o términos) o subsidiar empresas para que lo hagan»¹¹⁹.

unidense encargada, entre otras funciones, de regular los mercados de consumo. La experiencia reguladora de dicha agencia lleva a los tres autores señalados a las conclusiones que se citan e indican, en base a un auténtico conocimiento de causa, cuál es el camino correcto.

118. KOVACIC, William E. «Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspective from Mongolia, Nepal, Ukraine and Zimbabwe». En: *DePaul Law Review*, Vol. 44, Verano de 1995. N.º 4, pp. 1221-1222.

119. SCHWARTZ y WILDE, «Intervening in Markets...», p. 674. En realidad estamos simplemente ante un caso de bienes públicos. La información es un bien en el que, por su

Si el camino es establecer mejores sistemas de información, la pregunta que surge de inmediato es cómo deben actuar los entes reguladores para promover el mejor funcionamiento de los mercados.

BEALES, CRASWELL y SALOP sugieren que es preferible usar sistemas de suministro (*disclosure*) de información que dejen el mayor margen de acción a las fuerzas de mercado. La meta no es, sin embargo, especificar con todo detalle cuál es la información que debe suministrarse, sino crear los incentivos adecuados para que sean los propios proveedores los que revelen tal información. Esto reduce los riesgos de una mala decisión por el gobierno pues no fuerza a los proveedores a revelar información de manera inefectiva o a revelar información que, como consecuencia de cambios en las circunstancias, ya no es deseada por los consumidores¹²⁰.

Curiosamente, lo que estos autores sugieren a continuación, es muchas veces considerado una acción ineficiente, cuando es, precisamente, todo lo contrario: los cuadros comparativos, que son definidos como «*medición de la cantidad de uno o más atributos de un producto a través de las marcas*»¹²¹. Si bien la referencia que se hace es al uso de marcas, ello no impide utilizar ese criterio para comparar productos por su origen (por ejemplo adquiridos en locales formales frente a locales informales como se ha venido haciendo).

«(...) los cuadros comparativos persiguen reducir los costos de comunicación referidos a atributos medidos. Antes de que las empresas puedan competir en base a diferentes cantidades de algún atributo, es necesario que los consumidores estén en la posibilidad de observar las cantidades

naturaleza, es imposible o muy costoso excluir a los demás de su uso. En consecuencia una vez revelada la información, el costo de obtenerla y procesarla difícilmente puede ser recuperado por quien trabajó para ello. La razón es la misma por la que se considera a las calles como bienes públicos. Por ejemplo, como ya vimos, los costos de asignar los derechos sobre el uso de la calle a un particular son muy altos. No es imaginable aún, con la tecnología existente, y de una manera barata, la creación de peajes en cada calle para que se pueda «alquilar» su uso a los transeúntes y vehículos y con ello mantenerlas. Por eso el Estado se encarga de suministrar los bienes públicos. Lo mismo ocurre con la información, y ello puede justificar el rol del Estado para ser quien suministra este bien público. De manera similar se pronuncian BEALES, CRASWELL y SALOP (*The Efficient Regulation of...*, pp. 523-524). Ellos concluyen diciendo que «*Un sistema de cuadros comparativos con información sobre productos es (...) un bien público en muchos aspectos. Si bien es un bien que puede ser suministrado privadamente por una asociación de comerciantes u otra entidad, es de todas maneras un bien colectivo. El gobierno es frecuentemente un mecanismo eficiente de tomar decisiones que son inherentemente colectivas.*»

120. BEALES, CRASWELL y SALOP. *The Efficient Regulation of...*, pp. 522-523.

121. Llamados por BEALES, CRASWELL y SALOP, («*The Efficient Regulation of...*», p. 523) *scoring systems*.

de un atributo en diferentes productos. Cuando el sistema de cuadros comparativos suministra una nueva medida donde ninguna existía previamente, la comparación por los consumidores (y en consecuencia la competencia) sobre el atributo se hace posible (...)»¹²².

Incluso, estos sistemas suelen ser baratos para la propia administración. Una vez difundida la información obtenida, la experiencia demuestra que los competidores favorecidos con la información suelen hacer el gasto de darle una difusión mayor. No es necesario por tanto invertir en grandes campañas. Los competidores tendrán incentivos suficientes para hacer ellos el gasto¹²³.

En este contexto, el camino de difundir sistemas de comparación de productos puede repotenciar la libertad de elección del consumidor. Y eso es lo que se persigue. Los cuadros comparativos pueden verse complementados con otras medidas como información sobre los riesgos de adquirir cierto tipo de productos, educación en como elegir, difusión de criterios para comparar, información estadística sobre marcas o tipos de productos más denunciados ante las autoridades, etc. Las acciones de intervención sustantiva en la relación contractual (determinación por regulaciones de precios, calidad y términos comerciales) deben ser descartadas como regla general de acción.

122. BEALES, CRASWELL y SALOP, «The Efficient Regulation of...», p. 523. Un excelente ejemplo de este tipo de acciones, que es solo uno de una inmensa cantidad de acciones similares, es la Revista Alemana *Test*. Esta revista publica regularmente cuadros comparativos de todo tipo de productos y servicios, obteniendo la información por medio de exámenes de performance de estos. Con un tiraje de 700,000 números mensuales, es a su vez una de las publicaciones de más consulta en las bibliotecas alemanas, según las estadísticas existentes. La revista es publicada por un patronato en el que participan los consumidores, los proveedores y el Estado, y si bien se financia en gran parte con sus propios ingresos, recibe un subsidio estatal dirigido a compensar la falta de ingresos por publicidad, medida tomada por el Consejo Editorial para mantener una transparencia e independencia más clara. (Información recibida por el autor durante la visita a las oficinas de la revista *Test*, en Berlín, Alemania en octubre de 1995).

123. Esta opinión es compartida por BEALES, CRASWELL y SALOP, «The Efficient Regulation of...», pp. 536-537. En casos como la publicación de los rankings de puntualidad entre aerolíneas o del «colómetro» de bancos por el INDECOPI se apreció muy bien este efecto. Publicados los rankings en el periódico, y en ocasiones solo en avisos en el aeropuerto a un bajo costo, las empresas con mejores resultados incluían la información relevante en avisos televisivos. Por ello afirmar que los periódicos llegan a muy poca gente es perder totalmente la perspectiva de la capacidad que tienen ese tipo de información para diseminarse en el mercado.

En este contexto, creemos que queda claro cuál es el camino y cuál debe ser la actitud tanto de las autoridades, de los consumidores y de los proveedores de los llamados «productos basura». El objetivo debe ser siempre reforzar la soberanía del consumidor, no mediatizarla. Y ello solo se logra con inteligencia y con un adecuado manejo teórico sobre el funcionamiento del mercado, ligado a un pragmatismo que permita obtener resultados concretos en mejora del bienestar. Se trata de llegar a puntos superiores en eficiencia, en términos de PARETO, evitando caer en las fáciles tentaciones que nos colocan los seguidores de PIGOU y que nos conducen precisamente al camino contrario.

Se dice que las acciones de promoción son menos efectivas porque, por ejemplo, la publicación en diarios de información sobre productos peligrosos o de cuadros comparativos de bienes y servicios llega a muy poca gente. Es interesante advertir, sin embargo, qué operativos masivos en mercadillos, realizados sin base cierta y sin fines definidos, tienen costos bastante mayores y una efectividad no comprobada.

Sin duda toda acción debe estar sujeta a un análisis costo-beneficio que permita determinar que los beneficios de la medida superan los perjuicios que esta genera. En las propuestas que suelen formularse populistamente bajo una supuesta nueva dimensión de una competencia que se afirma en el discurso pero que se niega en la propuesta misma, no se ha formulado ni se identifican los beneficios, ni se determinan los costos y menos aún se establece un balance entre ambas cosas. La administración tiene la obligación y la responsabilidad de actuar racionalmente, no sólo porque utiliza recursos públicos, sino porque afecta recursos privados y una actuación irracional no difiere en tal sentido de una confiscación si su efecto final es privar de recursos a los consumidores, en especial a los más pobres.

XVIII. LOS MECANISMOS DE CONTROL EN EL CÓDIGO CIVIL.

El problema de la contratación masiva es abordado tanto por las normas civiles ordinarias, como por una legislación especial cuya aplicación está a cargo de INDECOPI. Pasemos a analizar cada una de estas dimensiones.

El Código civil vigente incluyó artículos expresos referidos al problema de la contratación masiva. La lógica de recoger legislativamente normas al respecto en la parte general de contratos era proteger al consumidor. Desde este punto de vista, la intención era buena. El problema es que las soluciones contenidas en Código no son las más adecuadas.

Un primer problema es que el Código civil trata de enmarcar el fenómeno de la contratación masiva dentro del esquema de la teoría contractual tradicional, y que como vimos, respondía a las necesidades de mercado de corte artesanal. Ello lleva a que existan conceptos forzados ficciones que no necesariamente responden a la realidad de los hechos. Tal es el caso, denunciado acertadamente por FORNO¹²⁴, del tratamiento que nuestro Código da a la oferta al público, en un esfuerzo de «malabarismo conceptual» a fin de mantener incólume la concepción tradicional de oferta, esfuerzo que carece de razón de ser, salvo que se considere la coherencia conceptual es más importante que la coherencia de las normas con la realidad. Así se concluye que la oferta al público, la más común de las ofertas en un mercado masivo y desarrollado, no es realmente una oferta, sino una invitación a ofrecer.

Un segundo problema es que el Código muestra una clara tendencia a controlar el propio contenido contractual antes que el proceso transmisión de información al consumidor.

Nuestro Código recoge dos modalidades de la llamada contratación masiva: los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación.

Mientras el contrato de adhesión es aquel en el que una de las partes es colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente estipulaciones fijadas por la otra¹²⁵, las cláusulas generales son aquellas que, habiendo sido redactadas previa y unilateralmente en forma general y abstracta, tienen por objeto fijar el contenido normativo de una serie definida de futuros contratos particulares¹²⁶. En otras palabras, mientras adhesión se refiere al íntegro del contenido contractual, las cláusulas generales se refieren al contenido parcial del contrato. Creo, sin embargo, que no existe razón que justifique una distinción. El consumidor se adhiere al íntegro o a una parte del contenido contractual fijado por la empresa. Pero, a su vez, esa adhesión se produce a cláusulas generales de contratación, sea que estas cláusulas generales formen el íntegro del contrato o sean una parte del

124. FORNO, Hugo «La oferta al público: razones para una discrepancia». En: *Derecho* N.º 45, diciembre 1991, p. 215.

125. Artículo 1390.- El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

126. Artículo 1392.- Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos

mismo. Como hemos dicho, lo importante es que nos estemos refiriendo a modalidades de contratación en que la negociación se haya eliminado o, en todo caso, se encuentre severamente limitada.

Ambas modalidades no expresan más que puntos de vista distintos frente al mismo fenómeno. Es como mirar el mismo paisaje, pero parados en lugares diferentes. Mientras el contrato por adhesión parte de una concepción voluntarista, de origen francés, las cláusulas generales parten más de la incorporación de ciertas condiciones que regularán la relación jurídica en cuestión, mostrando una concepción más objetivista, de origen alemán.

Sin embargo, en uno u otro caso estamos ante fenómenos muy similares. Para que haya adhesión se requieren condiciones a las cuales adherirse, y que han sido estipuladas previamente por una de las partes. Si bien se puede argumentar que el artículo 1390 no se refiere a una cantidad indeterminada de contratos prerredactados, resulta obvio que el estipulante está en la posibilidad de colocar al adherente en la disyuntiva de adoptar o rechazar (sin oportunidad de negociar) el contenido de la relación jurídica a generarse. Ello resulta claro en el caso de la «contratación masiva», donde la disyuntiva viene impuesta por la ventaja estratégica que la asimetría informativa le da al estipulante en el mercado. Resulta difícil imaginar un ejemplo en el que, la adhesión no se dé a cláusulas generales. Por el contrario, el fenómeno de las cláusulas generales resulta teniendo un espectro de cobertura más amplio, permitiendo que la «adhesión» se produzca no a la integridad del contenido contractual, sino a algunas condiciones particulares.

A ello podemos agregar un inconveniente práctico importante referido a los contratos por adhesión. Como veremos líneas más abajo, el principal motivo para regular estas modalidades de «contratación» está en la posibilidad de contemplar mecanismos de protección heterónoma a fin de tutelar a la parte más débil, evitando configuraciones abusivas de la relación jurídica. En síntesis, podríamos decir que nuestro Código es, al menos en la intención, pro-consumidor. Sin embargo otra norma, directamente relacionada a la «contratación en masa», recoge precisamente el principio contrario. Nos referimos al artículo 1388¹²⁷, que regula la oferta al público. La mencionada norma dice que la oferta al público no es en realidad una oferta, sino una invitación a ofrecer. Se invierte la posición natural que tienen el oferente y el aceptante. Resulta ser que en los contratos dados en

127. Artículo 1388o.- La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.

Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.

un contexto de publicidad masiva (casi la totalidad de la «contratación en masa») el estipulante resulta siendo el aceptante de las ofertas que les plantean los potenciales adherentes. Este intento de catalogar fenómenos tan novedosos como la oferta al público dentro de categorías tradicionales como oferta, aceptación, consentimiento, etc., tiene, a nuestro entender, resultados contraproducentes. Le permite al estipulante rechazar las «ofertas» que le presentan los consumidores. La ley, en lugar de igualar la situación de ambas partes, amplía la brecha existente.

Una consecuencia directa de esto es que en aquellos «contratos» celebrados en un contexto de oferta al público, hablar de adhesión es prácticamente imposible. En los términos del artículo 1390, la adhesión es del «aceptante». No existe adhesión del «oferente», en tal virtud, el consumidor que se acerca a «ofrecer» la celebración de un «contrato» al estipulante no se adhiere a nada y curiosamente, resulta siendo el que prefija el contenido de la relación jurídica, el que curiosamente, se «adhiere» a sus propias condiciones.

En lo que concierne a los mecanismos de protección, el Código civil combina mecanismos de control legislativo, administrativo y judicial. Recoge la posibilidad de la aprobación administrativa previa de las cláusulas generales.¹²⁸

Asimismo, ejerce un control legislativo sobre aquellos contratos por adhesión o cláusulas generales no aprobados administrativamente a través de la prohibición de incorporar cierto tipo de condiciones¹²⁹. Finalmente,

128. Artículos 1393, 1394, 1396, entre otros.

Artículo 1393o.- Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395o.

Artículo 1394o.- El Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa.

Artículo 1396o.- En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato a sea incapaz.

129. Artículo 1398o.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Artículo 1399o.- En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de efica-

incluye un control judicial dándole la facultad al juez de interpretar el contrato en favor de aquella parte que no lo ha redactado¹³⁰.

Como dijimos, el Código muestra una tendencia clara a un control del contenido contractual. Así se somete a los contratos a una aprobación administrativa que evidentemente va dirigida a revisar el contenido de las cláusulas para excluir aquellas que son consideradas por la burocracia como abusivas o inconvenientes. Se asume entonces que un funcionario está en mejor capacidad que el propio consumidor para decidir que es que le conviene a este último, y lo peor es que dicho análisis se hace en abstracto, sin considerar las distintas preferencias e intereses de los diversos consumidores individuales en cada circunstancia concreta. Esto llega al extremo que, en el caso que las cláusulas generales hayan sido aprobadas administrativamente, éstas se incorporan al contrato incluso si no son conocidas por el consumidor¹³¹. Se asume, sin ninguna razón válida, que la administración pública está en mejor pie para saber qué es mejor para un consumidor, por lo que es innecesario que este tome conocimiento del contenido contractual al que se adhiere. El consumidor no puede sino sentirse insultado. Se le considera una suerte de un incapaz.

Adicionalmente, se prohíbe de manera expresa la incorporación de ciertas cláusulas por considerar que tienen una naturaleza *per se* abusiva¹³². Además, se sacan las cláusulas de su contexto. Por ejemplo se excluye la posibili-

cia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral.

130. Artículo 1401o.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

131. Artículos 1393, 1396 e interpretación en contrario del 1397.

Artículo 1397o.- Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.

Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

132. Artículo 1398o.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato

dad de incluir cláusulas limitativas de responsabilidad en favor del estipulante sin tener en cuenta que el resto de las condiciones contractuales podrían hacer que esa cláusula sea perfectamente explicable. Lo que hace que una cláusula sea abusiva no es su contenido en sí mismo, sino la ruptura que ésta puede producir en el equilibrio contractual. Exactamente la misma cláusula en un contrato puede ser más que razonable y en otro crear problemas. No olvidemos que, como hemos dicho antes, el efecto de dichas prohibiciones puede ser el incremento del precio de los productos en el mercado. Y no olvidemos tampoco que ese precio lo paga finalmente el consumidor.

Quizás, el único artículo que hace alusión directa al mecanismo de transmisión de información es el 1397¹³³ que señala que las cláusulas generales no aprobadas administrativamente sólo se incorporan al contrato cuando sean conocidas o, al menos, conocibles por la otra parte. Asimismo este artículo contiene la presunción que las cláusulas han sido conocidas cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad. En otras palabras, este artículo debe ser interpretado en el sentido que no forman parte del contenido contractual aquellas cláusulas que se incorporan utilizando mecanismos que ocultan o distorsionan la información que el consumidor recibe. A nuestro entender, este es el artículo más importante para poder controlar los abusos que se derivan del problema de información asimétrica. Sin embargo, esta norma es insuficiente, Y sus alcances están mediatizados por otros artículos que permiten una intervención, a nuestro entender innecesaria y excesiva, en el contenido contractual.

Nuestro legislador civil tuvo pues, a nuestro entender, una visión errada del problema. Se preocupó más de un poder económico supuestamente abusivo, que de cuidar la existencia de mecanismos adecuados de transmisión de información a los consumidores.

XIX. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL INDECOPI.

El 9 de noviembre de 1991 se publicó el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor, norma que, con una serie de modificaciones

133 Artículo 1397o.- Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.

Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

introducidas en los últimos años regula el llamado Derecho del Consumidor y ha dado origen a una abundante jurisprudencia que ha ido precisando los criterios de interpretación y aplicación.

Esta norma ha establecido en la década de los noventa un nuevo marco en el que se desenvuelven las relaciones entre los proveedores y los consumidores, un marco normativo que se encuadra dentro de un sistema de libre mercado. Este marco, que ha sido complementado por las decisiones adoptadas por el INDECOPI, entre las que se incluyen algunos precedentes de observancia obligatoria, han buscado dinamizar el rol del consumidor en el mercado, convirtiéndolo en protagonista del mercado.

Como ya hemos visto, 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 por que en el fondo el desarrollo no es otra cosa que aumentar el nivel de bienestar que atraviesa la sumatoria de los consumidores.

El modelo peruano se contrapone claramente con otros modelos legales establecidos para regir las relaciones de consumo. Es un modelo pensado en términos de dinamizar la autonomía privada antes que en restringirla como hacen otros sistemas. La idea no es que otro decida por el consumidor sino crear las condiciones para que el consumidor decida por sí mismo. Incluso en este aspecto, y de manera paradójica, el sistema de protección administrativa protege más la autonomía privada de los consumidores que el propio Código civil.

Esta idea de potenciar la autonomía está recogida en la jurisprudencia del Tribunal del INDECOPI que en el caso *Cheenyi vs. Konica*¹³⁴ estableció:

«Para tal efecto, debe tenerse en cuenta que la protección al consumidor se desarrolla en el ámbito de una economía social del mercado, esto es, de un sistema en que la interacción entre los ofertantes y demandantes orienta la asignación de los recursos, determinando la calidad y los precios en los que los bienes y servicios se incorporan al mercado. En consecuencia, no es rol del Estado y, por tanto, tampoco lo es del INDECOPI, el sustituir las decisiones de los ofertantes y demandantes. Por ello, una adecuada interpretación de las normas de protección al consumidor y, en especial, la definición de qué consumidor se encuentra amparado por nuestra legislación, es necesaria y deberá permitir que este régimen especial guarde relación con el funcionamiento de un mercado libre y dinámico.»

134. Resolución N.º 101-96-TDC/INDECOPI del 18 de diciembre de 1996.

Esto reformula el rol del Estado que deja de ser un agente económico para convertirse en un árbitro que garantice la transparencia del proceso de agregación de preferencias de los consumidores en el mercado. El Estado, lejos de regular y determinar el sentido de las relaciones de consumo se vuelve un facilitador para que en el proceso sea uno transparente y orientado a reflejar lo que los consumidores desean en el marco de lo que los proveedores están en capacidad de ofrecer.

Dentro de esta línea el problema central es el ya señalado la asimetría informativa y la inadecuada información entre los proveedores y consumidores. Como vimos, lo que hace la asimetría informativa es elevar los costos de transacción en el mercado. Estos costos de transacción implican que en ocasiones no se lleguen a celebrar contratos o estos se celebren en términos que no son los más adecuados.

Sin embargo algunos pronunciamientos relativamente reciente ponen en riesgo esta aproximación y toman un sesgo bastante más intervencionista. Así en el caso Domingo GARCÍA BELAUNDE vs. Banco de Crédito del Perú¹³⁵ se estableció:

«Puede observarse que, los negocios jurídicos -sobre todo aquellos celebrados en el marco de la contratación masiva- no pueden servir como instrumentos para restringir derechos, alegando que dichas restricciones fueron voluntariamente aceptadas. Una consecuencia de esta constatación es que las autoridades están obligadas a garantizar que los derechos legalmente reconocidos prevalezcan sobre los mecanismos de restricción de dichos derechos, sin importar que intenten presentarse como voluntariamente aceptados.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, esta Sala considera que, el derecho de los consumidores a realizar pagos anticipados en forma total o parcial reconocido por el literal g) del artículo 5 de la Ley de Protección al Consumidor, no puede ser vaciado de contenido por un negocio jurídico celebrado en el marco de la contratación masiva, donde el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada se encuentran relativizados por la inexistencia de una relación de simetría e igualdad, presupuesto de la autonomía privada».

La pobre concepción del principio de autonomía privada, distorsionado es cierto por una lamentable resolución del Tribunal Constitucional, refleja que en la vía administrativa se prive de eficacia a un acuerdo contractual. En el caso se había pactado una penalidad por prepago. Así si el consumidor deseaba pagar el crédito por adelantado podía hacerlo, pero pagando una

135 Resolución No. 0387.2004/TDC-INDECOPI de fecha 25 de Agosto del 2004.

penalidad que él había aceptado en el contrato. Con el argumento que la Ley estaba siendo desnaturalizada (cuando quien la desnaturaliza es la resolución que citamos pues la Ley sí permite el cobro de costos por el prepago, y qué mejor costo que el que ha sido previamente pactado) lo que hacen en realidad es inaplicar un pacto que no iba contra ninguna Ley, solo porque no lo consideran justo. El efecto será un aumento en las tasas de interés.

Sin perjuicio de ello el sistema legal peruano debería sustentarse en un marco conceptual relativamente simple pero consistente en sus premisas básicas.

La primera de ellas se refiere a que el consumidor es quien está en mejor situación para decidir qué es bueno para él. Esta idea, que los economistas identifican como el principio de soberanía del consumidor, conduce a que el Estado devuelva al consumidor la facultad de autodeterminar su destino, y de decidir qué consumir y en qué condiciones.

La segunda premisa es que el consumidor, a pesar de ser quien mejor sabe qué le interesa, no necesariamente cuenta con la información suficiente para tomar las decisiones que le competen. En ese marco, existe asimetría entre lo que los proveedores pueden saber y lo que el consumidor sabe sobre un producto o servicio. Esta asimetría puede, en ocasiones, generar distorsiones que nos alejan de soluciones adecuadas.

La tercera premisa es que, normalmente, el propio mercado genera incentivos para que los consumidores obtengan información adecuada que los ayude a decidir. Así, la propia competencia estimula a los proveedores a suministrar información precisa y adecuada para ganar las preferencias de los consumidores, tanto sobre sus propios productos como sobre los productos de sus competidores. Por otra parte los propios consumidores tienen incentivos para obtener información, sea a través de su propia experiencia de mercado, como a través de otras fuentes (amigos, publicidad, publicaciones especializadas, etc.). Todo esto conduce a que, incluso en ciertas situaciones de asimetría informativa, la actuación del Estado no sea necesaria para que el mercado esté funcionando adecuadamente¹³⁶. Esto conduce

136. Incluso, como ya se vio anteriormente, en muchas ocasiones, ni siquiera es necesario que todos los consumidores, y ni siquiera un número mayoritario de ellos estén adecuadamente informados. En mercados realmente competitivos una actitud informada de un grupo relativamente reducido de consumidores crea incentivos adecuados para que los proveedores suministren los bienes de manera adecuada. Ello por un razonamiento bastante sencillo. Si los consumidores son poco racionales y actúan con poca información sus decisiones funcionarán «random» es decir llegarán a soluciones adecuadas en función al azar o a la suerte, con lo que en una cantidad de casos harán elecciones adecuadas y en otro número decisiones inadecuadas. Bastará que un

a una actuación excepcional y residual del Estado¹³⁷.

En cuarto lugar, se parte de la idea que las normas contractuales ordinarias y los mecanismos de cumplimiento de las mismas, no serán adecuados para resolver los problemas que se presenten. Así, el recurrir a las Cortes ordinarias no será un mecanismo adecuado de proteger a los consumidores en este tipo de transacciones masificadas dado por un lado, el carácter distinto del proceso de formación de voluntad (basado en la adhesión principalmente) y el costo elevado de recurrir al sistema judicial para resolver el tipo de problemas que se plantea¹³⁸.

número relativamente reducido de consumidores actúen racionalmente y con información adecuada para que creen incentivos en los proveedores por ganar las preferencias de esos consumidores. Como en la mayoría de los mercados competitivos no es posible discriminar los consumidores desinformados de los informados, los bienes y servicios terminarán respondiendo a las preferencias de los consumidores informados, generando una «externalidad» o beneficio externo en favor de los consumidores poco informados.

137. Esto fue recogido en el caso Cheenyi vs. Konica (Resolución N.º 101-96-TDC de fecha 18 de diciembre de 1996) en la que la Sala de Defensa de la Competencia estableció lo siguiente:

«Quien conduce un proceso productivo y/o de comercialización de bienes y servicios cuenta con la posibilidad de adquirir y utilizar de mejor manera información relevante y con ello, eventualmente, obtener una ventaja que podría ser utilizada en contravención a la Ley. Esto no implica que toda la asimetría de información deba ser corregida por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI. De hecho, si el mercado funciona adecuadamente, éste 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. En efecto, es objeto de la presente Resolución determinar en qué casos la asimetría en la información justifica la intervención de la Comisión de Protección al Consumidor.»

138. Así, en el ya citado caso Chennyi vs. Konica (Resolución N.º 101-96-TDC/INDECOPI se estableció lo siguiente:

«Una razón que podría esgrimirse contra esta interpretación es que las normas contractuales vigentes ya contemplan soluciones al problema de la asimetría informativa entre las partes, motivo por el cual la necesidad de un sistema especial de protección administrativa se torna en innecesario. Figuras como el error, el dolo o el saneamiento por vicios ocultos podrían ser utilizados por quien se hubiese visto afectado por un problema de información asimétrica entre las partes.

Sin embargo, la existencia de un régimen diferente se justifica entre otros motivos, de un lado, por las características especiales que en muchos casos presenta la falta de información en las formas de contratación masiva, en especial por el poco margen que este tipo de contratación deja a la negociación como medio para obtener y utili-

Estas premisas conducen a descartar, como temas objeto de la ley de protección al consumidor, problemas como desigualdad económica entre proveedores o consumidores. No es ese el tema que preocupa a la legislación. El problema es diferencias de información. En todo caso los problemas de monopolio o concentración de poder de mercado, son abordados por otro conjunto de normas, en particular el Decreto Legislativo 701 y sus modificatorias, es decir por la legislación de libre competencia o normas antimonopolios. Dicha norma, también a cargo de INDECOPI, será aplicada por la Comisión de Libre Competencia, y no por la Comisión de Protección al Consumidor¹³⁹.

zar la información disponible; y, otro, por los problemas que presenta la jurisdicción civil ordinaria para enfrentar estos problemas, que suelen tener cuantías reducidas y requieren de acciones que corrijan prácticas reiteradas y no sólo casos particulares».

139. Así, el Tribunal del INDECOPI estableció en el caso Cheenyi vs. Konica (Resolución N.º 101-96-TDC/INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996) lo siguiente:

«Bajo esta perspectiva, la justificación de un juego de normas especiales obedecería a que un grupo de agentes económicos está en posibilidad de abusar de otro, aprovechando que los primeros tienen una mayor concentración de recursos económicos que les permite imponen condiciones a los segundos.

Esta Sala considera que tal aproximación no es compatible con la realidad de los casos que se presenta en el área de protección al consumidor, ni con el régimen legal vigente. En primer lugar, los problemas que se suscitan suelen presentarse en mercados des-concentrados en los que existen una gran cantidad de competidores y en los que hablar de poder económico resulta ser inexacto.

Los proveedores no se enfrentan a la necesidad de satisfacer la demanda de un consumidor particular, sino la de un conjunto de consumidores que buscan oportunidades en el mercado. Si los consumidores advierten que lo ofrecido no responde a sus expectativas, el resultado serán un desplazamiento de la demanda existente hacia otros competidores, lo que permite que la acción de aquellos discipline el mercado y lleve a los proveedores a ofrecer términos más favorables o adecuados.

En segundo lugar, ya existe otra área de las normas de competencia que se encarga de la temática de un uso inadecuado del llamado poder económico en el mercado. Estas son las normas de Libre Competencia, incluidas en el Decreto Legislativo N.º 701, que, al declarar la ilegalidad de los casos de abuso de posición de dominio y de las prácticas restrictivas, aborda el tema de las eventuales distorsiones que se pueden generan en el mercado por un uso inadecuado de la situación de poder de mercado. Pretender que las normas de protección al consumidor deban cumplir el mismo rol, implicaría una duplicidad innecesaria de funciones dentro del marco económico y legal vigente y una aproximación confusa al problema.

Esto conduce a la Sala a considerar que la intervención de la Comisión se sustenta en otro problema. La protección al consumidor se basa, a criterio de la Sala, en la asimetría de información existente entre los proveedores y consumidores. Los problemas que esta legislación especial pretende enfrentar parten de la premisa que una catego-

Los problemas de información pueden a su vez, generar dos tipos de problemas. Los primeros son los problemas de información en sí misma, entendidos como los casos en que el proveedor omite u oculta brindar alguna información relevante al consumidor para poder evaluar la contratación del bien o servicio a adquirir, o para, habiéndolo adquirido, le permita un uso adecuado del mismo. Estos casos suelen estar regulados bajo el ámbito del artículo 5, inciso b del Decreto Legislativo 716¹⁴⁰.

Dentro de estos casos que se encuadran situaciones tales como ocultar el verdadero kilometraje de un automóvil por la vía de manipular el tacógrafo del mismo¹⁴¹, no informar a los pasajeros sobre atrasos en la salida de los vuelos y las causas de éstos¹⁴², la realización de extornos en la cuenta del cliente para corregir un error del banco sin informar al cliente la realización del mismo¹⁴³, el no informar a los consumidores adecuadamente sobre los riesgos en caso de robo de una tarjeta de crédito, como por ejemplo que el consumidor podría ser responsable por consumos encima de su línea de crédito¹⁴⁴, entre otros.

Al otro lado se encuentran los llamados casos de idoneidad, que suelen enmarcarse bajo la aplicación del artículo 8 del Decreto Legislativo 716¹⁴⁵. En ellos se sanciona a aquellas empresas que no ofrecieron bienes o servicios idóneos dentro de lo que hubiera esperado recibir un consumidor razonable. Por idoneidad se entiende, como veremos más adelante, la ade-

ría de agentes económicos —los proveedores— se encuentra en una posición ventajosa frente a la otra —los consumidores o usuarios— como resultado de su capacidad para adquirir y procesar información, consecuencia a su experiencia en el mercado y a su situación frente al proceso productivo».

140. Artículo 5 inciso b) derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

141. Resolución N° 072-97/TDC (Antonio Márquez vs. Abical Motors) de fecha 19 de marzo de 1997.

142. Resolución N° 130-1998/TDC (Oficio vs. Aerocontinente) de fecha 15 de mayo de 1998.

143. Resolución N° 077-1999/TDC (Rafael Delgado vs. Banco Wiese) de fecha 3 de marzo de 1999.

144. Resolución N° 167-1999/TDC (Edith Y. Espejo vs. Banco Santander) de fecha 12 de mayo de 1999.

145. Artículo 8.- Responsabilidad de los proveedores. Los proveedores son responsables además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde.

cuación entre lo que un consumidor razonable esperaría recibir y lo que recibe en realidad en la transacción de consumo, dadas las circunstancias.

Dentro de estos casos podemos citar situaciones tales como el no cumplimiento de los plazos pactados para la entrega de muebles de cocina¹⁴⁶, errores de tipeo en el número de leucocitos colocados en un examen de laboratorio¹⁴⁷, el no otorgar los títulos ofrecidos a un grupo de alumnos de una universidad porque recién dos años después de haber estado estudiando, la universidad decide cambiar los requisitos para otorgar dichos títulos¹⁴⁸, el no ofrecer a los consumidores un transporte seguro al haber ocasionado un accidente en el que fallecieron y resultaron heridos numerosos pasajeros¹⁴⁹, las demoras excesivas en la entrega de vehículos, tarjetas de propiedad y placas de los mismos¹⁵⁰, o el no velar porque en un local se respeten las reglas de aforo máximo según la capacidad y recibir exceso de personas poniendo en riesgo la seguridad¹⁵¹.

Una primera impresión podría llevar a pensar que los casos de idoneidad no tendrían nada que ver con información, pero ello no es exacto. Si uno parte que el proveedor suele tener mayor información, podrá advertir que se encuentra en mejor posición para tomar precauciones sobre en qué condiciones puede ofrecer un bien o servicio idóneo. Si él diseña el bien o servicio y finalmente lo suministra, la información con que cuenta le permite saber qué medidas debe adoptar para ofrecer lo que el consumidor razonable esperaría, dadas las circunstancias.

Así, uno puede conseguir un efecto similar obligando al proveedor a informar todo lo que el bien o servicio es, o simplemente haciéndolo responsable por lo que es, sin importar si lo informó o no. Lo primero es abordar el problema como una infracción de información, y el segundo como un problema de idoneidad.

Ambas infracciones pueden ser las dos caras de una moneda. Uno puede hacer a una aerolínea responsable por no haber informado que perdería

146. Resolución N° 120-1998/TDC (De oficio contra Gasayo) de fecha 6 de mayo de 1998.

147. Resolución N° 170-1998/TDC (Jorge Guimet contra Clínica Ricardo Palma y José Chavez) de fecha 24 de junio de 1998.

148. Resolución N° 186-1998/TDC (Cecilia Iparraguirre y otros contra Universidad Garcilazo de la Vega) de fecha 8 de julio de 1998.

149. Resolución N° 221-1998/TDC (De oficio contra Civa) de fecha 19 de agosto de 1998.

150. Resolución N° 222-1998/TDC (De oficio contra Abical Motors) de fecha 21 de agosto de 1998.

151. Resolución N° 0294-2005/TDC-INDECOPI (Ralp Robilliard D'onofrio y otros contra Dinoprox) de fecha 11 de Marzo del 2005.

una maleta o simplemente por haberla perdido, sin perjuicio de si suministró o no la información relevante, para usar un caso extremo. Se puede sancionar a una compañía de seguro porque no informó sobre una exclusión de cobertura o simplemente porque al no haber brindado la cobertura en este supuesto, el servicio que brindó no fue idóneo. Y es que si uno asume, como ha hecho la jurisprudencia peruana, que idóneo es lo que el consumidor razonable espera, y uno espera lo que sabe del producto en base a la información que tenía disponible, descubrirá que la diferencia entre información e idoneidad es más instrumental que una diferencia en el problema mismo¹⁵².

El examen de idoneidad suele ser considerado más efectivo que el examen de falta de información, y ello ha influido en un paulatino cambio de peso en la técnica de solución de problemas por el INDECOPI, que en sus inicios, en la primera mitad de la década de los 90, privilegiaba el análisis de información y hoy privilegia el análisis de idoneidad.

Quizás la principal razón de este cambio de peso específico es la mayor efectividad de la regla de idoneidad. Ello porque la regla de información exige demostrar que el proveedor conocía algo que no informó, lo que en muchos casos hace onerosa o hasta ridícula la prueba. Suena forzado exigirle a un proveedor que haya tenido que informar que iba a perder la maleta de un pasajero. En ocasiones un riesgo de un medicamento no era conocido cuando se puso el mismo en el mercado, por lo que no se le puede exigir al proveedor que informe lo que no sabe.

Por el contrario el análisis de idoneidad no enfrenta esos problemas. Si bien se basa en la misma idea de asimetría informativa, lo hace no partiendo de la idea de quien cuenta con mejor información, sino también de quien está en mejor posición de contar con la misma¹⁵³. Quizás el provee-

152. Sobre este particular es interesante leer la posición de ATIYHA («An Introduction to the Law of Contracts», pp. 269-270) en el que claramente distingue estas dos técnicas para lidiar con el mismo problema. Así, compara la obligación de informar con la obligación de responder por términos implícitos, que es básicamente el uso de la técnica de la idoneidad. Así, señala que en muchos sistemas «...se ha creado indirectamente una excepción a la regla de no suministro de información, o quizás más exactamente la regla señalada ha sido «bypaseada», por la imposición en una de las partes de responder por un estado de hechos, independientemente de su conocimiento de dicho estado. Así, en la mayoría de los contratos de venta de bienes, el vendedor es responsable de los bienes que no cumplen con la garantía de mercantilidad (léase idoneidad), por lo que una obligación de informar los defectos del bien resulta innecesaria.»

153. Esta es una simple aplicación del principio de «the cheapest cost avoider» o más barato evitador del riesgo que utiliza Guido CALABRESI. Para tal efecto revisar Guido CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Editorial Ariel S.A.; Barcelona. 349 p.

dor desconocía que la maleta se iba a perder o que el medicamento tenía un efecto secundario no deseado, pero en ambos casos estaba en mejor situación de evaluar los riesgos y tomar las medidas para evitarlos, por su propio manejo del proceso productivo y la información que tal posición le permite obtener, si uno compara esa posición con la que ocupa el consumidor en el mercado.

Sin embargo es evidente la relación que ello tiene con obligaciones de informar. Si se detecta un efecto secundario en un medicamento (por ejemplo es riesgoso para quienes tengan presión alta) el proveedor puede liberarse de responsabilidad si informa de dicho hecho a los consumidores por medio de advertencias adecuadas que el producto no es recomendable para quienes tengan presión alta.

XX. EL CONSUMIDOR RAZONABLE.

Todo esto conduce, dentro de las premisas inicialmente señaladas, a que el esquema de protección al consumidor se centre en la idea de proteger a consumidores razonables, entendiendo por consumidor razonable a aquel que actúa con la diligencia ordinaria que es esperable en ciertas circunstancias.

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.

Por ejemplo, un consumidor razonable esperaría que si compra un pasaje aéreo, el servicio sea brindado por una aeronave comercial y no por una aeronave militar¹⁵⁴, o que si no se ha fijado un plazo para la entrega de la tarjeta de propiedad de un automóvil, esta se realiza en un plazo prudencial¹⁵⁵.

La lógica de este concepto, que ha generado diversas críticas, y cuestionamientos, es en realidad bastante sencilla. Los problemas de consumidores recibiendo algo distinto a lo que deseaban tienen básicamente dos fuentes: una es la falta de información de los proveedores, pero la otra es la falta de diligencia de los propios consumidores. De la misma manera como los atropellos dependen de cómo manejan los conductores de vehícu-

154. Resolución N° 130-1997/TDC (De oficio contra Expreso Aéreo y Kinyo Travel Service S.A.) de fecha 21 de mayo de 1997.

155. Resolución N° 222-1998/TDC (De oficio contra Abical Motors) de fecha 21 de agosto de 1998.

los pero también de cómo se comportan los peatones, los problemas de consumo dependen de ambas partes en la relación.

Queremos conductores cuidadosos, pero también peatones cuidadosos. Queremos también proveedores y consumidores cuidadosos, que se informen y tomen precauciones adecuadas.

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 brindado por los proveedores. 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 razonables 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, etc.) 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 más elevados. Es decir, habría más errores por parte de los consumidores.

Asumir otros estándares, como por ejemplo el de consumidor medio o promedio, nos llevaría a que renunciáramos a tener mejores consumidores. Si uno quisiera evitar accidentes de tránsito por parte de los chóferes de «combis» evidentemente no usaría como principio de responsabilidad el del chofer promedio de «combi» El resultado sería más accidentes que los deseables.

De la misma manera, si el consumidor promedio no leyera lo que firma, y se le protegiera, entonces no habrá incentivos para leer lo que uno firma, a pesar que ello sería deseable en términos de mejorar el buen funcionamiento de las relaciones de consumo. Leer tiene un costo en tiempo y recursos para el consumidor. A través de la lectura se pueden evitar errores que lleven a transacciones ineficientes o poco justas. Pero si el consumidor promedio no lee, entonces el proveedor será responsable sin importar si el consumidor tuvo al frente un documento que le informaba de cierto riesgo o de determinada condición contractual. Por otra parte, los consumidores que leen no ganarían nada, pues igual estarían protegidos así no leyeran. El resultado es que aquellos problemas que el proveedor podría resolver a bajo costo, informándolos por escrito al consumidor, no podrán ser resueltos por esa vía porque la autoridad no considerará ese aspecto

para liberar de responsabilidad al proveedor. Por ello el costo del problema será trasladado el precio. El resultado final es consumidores poco diligentes a precios mayores de los productos y servicios involucrados, es decir el peor de los mundos. Si es razonable leer lo que se firma, entonces no se puede amparar al que no quiso leer. Así, de la misma manera como el derecho común solo protege al hombre razonable, el derecho de los consumidores solo debe proteger a los consumidores que sean razonables.

Este criterio no solo 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 un consumidor) razonable.

Un caso que ayuda a comprender el problema y que se presentó en INDECOPI es el de Henri Van Hasselt Dávila vs. Bancosur¹⁵⁶. En él el Sr. Van Hasselt adquirió un automóvil a crédito, por lo que obtuvo un préstamo de Bancosur. En el contrato se establecían claramente las condiciones del préstamo, entre las que se incluían los mecanismos a seguir para efectuar un prepago.

El Sr. Van Hasselt sin embargo, como consecuencia de no leer el contrato, siguió un procedimiento distinto, pues creyó que bastaba depositar el dinero en su cuenta corriente para que el prepago ocurriera automáticamente. Luego, cuando descubrió que el Banco no había considerado sus depósitos como prepago (porque el contrato exigía para ello que los pagos anticipados podrían efectuarse recién a partir de la tercera cuota, siempre que dicha decisión fuese comunicada al Banco de manera expresa) pretendió que se sancionara al Banco por falta de idoneidad del servicio. Ello a pesar que no había leído el contrato, no había exigido copia del mismo, no había leído los estados de cuenta en los que se indicaba que no se habían efectuado prepagos durante varios meses y que el sistema de prepago que él consideraba debía efectuar no se ajustaba a los usos y estándares comerciales usuales en ese tipo de operaciones de crédito.

El Tribunal del INDECOPI estableció:

«Es responsabilidad del consumidor leer adecuadamente el contenido de los contratos que suscribe, toda vez que éste determina los alcances de los derechos y obligaciones que asumen ambas partes. La Sala no ampara la negligencia en que pudiese haber incurrido el consumidor que no leyó adecuadamente los términos del contrato que ha suscrito. Así, la firma del

156. Resolución N° 179-1999/TDC de fecha 21 de mayo de 1999.

señor Van Hasselt en el contrato de crédito automotriz implicaba la aceptación y el conocimiento de todas y cada una de las cláusulas que contenía, incluida la cláusula séptima previamente citada. En este orden de ideas, debe presumirse que el denunciante estaba al tanto del procedimiento establecido por el Banco para la realización de pagos anticipados.»

Se consideró que el Sr. Van Hasselt no había sido un consumidor razonable, y por tanto no era digno de protección por la negligencia con la que había actuado.

Si el caso hubiera sido resuelto de manera distinta, entonces el Banco no hubiera podido informar el sistema de prepago y hubiera tenido que aceptar como prepago cualquier cosa que el consumidor hubiera considerado tenía esa condición. Ello, evidentemente, hubiera elevado el costo del crédito para los consumidores, incluidos aquellos que sí tuvieron el cuidado de informarse y leer el contrato.

Muchas veces se critica que el estándar de consumidor razonable puede ser irreal. La afirmación puede ser correcta, pero equivoca la función del estándar. No se protege a los consumidores razonables porque se considere que la mayoría de los consumidores lo sean. Se les protege porque es un estándar diseñado a incentivar conductas consideradas adecuadas. El chofer razonable de «combis» quizás no exista, pero esa no es razón para usar un chofer de combi promedio para establecer un principio de responsabilidad.

XXI. PRIVILEGIO DE LA ACCIÓN *EX POST* SOBRE LA ACCIÓN *EX ANTE*.

Hay otra característica importante que marca el sistema de protección al consumidor en el Perú, y en particular la acción del INDECOPI, en comparación a otras experiencias históricas. Esto es el privilegio de las acciones *ex ante* sobre las acciones *ex post*.

Por acciones *ex ante* se entiende aquellas que toma el Estado antes de que un problema ocurra, a fin de prevenir precisamente su ocurrencia. Ejemplos de ello son los sistemas de control de precios, control de calidad, normas técnicas obligatorias, aprobación previa de condiciones contractuales en contratos estándares. Por el contrario los sistemas de actuación *ex post* actúan luego de ocurrido el problema a fin de sancionar a quien ha infringido las normas o resultados que la Ley persigue.

Dentro de ese marco se ha considerado que las acciones *ex post* son más efectivas, eficientes y mejores para las empresas y para los consumidores. Las acciones *ex ante* establecen controles y barreras de acceso al mercado que, además de reducir la competencia al elevar los costos de acceso al

mercado, elevan los precios al implicar mayores costos para las empresas que a su vez son trasladados a los consumidores. Adicionalmente reducen las opciones de los consumidores para elegir determinadas calidades u opciones de productos o diversas combinaciones precio-calidad. Así cuando el Estado establece un estándar mínimo de calidad para, por ejemplo, zapatillas, impide a los consumidores poder optar por zapatillas de inferior calidad pero a precios más accesibles. Los controles previos, al basarse en discrecionalidad administrativa, perjudican a los consumidores por que reduce su capacidad de elegir, y al hacerlo los empobrece. Esto sin considerar que los controles previos elevan el costo de actuación del Estado al exigir aparatos administrativos más complejos y grandes y fomentan la corrupción y el mercantilismo, al dar discrecionalidad a la administración pública sobre qué debe y qué no debe entrar en el mercado.

En esta línea el sistema peruano considera que los controles posteriores, basados en análisis de información y en las propias decisiones de los consumidores, se condicen con la idea del respeto del principio de soberanía del consumidor y con el desarrollo de un sistema orientado a corregir los problemas generados por la asimetría informativa que se presenta en las relaciones de consumo.

XXII.¿QUIÉN ES CONSIDERADO CONSUMIDOR PARA LA LEY?

No todo consumidor, en sentido lato, está protegido por las normas de protección al consumidor. Siguiendo la línea recogida por regímenes de protección al consumidor en todo el mundo, la legislación peruana se limita a contemplar dentro de sus disposiciones a los destinatarios finales de los bienes y servicios. Así lo establece el artículo 3, inciso a del Decreto Legislativo 716¹⁵⁷.

No basta ser el adquirente de un bien o servicio para ser considerado consumidor. Es necesario que se trate de lo que se llama «consumidor final», y que la jurisprudencia administrativa del INDECOPI entendió como aquel consumidor que adquiere o usa el bien para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. Sin embargo este concepto ha sido cambiado recientemente creando una regla bastante compleja y tan difícil de aplicar que en lo hechos no se está aplicando por el mismo Tribunal que la dio.

157. Artículo 3.- Definición. Para los efectos de esta ley, se entiende por:

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

El primer precedente de observancia obligatoria que toco el tema fue definido en el caso Cheenyi E.I.R.L. vs. Konica¹⁵⁸, en el que una empresa (Cheenyi) dedicada a la importación, distribución, comercialización y venta al por mayor de productos alimenticios y similares, adquirió de Konica un laboratorio fotográfico para brindar el servicio de revelado de fotografías en su establecimiento. Sin embargo la máquina presentó averías que no le permitieron funcionar adecuadamente. La Comisión de Protección al Consumidor, y posteriormente el Tribunal, por medio de un precedente de observancia obligatoria, establecieron que la empresa no se configuraba como un consumidor final, por lo que correspondía declarar improcedente la denuncia. Así se dijo:

«Se considera como consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3 del Decreto legislativo N.º 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.»

Así quedaron excluidos de las normas de protección al consumidor aquellos casos en los que empresas adquieren bienes o servicios para destinarlos a actividades vinculadas con su calidad de proveedoras. Estos criterios no excluían que una persona jurídica pueda ser un consumidor final, pero lo condiciona a actividades distintas a la incorporación a su proceso productivo de dichos bienes o servicios. Así, el Tribunal del INDECOPI estableció en el caso bajo comentario, lo siguiente:

«También debe tenerse cuidado con los casos de empresas o comerciantes que adquieren, utilizan o disfrutan bienes o servicios que no incorporan al desarrollo de su actividad como proveedores. Aquí el principio base, entendido como que las normas de protección al consumidor persiguen corregir los casos de asimetría informativa, debe ser usado como principio guía a fin de establecer si estamos o no ante un caso de destinatario final. La contratación de un servicio de comida para la celebración navideña de una empresa en la que los asistentes resultan intoxicados, podría ser un caso límite que justifique la aplicación de las normas de protección al consumidor.»

158. Resolución N° 101-96-TDC/INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996.

Para hacer estas diferenciaciones e interpretaciones el INDECOPI analizó el problema y las posibilidades que se den interpretaciones distintas al problema del destinatario final. Por ejemplo se discutió si el carácter de destinatario final podía alcanzar la adquisición de bienes o contratación de servicios que no iban a ser, en estricto revendidos por la empresa que los adquiriría. Así, el Tribunal realizó respecto a esa posibilidad, el siguiente análisis:

«Una primera interpretación posible es que destinatario final es quien adquiere, utiliza o disfruta de manera directa el bien o servicio de acuerdo a la finalidad para la que fue fabricado o prestado. Así, no será destinatario final quien compra un conjunto de trajes a una empresa textil para venderlos en la tienda de su propiedad, porque en sentido estricto no es su destinatario final, pero sí lo sería una empresa que compra una caldera para desarrollar su proceso productivo en cuanto ella es la que la utiliza de manera directa para el desarrollo de su proceso productivo.

La Sala considera que dicha interpretación, excesivamente literal, va contra el espíritu de la Ley. No habría razón para distinguir el caso de los trajes del de la caldera. En ambos ejemplos, quien adquiere el bien es un comprador especializado, es decir alguien que desarrolla una actividad económica vinculada directamente al bien o servicio que adquiere. Las tiendas de ropa no se encuentran, en términos de asimetría informativa, en una situación distinta a aquella en la que se encuentra la empresa que compra la caldera para incorporarla en su proceso productivo. En ambos casos la competitividad de los adquirentes debe sustentarse, entre otras razones, en su capacidad para adquirir, procesar y utilizar información relevante de manera adecuada.

La Ley de Protección al Consumidor brinda un nivel de protección especial, bajo el supuesto precisamente que los consumidores (de los que habla la Ley), si bien lógicamente debe, por ejemplo, informarse en la medida de lo posible sobre lo que adquieren, no se desenvuelven en ese contexto de competitividad, en el que se deben lograr niveles de eficiencia en una serie de actividades, entre ellas, la adquisición de bienes. Como ya se ha dicho, éste es más bien el caso de las empresas en su función productiva. La eficiencia que logren las empresas, por demás, genera beneficios para la sociedad en su conjunto. Si bien todo agente económico debe tener la posibilidad de defender sus derechos, esta categoría especial de protección está exclusivamente pensada para los consumidores (tal como los define la Ley). Esta protección aplicada a todos los agentes económicos por igual podría incluso implicar que la Comisión de Protección al Consumidor asuma un rol que de alguna manera reduzca los incentivos que este otro tipo de compradores (los proveedores) tienen para comportarse con la mayor eficiencia en el mercado.

En este orden de ideas, la Sala considera que el consumidor que la Ley de Protección al Consumidor ampara es más bien el que ocupa el último eslabón de la cadena 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 ese contexto, en principio, no le es exigible a quien adquiere, utiliza o disfruta un bien o servicio la diligencia propia del proveedor sino únicamente la que le corresponde como un consumidor razonable.

Esto significa que dicha persona, para ser considerado consumidor o usuario, debe destinar el producto o servicio a un uso distinto al que le daría un proveedor. Su adquisición, uso o disfrute no debe estar dirigido a la realización o al soporte de actividades de fabricación, elaboración, manipulación, acondicionamiento, mezcla, envasado, almacenamiento, preparación, expendio, suministro o prestación, propias de un proveedor. Esto implica que no pueden ser considerados consumidores o usuarios para efecto de la Ley, los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan un bien o servicio para el desarrollo de sus actividades como tales, pues en tal circunstancia, la persona no adquiere, utiliza o disfruta un bien o servicio como el último eslabón de la cadena producción-consumo, dado que su consumo agota el bien o servicio, sustrayéndolo de la actividad económica comercial o industrial.

Debe tenerse cuidado, sin embargo, de no interpretar este principio de manera excesivamente amplia. La adquisición de un bien de capital (por ejemplo una maquinaria industrial) o la contratación de un servicio (vigilancia o crédito bancario) por parte de un proveedor no lo lleva a que pueda ser considerado como consumidor o usuario de dicho bien o de dicho servicio. Si bien el bien o el servicio correspondiente parecería agotarse en el uso que le da la empresa, ello no es así.

El activo fijo se deprecia con su uso, uso que está destinado a producir otros bienes o servicios, a los que va paulatinamente trasladando su valor, y que sí pueden estar dirigidos a satisfacer necesidades de destinatarios finales. Si la caldera de nuestro ejemplo se emplea para fabricar alimentos, su uso no agota su valor, sólo lo transforma en nuevos bienes que sí se agotarán en su uso y saldrán del circuito económico con su consumo por los consumidores o usuarios.»

Bajo tal precedente se declararon como improcedentes numerosos casos en que no se considera que exista destinatario final del bien o servicio, en un caso, el elevador y la lavadora de vehículos materia de denuncia fue adquirida por la denunciante para brindar el servicio de lavado de vehículos, es decir, para el desarrollo de fines propios de su actividad como proveedor. Así, dicha maquinaria se incorporó al proceso económico para permitir prestar un servicio. Por tanto, la denunciante no pudo ser

considerada como destinatario final para efectos de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor»¹⁵⁹.

En otro caso quedó acreditado que el denunciante adquirió un auto para prestar servicios de taxi, siendo que además trabajaba para la empresa Taxi Real. En ese sentido, la Sala consideró que el denunciante prestaba un servicio en forma habitual a los consumidores, actividad que encajaría en la definición contenida en los artículos 1 y 3 inciso b.4) del Decreto Legislativo 716 —es decir, que se trata de un proveedor, más específicamente, un prestador—. Así, dicho auto se incorporaría al proceso económico para permitir prestar un servicio, no pudiendo considerarse al denunciante como destinatario final para efectos de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor¹⁶⁰.

En otro caso quedó acreditado que el denunciante adquirió de la empresa Aisoft siete programas de computación y el servicio de la denunciada correspondiente a otros 7 programas más para introducirlos en la actividad económica que realiza. En ese sentido, el consumo de la empresa Prosac no ha agotado los productos y servicios adquiridos, al haberlos incorporado a su actividad como proveedor. En esa medida, la denunciante no constituía el último eslabón en la cadena producción-consumo, por lo que se declaró que no se encuentra dentro del marco de protección de la Ley de Protección al Consumidor¹⁶¹.

Otro ejemplo fue un caso en el que la denunciante era titular de un establecimiento abierto al público, el Hostal San Antonio Abad. En este establecimiento, la denunciante presta servicios de hospedaje y hotelería en general, dentro de los cuales se encuentra el servicio de lavado de ropa de los huéspedes del hostal, así como el lavado de manteles y sábanas. Dicha actividad haría que la situación de la denunciante encaje en la definición contenida en los artículos 1 y 3, inciso b.4) del Decreto Legislativo 716 —es decir, que pueda ser considerada un proveedor, más específicamente como un prestador—. La lavadora objeto de la denuncia habría sido adquirida por la denunciante para brindar los servicios antes descritos, es decir, para el desarrollo de fines propios de su actividad como proveedor. Así, dicha lavadora se incorporaría al proceso económico para permitir prestar un servicio. Por

159. Resolución N° 001-1997/TDC (Inmobiliaria Suiza vs. Braillard) de fecha 3 de enero de 1997.

160. Resolución N.º 196-1997/TDC (Filiberto Nureña vs. Cedeja Motors) de fecha 1 de agosto de 1998.

161. Resolución N.º 197-1999/TDC (Prosac S.A. vs. Aisoft del Perú) de fecha 2 de junio de 1999.

tanto, la denunciante no puede ser considerada como destinatario final para efectos de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor¹⁶².

Sin duda los criterios enunciados planteaban varios retos complejos, como es el caso de bienes y servicios adquiridos para ser incorporados a usos mixtos, es decir como proveedor y como consumidor final. En estos casos el INDECOPI se inclinó a analizar cada caso, considerando, en caso de duda, que estamos frente a un consumidor final. Así, en el caso en el que se estableció el precedente que comentamos, la Sala estableció lo siguiente:

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

Por otra parte no era requisito para ser considerado consumidor ser el adquirente del bien o contratante del servicio. Podía ser considerado consumidor aquel que disfruta o usa de los mismos, como sería el caso de la familia del comprador. Así los términos «utilizan o disfrutan» en el artículo 3, inciso a del Decreto Legislativo 716 ha sido interpretado en el sentido de ampliar el concepto de consumidor a personas que no necesariamente adquirieron o contrataron el bien o servicio. Así, en *Cheenyi vs. Konica*¹⁶³ se estableció el siguiente principio:

«En lo concerniente a la primera condición, cabe destacar que el ámbito de protección del Decreto Ley N° 716 no se encuentra restringido exclusivamente a los compradores o contratantes de un producto o servicio. Una persona puede entrar en contacto con un bien o un servicio de muchas maneras sin necesariamente haberlo adquirido directamente como propietario o sin que incluso medie una relación contractual con el proveedor. Así, por ejemplo, una persona puede recibir prestado o regalado un producto de quien lo adquirió, que posteriormente resulte defectuoso. Lo mismo ocurriría con el caso del padre que compra juguetes para sus hijos. Si bien los hijos no son parte de la relación contractual con el

162. Resolución N.º 004-1997/TDC (*Inversiones San Antonio vs. Representaciones y Distribuciones Americanas S.A.*) de fecha 3 de enero de 1997.

163. Resolución N° 101-96-TDC/INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996.

proveedor, sí son consumidores de los juguetes. Nada justifica distinguir estos supuestos del de un consumidor-comprador.

De acuerdo a la segunda condición, conforme se señalara anteriormente, no basta que una persona adquiera, utilice o disfrute un producto o un servicio, para que ésta sea considerada consumidor. Para ello, será además necesario que esa persona sea destinatario final de los mismos. Esto implica identificar qué personas jurídicas o naturales pueden ser considerados consumidores de acuerdo a la Ley.»

Un caso más complejo y discutible es el de la empresa que adquiere un bien para entregárselo a un ejecutivo para que este lo use para fines personales. En tal situación se consideró que el bien estaba destinado al uso familiar o personal del consumidor y por tanto era consumidor final.

El fundamento de estos principios se encuentra en la misma idea de asimetría informativa antes señalada. En realidad la existencia de un régimen especial y que crea una excepción al régimen contractual común, se sustenta precisamente en diferencias de información entre proveedores y consumidores. Pero en operaciones comerciales entre empresas tal diferencia no suele existir, o de existir no reúne las condiciones de diferencia que se aprecian en las relaciones con los llamados consumidores finales. No es, además, un análisis que se hace en concreto, según la situación de cada consumidor y proveedor específico, sino un análisis en abstracto, es decir un análisis que comprende categorías y no individuos. El precedente anterior consideraba que en otro tipo de relaciones la capacidad de adquirir y procesar información es parte de las ventajas competitivas que las empresas deben desarrollar para ser eficientes y que por tanto, la intervención del Estado en esos campos puede estar distorsionando la competencia, antes que promoviéndola. Así, en el caso *Chenyi vs. Konica*¹⁶⁴ que venimos analizando, el Tribunal del INDECOPI señaló en este respecto:

«Este tipo de problemas se podrían presentar en casi cualquier relación contractual, pues siempre es posible identificar que alguna de las partes se encontraba en mejor situación que la otra para conocer la información relevante o tomar las precauciones necesarias. Sin embargo, como veremos más adelante, para identificar los sujetos que potencialmente puede tutelar, las normas de protección al consumidor no hacen un análisis caso por caso, sino por categoría; esto es, identifican una categoría (los proveedores) que, frente a la otra (los consumidores), tiene una posición de ventaja en cuanto al manejo de la información relevante, a fin de atribuirle las obligaciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 716.

164. Resolución N° 101-96-TDC/INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996.

En este sentido, la Ley presume que los proveedores de bienes y servicios, gracias a su organización empresarial y a su experiencia en el mercado, suelen adquirir y utilizar de mejor manera que los consumidores la información relevante sobre las materias primas, diseño del bien, forma de producción, condiciones de comercialización y otros factores involucrados en sus procesos productivos y de comercialización. Bajo tal supuesto, la racionalidad de las normas de protección al consumidor se orienta a proteger a los consumidores, como categoría genérica, de la asimetría informativa en que suelen encontrarse dentro del mercado. De ahí la importancia y relevancia de definir claramente qué se entiende por consumidor o usuario, evitando que se incluyan dentro del esquema especial de la Ley categorías de sujetos para las cuales no está prevista la protección de la misma.

De esta manera, el análisis para determinar qué debe entenderse por consumidor o usuario debe efectuarse por categorías, no caso por caso. Pueden presentarse situaciones en que una de las partes se encuentre en una situación de asimetría real. Pero ello no es suficiente para que las normas de protección al consumidor lo tutelen. Así, el hecho que una empresa compre por primera vez una caldera puede implicar que en los hechos aquella tenga poca información y experiencia en este tipo de operaciones. Pero esa asimetría no es del tipo de la de la que concierne a la legislación de protección al consumidor. Esa empresa requiere manejar esa información para desarrollar su actividad eficientemente, y en todo caso, cualquier problema debería ser resuelto acudiendo a las vías ordinarias, como se verá más adelante.

Por el contrario, un médico puede tener mejor información que una farmacia cuando adquiere una medicina, precisamente por su conocimiento profesional. Pero siendo que el análisis debe ser hecho por categorías, si éste adquiere el medicamento para su propio consumo, formará parte de la categoría de consumidor o usuario y podrá presentar una denuncia amparando sus intereses por medio del Decreto Legislativo N° 716, aunque en definitiva, luego podría declararse infundada la denuncia porque en el caso específico no hubo infracción a la Ley.»

Como se puede apreciar no es la asimetría en concreto la que ayuda a hacer la distinción, sino la asimetría considerada en abstracto, identificando las categorías entre las cuales la distinción es relevante e inspira la regulación contenida en la Ley de Protección al Consumidor.

Los criterios señalados han sido modificados por otro precedente, el que si bien parte de la base del citado, intenta incorporar, de manera confusa, equívoca y virtualmente inaplicable, a las pequeñas empresas y a ciertas situaciones bajo el ámbito de la Ley.

Como habíamos dicho, la lógica de la normatividad de protección al consumidor es proteger únicamente a la categoría de agentes (consumidores) que no tienen la capacidad adecuada de procesar y utilizar la información disponible en el mercado y que por lo tanto se encuentran en una situación de marcada asimetría informativa severa en relación a otra categoría de agentes (proveedores) que, por su experiencia en el mercado, procesan y utilizan la información disponible en el mercado de manera profesional y especializada.

Así, una persona natural que solicite un crédito hipotecario para adquirir su vivienda, se considera que lo hace como destinatario final del servicio de crédito. Tal persona no utiliza la línea de crédito como eslabón intermedio en la cadena productiva (es decir, para llevar a cabo un proceso productivo o transformador de insumos en productos finales) sino como eslabón final de la cadena productiva. En consecuencia, tal persona natural será considerada consumidor para la Ley de Protección al Consumidor.

El nuevo precedente fue aprobado en el caso Reynaldo Moquillaza S.R.L. contra Milne, mediante Resolución No. 422-2003/TDC-INDECOPI¹⁶⁵. En el caso, una empresa de propiedad del Sr. Moquillaza compró un vehículo para ser usado por el referido Sr. Moquillaza para sus labores pero también su uso personal. Según el precedente anterior el caso hubiera caído bajo la Ley porque el usuario final lo usaba para su uso personal y familiar, sin perjuicio que el adquirente fuese una empresa. Recordemos que se interpreta que consumidor no es solo el adquirente, sino quien usa el bien o servicio en su provecho. Sin embargo el Tribunal decidió complicar el análisis e igual cambiar el criterio anterior para buscar una puerta de entrada distinta a la que ya existía.

El nuevo precedente señaló:

«Se considera como consumidor, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 3 del Decreto Legislativo No. 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto, ya sea un bien o servicio, para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato».

En este aspecto el precedente no difiere del anterior que modifica. La idea central es que las personas naturales, cuando no realizan actividad empresarial pero contratan en el mercado para satisfacer necesidades personales o familiares, se considera que no manejan la información disponible en el mercado de manera profesional. Por ello, son consideradas consumi-

165. De fecha 3 de octubre del 2003.

dores para la Ley y merecen protección. Y en el caso de las personas jurídicas, la idea central es que si no tienen fin de lucro, se considera que no manejan la información disponible en el mercado de manera profesional y como consecuencia de ello son consideradas consumidores para la Ley de Protección al Consumidor y merecen protección. En esto se pronuncian en un aspecto que no era tocado por el precedente anterior.

Sin embargo, el precedente también establece lo siguiente:

«Las personas naturales o 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 acuerdo con el precedente, existe una nueva categoría de consumidor que goza de la protección de la Ley de Protección al Consumidor, al cual llamaremos «consumidor-empresa». Son dos los requisitos para calificar como consumidor-empresa: (a) Calificar como «pequeño empresario»; (b) Que dadas las circunstancias, no sea razonable exigir un manejo profesional de la información que existe en el mercado sobre el bien o servicio materia del contrato específico del cual se trate.

En este cambio el nuevo precedente parte de dos ideas a nuestro entender equivocadas. La primera es considerar que las pequeñas empresas deben mantenerse como tales y que por tanto merecen una protección particular para ser competitivas. Por ello no se les puede exigir ser igual de eficientes que una gran empresa. Así se les premia por ser ineficientes para manejar información o alcanzar economías de escala. En segundo lugar entra a un análisis en concreto, analizando caso por caso si en la realidad la empresa enfrenta o no asimetrías. Veamos como funcionan los requisitos señalados.

De acuerdo con la Resolución que aprueba el Precedente, se consideran «pequeños empresarios» aquellas personas naturales o jurídicas comprendidas dentro del ámbito de la Ley No. 28015 - Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (MYPE). El artículo 2 de dicha Ley define el concepto de MYPE de la siguiente manera:

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

La definición precisa que no importa que la empresa haya sido constituida como Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Sociedad Anónima Cerrada, o Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, por mencionar sólo algunas formas empresariales; lo que importa es que la empresa cumpla con los criterios cuantitativos para calificar como MYPE, los mismos que son objetivos. En tal sentido, el artículo 3 de la Ley No. 28015 establece que las MYPE deben reunir las siguientes características concurrentes:

- «a) El número total de trabajadores:
 - La microempresa abarca de uno (1) hasta diez (10) trabajadores inclusive.
 - La pequeña empresa abarca de uno (1) hasta cincuenta (50) trabajadores inclusive.
- b) Niveles de ventas anuales:
 - La microempresa: hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias - UIT.
 - La pequeña empresa: a partir del monto máximo señalado para las microempresas y hasta 850 Unidades Impositivas Tributarias - UIT.»¹⁶⁶

En conclusión, son consumidores de acuerdo al nuevo precedente, aquellas personas naturales o jurídicas que califiquen objetivamente como MYPE de acuerdo a los requisitos cuantitativos fijados por la Ley No. 28015.

En la Resolución que aprueba el precedente, se establecen cuatro categorías de contratos en los que puede participar una MYPE, y en los que, de antemano, el INDECOPI ha decidido sobre la razonabilidad de considerar si la MYPE cuenta o no con conocimientos especializados, y que por ello, *a priori*, merece o no merece la protección de la Ley. Así, el Tribunal del INDECOPI ha establecido categorías de contratos protegidas por la LPC y categorías no protegidas.

La primera y segunda categoría de contratos son la adquisición de materia prima para el proceso productivo y la adquisición de bienes que conformarían el activo fijo de la empresa (la Resolución se refiere a «aspectos de capital» y los divide en edificaciones, maquinaria, equipos y equipos de oficina). En estos casos, no se aplica la Ley porque el Tribunal del Indecopi ha considerado que es razonable considerar que las MYPE cuentan con conocimientos especializados cuando celebran estos tipos de contratos. La única excepción son los equipos de oficina, puesto que de acuerdo con la Resolución, «...los pequeños empresarios..., por necesidades de su actividad profe-

166. El artículo 2 del Reglamento de la Ley de PYME, aprobado por Decreto Supremo No. 009-2003-TR publicado el 12 de septiembre de 2003, precisa para los fines del artículo 3º de la Ley, deben considerarse las ventas brutas anuales.

sional, se ven obligados a adquirir este tipo de bienes de los cuales no tienen ningún conocimiento o especialización distinta a la de cualquier particular». Sinceramente es difícil entender el sentido del precedente. Si la idea es diferenciar situaciones en las que las empresas tienen más experiencia, principalmente por la existencia de transacciones repetidas. Pero es muy probable que una pequeña empresa tenga mucho más experiencia comprando útiles de oficina (lo que hace todos los días) que comprando edificios o equipos. Hacer esas diferencias no tiene ningún sentido.

La tercera categoría se refiere a los contratos de servicios de mantenimiento y reparación, así como los servicios de asesoría y consultoría profesional. En estos casos, sí se aplica la Ley, ya que el Tribunal del Indecopi ha considerado que es razonable considerar que las MYPE no cuentan con conocimientos especializados cuando celebran estos tipos de contratos. ¿Por qué una empresa podría no tener familiaridad con servicios de asesoría vinculados a sus actividades? Es también difícil entender ese aspecto.

La cuarta y última categoría es la contratación de servicios en general. Al referirse a esta categoría, el Tribunal del Indecopi hace una diferencia entre servicios tradicionales (o «utilizados frecuentemente debido a las necesidades del negocio») y servicios no tradicionales (o «no utilizados frecuentemente debido a las necesidades del negocio»). Las MYPE siempre estarán comprendidas dentro de la Ley cuando contraten servicios en general, sin importar si éstos son tradicionales o no. Sin embargo, las medianas y grandes empresas solo estarán protegidas cuando contraten servicios no tradicionales.

Como ejemplo de servicios en general, el Tribunal del INDECOPI considera los servicios financieros. Como las MYPE siempre están protegidas cuando contratan servicios en general, los servicios financieros contratados por las MYPE están dentro del ámbito de la Ley de Protección al Consumidor, de acuerdo con el razonamiento del Tribunal. Adicionalmente, el Tribunal considera que los servicios financieros son servicios tradicionales. Por lo tanto, concluye que las medianas y grandes empresas no están incluidas en la Ley cuando contratan servicios financieros.

Si usted entendió el precedente lo felicito, porque sinceramente lo he leído varias veces y todavía no entiendo su lógica y razón de ser ni cómo se aplica. Y lo curioso es que ni el propio Tribunal lo entiende porque, por ejemplo, en el caso el caso de Eduardo Gálvez contra el Banco de Crédito, en el cual dicho banco otorgó un préstamo comercial (servicio financiero) a una persona natural que calificaba como microempresaria, el Tribunal del INDECOPI consideró mediante Resolución No. 442-2003/TDC-INDECOPI, que no cabía aplicar la Ley para proteger a dicha persona natural microempresaria. Esta decisión contradice la Resolución mediante la que se

aprobó el Precedente de Observancia Obligatoria, la que sostiene que los servicios financieros prestados a la microempresa están siempre incluidos dentro de la protección de la Ley. Así el Tribunal consideró que un abogado administrador de un Estudio de Abogados, que recibió un préstamo comercial en calidad de microempresario y que denunció a título personal por supuestos incumplimientos al deber de información, no podía ser considerado consumidor para los efectos de la protección brindada por la Ley.

XXIII. EL CONCEPTO DE PROVEEDOR.

Por otra parte las normas han definido como proveedor a aquellas personas naturales o jurídicas que realizan operaciones de venta de bienes o prestación de servicios de manera habitual o en establecimientos abiertos al público, tal como lo han establecido las definiciones contenidas en el inciso b del artículo 3 del Decreto Legislativo 716¹⁶⁷. No son pues proveedores aquellos que venden bienes o prestan servicios de manera ocasional, como podría ser el caso de quien vende un carro usado o una casa de su propiedad. Así, tal como se estableció en el caso *Chenenyi vs. Konica*¹⁶⁸:

«Podría decirse que existen ciertos bienes que son adquiridos por sus destinatarios finales y que no son sustraídos totalmente del circuito económico. Así, por ejemplo, una persona que adquiere un automóvil para su uso personal puede reincorporarlo al circuito económico para venderlo como un automóvil usado. Pero debe advertirse que en el uso que le dio antes de la venta, el bien no estuvo dirigido a producir nuevos bienes

167. Artículo 3 inciso 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 desarrollen 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.

168. Resolución N° 101-96-TDC/INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996.

y servicios, como sí hubiera ocurrido si el automóvil hubiera sido utilizado para prestar el servicio de alquiler de vehículos.

Por ello es importante considerar lo que establece el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 716 según el cual la Ley se aplica a todas las personas naturales o jurídicas que en establecimientos abiertos al público o en forma habitual se dedican a la producción o comercialización de bienes y servicios. Esta realización de operaciones comerciales en establecimientos abiertos al público o de manera habitual no es compatible con la situación del consumidor que vende su automóvil como usado.»

Dentro de esta línea, la misma Resolución citada estableció claramente cuándo se considera que una persona natural o jurídica se comporta como proveedor, en los términos de la Ley:

«Interpretando sistemáticamente los artículos 1 y 3 inciso b) de la Ley de Protección al Consumidor, tenemos que se considera proveedor a toda aquella persona, natural o jurídica, de Derecho público o privado, que se dedique (i) en establecimientos abiertos al público, o (ii) en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes (esto es, a la fabricación, elaboración, manipulación, acondicionamiento, mezcla, envasado, almacenamiento, preparación, expendio o suministro de bienes) o a la prestación de servicios, en el territorio nacional. A continuación, la misma Ley contiene un listado que, sin ser limitativo, define detalladamente a los distintos proveedores involucrados en la cadena producción-consumo. Cuando nos encontremos frente al caso de alguien cuya actividad encaja dentro de la definición general de proveedor (inciso b) del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 716), o las definiciones específicas de distribuidor y comerciante (b.1), productores y fabricantes (b.2) importadores (b.3) o prestadores (b.4), aquel no podrá ser considerado consumidor o usuario de los bienes o servicios que adquiere, utiliza o disfruta para el desarrollo de los fines propios de su actividad como proveedor.»

Y más adelante continúa diciendo:

«Así, basta desarrollar una actividad de producción, comercialización o prestación en un establecimiento abierto al público, sin importar que nunca antes haya realizado o recién inicie dicha actividad, para que quien adquiere, utiliza o disfruta de un bien o servicio sea considerado proveedor y por tanto se encuentre fuera del ámbito de tutela de la Ley para las operaciones que realiza para el desarrollo, de los fines propios de su actividad como tal.

En lo concerniente al segundo supuesto —el de habitualidad—, debe tenerse presente que incluso en el caso que la persona no realice sus actividades en establecimientos abiertos al público, si esta realiza la actividad de manera común y reiterada, será considerado proveedor y las

operaciones que realice para el desarrollo de sus actividades como tal se encuentran fuera de la ley. El concepto de habitualidad no está ligado a un número predeterminado de transacciones que deben realizarse para presumir la habitualidad. Por el contrario, la habitualidad a la que se refiere la Ley de Protección al Consumidor se encuentra referida al supuesto en que pueda presumirse que alguien desarrolla la actividad para continuar en ella.»

Adicionalmente la norma exige que el bien o el servicio haya sido vendido o prestado a cambio de una contraprestación. Las operaciones a título gratuito están excluidas, lo que ha sido establecido por las definiciones de productos y servicios contenidas en los incisos c y d del artículo 3 del Decreto Legislativo 716¹⁶⁹. Sin embargo si el bien o servicio suministrado gratuitamente lo es a propósito de una operación onerosa, como ocurre con ofertas, promociones o regalos vinculados a una operación de consumo específica, se considera que sí se trata de una operación de consumo y por tanto sujeta a la Ley. Así por ejemplo si el bien es un regalo entregado al consumidor a propósito de la compra de otro bien, como consecuencia de una promoción, entonces el ámbito de la ley alcanza la información y la idoneidad referidas al bien regalado.

Las razones para establecer estas reglas se refieren al mismo problema de la información asimétrica. El concepto de proveedor se vincula justamente con aquel que se encuentra, por su situación en el mercado, en mejor aptitud para contar con información relevante. Así los «proveedores ocasionales» no se encuentran en tal situación y no justifican la intervención de un sistema especial como el diseñado por el Decreto Legislativo 716.

El tipo de bienes y servicios que se encuentran bajo la competencia del INDECOPI son de los más variados e incluyen, alimentos, medicinas, educación, transporte, servicios bancarios y financieros, seguros, servicios profesionales de todo tipo, etc. Esto es sin perjuicio de que existan entes u oficinas del Estado que establezcan regulaciones específicas sobre el particular. Así se ha dictado como precedente de observancia obligatoria la Resolución N° 217-99/TDC-INDECOPI de fecha 18 de agosto de 1999 (Shirley Sánchez Cama vs. Juan Edgardo Cantuarias Pacheco y Corporación Lindley S.A.), dicho precedente establece lo siguiente:

169. Artículo 3 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. (Modificado por el artículo 18 D. Leg. N.º 807)

«Todos los proveedores en territorio nacional se encuentran sujetos al ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Legislativo N.º 716 —Ley de Protección al Consumidor—, conforme a lo señalado en el artículo 1 de dicha ley. Por otra parte, la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI es el órgano administrativo competente, a nivel nacional, para conocer los procesos referidos a las presuntas infracciones al Decreto Legislativo N.º 716 que puedan presentarse en todos los sectores de consumo, salvo la excepción establecida en «norma expresa de rango legal», conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de dicho cuerpo legal.

Por excepción establecida en «norma expresa de rango legal», únicamente pueden entenderse aquellas disposiciones contenidas en leyes, u otras normas de igual jerarquía, que señalen que una entidad administrativa, distinta a la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, será competente para sancionar las presuntas infracciones al Decreto Legislativo N.º 716 que pueden cometerse en las relaciones de consumo que se presenten en un sector específico».

El mismo principio se ha aplicado, por ejemplo, en el caso de accidentes de empresas de transporte de pasajeros, en los que se impuso sanciones al proveedor, por infringir la ley de protección al consumidor sin perjuicio de las sanciones que pudiera haber recibido por infringir las normas sectoriales que regulan la actividad¹⁷⁰.

La lógica de este principio diferencia entre la acción regulatoria *ex ante* del Estado frente a las normas de protección al consumidor, que diseñadas para actuar en las relaciones de consumo, establecen el principio de actuación *ex post*. Así por ejemplo, si un ómnibus se pasa una luz roja y sufre un accidente, es distinta la infracción administrativa cometida que el daño ocasionado al consumidor por un servicio no idóneo. Lo segundo es de clara competencia del INDECOPI.

Solo se encuentran excluidos los servicios públicos como electricidad, agua y saneamiento y telecomunicaciones, al estar sujetos a la acción de órganos reguladores específicos con normas que han determinado procedimientos e instancias especiales de reclamo y sanciones para esos casos.

XXIV.IDONEIDAD VS. INFORMACIÓN

Como se indicó en un inicio, casi todos los problemas de aplicación de las normas de protección al consumidor pueden verse resumidas en dos

170. Resolución N.º 221-1998/TDC (De oficio vs. Civa) de fecha 19 de agosto de 1998.

grandes categorías. La primera se refiere a los problemas de idoneidad, la segunda a los problemas de información.

Como ya indicamos en realidad los problemas de idoneidad y de información pueden ser considerados como las dos caras de la misma moneda. La idoneidad es la falta de coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe. Pero a su vez lo que el consumidor espera depende del nivel de información que ha recibido. Sin embargo, para efectos operativos, tanto la Ley como la jurisprudencia administrativa han hecho esfuerzos para ir forjando algunas diferencias.

Para determinar si el proveedor cumplió con sus obligaciones se construye un modelo de idoneidad, que se compara con lo que el consumidor recibió. Si lo que recibió es menos que el modelo no hay idoneidad y entonces hay responsabilidad del proveedor.

Así, se cumple el modelo de idoneidad si:

$$\begin{array}{ccc} \text{MODELO DE IDONEIDAD} & & \text{REALIDAD} \\ X+Y+Z & = & X+Y+Z \end{array}$$

Donde X, Y y Z son las características del bien o servicio.

Por el contrario, no hay idoneidad si:

$$\begin{array}{ccc} \text{MODELO DE IDONEIDAD} & & \text{REALIDAD} \\ X+Y+Z & = & X+Y+H \end{array}$$

Donde X, Y y Z son las características esperadas por el consumidor razonable del bien o servicio y X, Y y H es lo que recibió en realidad, siendo H menos que Z. En ese caso habrá incumplimiento del deber de ofrecer un bien o servicio idóneo.

En el caso *Tori vs. Kourus*¹⁷¹ se estableció el principio de garantía implícita y garantía explícita que se deriva del artículo 8 del Decreto Legislativo 716. El caso se refería a un par de zapatos adquiridos por un consumidor en el que en un plazo de apenas dos meses uno de ellos apareció con un agujero. El Tribunal del INDECOPI consideró que el referido zapato no era idóneo porque no cumplía con las garantías implícitas que se consideraba el proveedor había ofrecido, pues un consumidor razonable no esperaría que un zapato comprado en las circunstancias en que se adquirió en el caso duraría tan poco tiempo.

En dicha Resolución se establecieron tres precedentes de observancia obligatoria, dos de los cuales tienen relación directa con el tema de idoneidad que venimos analizando. Así se estableció:

171. Resolución 085-96-TDC/INDECOPI de fecha 13 de noviembre de 1996.

«a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo que esperarían un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.

b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo.»

La diferencia entre garantía implícita y garantía explícita es clara. Ambos conceptos sirven para reconstruir la expectativa del consumidor respecto de lo que esperaba recibir.

En las relaciones de consumo muchas veces es difícil determinar, según los términos contractuales, qué características y condiciones debía tener el bien o servicio ofrecido. En la mayoría de los casos el único documento relevante es un simple comprobante de pago.

Sin embargo para determinar qué es lo que el consumidor compró o adquirió es necesario reconstruir un modelo ideal de bien, aquel que dadas las circunstancias, él esperaba haber recibido. El análisis de idoneidad pasa por la reconstrucción de este bien o servicio que hubiera esperado el consumidor para luego compararlo con el bien o servicio que efectivamente recibió. Si se aprecia una diferencia significativa entre ese modelo y lo que se recibió, en perjuicio del propio consumidor, entonces se considera que el bien no es idóneo.

Pero este modelo no se construye en abstracto. Por el contrario, se diseña en base a tres coordenadas. La primera es la llamada garantía implícita. Por garantía implícita se entiende aquellas características y condiciones que el consumidor razonable hubiera esperado recibir, dadas las circunstancias. Así, en el caso que reseñamos, se consideró que un zapato que duraba menos de dos meses no era idóneo, pues dadas las circunstancias

un consumidor razonable esperaría una duración mayor. Así, el Tribunal estableció, en el caso *Tori vs. Kourus*, lo siguiente:

«La garantía implícita no implica que el proveedor deba responder cuando el producto no ofrece la mejor calidad posible. Ello podría, en última circunstancia, perjudicar a los propios consumidores, pues los proveedores se verían obligados a colocar en el mercado productos a mayores precios para responder a dicha calidad ideal. Los consumidores están en la posibilidad de elegir entre productos de distintas calidades y precios, y no es función de la Comisión decidir cuál es la calidad estándar que deberían reunir los productos o servicios que se ofrecen en el mercado. En tal sentido la garantía implícita a la que se refiere esta Sala es la obligación de responder cuando el bien o servicio no es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren o contratan éstos en el mercado, debiendo considerarse para ello las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados. Así, un lapicero es adquirido para escribir razonablemente bien por un tiempo a su vez razonable, dadas las circunstancias en las cuales fue adquirido. Un electrodoméstico es adquirido para su uso en el hogar, esperándose que el mismo funcione adecuadamente por un tiempo razonable, nuevamente teniendo en consideración las circunstancias en que fue adquirido. En el caso de un zapato de cuero, es de esperar que el mismo sea idóneo para ser utilizado como calzado, teniendo una duración mínimamente razonable, dada las circunstancias que rodean su adquisición.»

Veamos algunos ejemplos de aplicación de este principio.

En el caso *Solmenia Reátegui Herbachí vs. Construcciones e Inversiones Los Andes S.R.Ltda.*, se determinó que lo que esperaría un consumidor razonable de un proveedor es que una obra de remodelación de los acabados de su domicilio no presente desperfectos. No se desprendía que la empresa denunciada hubiese advertido a la señora Reátegui o a su esposo respecto de la calidad de las losetas que iba a emplear, o los problemas que podría presentar el tamaño de la cúpula que iba a instalar, de modo que un consumidor razonable esperaría que los materiales utilizados en este caso resultarían idóneos para los fines de la obra contratada¹⁷².

En el caso *Víctor Roggero Terrones vs. Consorcio Comercial S.A.*, el señor Roggero manifestó que los portahornillas de la cocina que adquirió de Consorcio Comercial S.A. se habían deteriorado a los 2 meses de adquirida la cocina. En dicha oportunidad, los mismos fueron cambiados. Sin embargo, manifestó que los portahornillas continuaron deteriorándose, siendo el caso

172. Resolución N° 096-1998/TDC de fecha 8 de abril de 1998.

que dichos accesorios fueron cambiados hasta en 3 oportunidades, en el lapso de aproximadamente un año de uso. Al respecto, la Sala consideró que un consumidor razonable no esperaría que el portahornillas de una cocina que acaba de adquirir se deteriore a los dos meses de uso. Asimismo, en el presente caso, el proveedor no demostró que el rápido deterioro de los portahornillas de la cocina que adquirió el señor Roggero se debiera a causas que no le eran imputables, por lo que, en este sentido, la infracción del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 716 es atribuible al proveedor¹⁷³.

En el caso Roberto Dañino Zapata vs. Lima Driver S.A., el Sr. Dañino había contratado un taxi de la empresa Lima Driver S.A. para ir al aeropuerto. En el camino se detuvo en la casa de su suegra por unos minutos, circunstancia en el que el taxi fue asaltado, robándose las maletas del consumidor. El denunciante sostuvo que debía entenderse que la compañía de taxis debía contratar un seguro contra robos. La Sala consideró que un servicio de tales características hubiera sido considerado novedoso por los consumidores, lo que indicaba que no se encontraba dentro de los términos y condiciones que esperaría un consumidor razonable, y por tanto tal obligación no estaba comprendida dentro de la garantía implícita. La denuncia fue declarada infundada¹⁷⁴.

La garantía implícita es simplemente la reconstrucción de aquellos términos que dada la expectativa de un consumidor razonable, se entienden implícitamente incorporadas a la relación contractual de consumo.

La segunda coordinada es el concepto de garantía explícita. Así, la reconstrucción del modelo de idoneidad no se limita a utilizar las garantías implícitas, sino que añade las garantías explícitas, entendiendo por ellas las características y condiciones expresamente ofrecidas por el proveedor en el etiquetado del producto, comprobante de pago, publicidad, contrato y cualquier otro medio porque se pruebe qué específicamente se ofreció al proveedor, siempre que haya sido informado de manera clara al consumidor.

Así, las garantías explícitas, como su nombre lo indica, se refieren a lo expresamente ofrecido por el proveedor. Así, en la Resolución del caso Tori vs. Kouros, se señaló lo siguiente:

«Si las condiciones y términos expresos (contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor) no señalan algo distinto, se presume que el producto es idóneo para los fines y usos previsibles para los cuales normalmente éstos se adquieren en el mercado, considerando las

173. Resolución N° 160-1998/TDC de fecha 19 de junio de 1998.

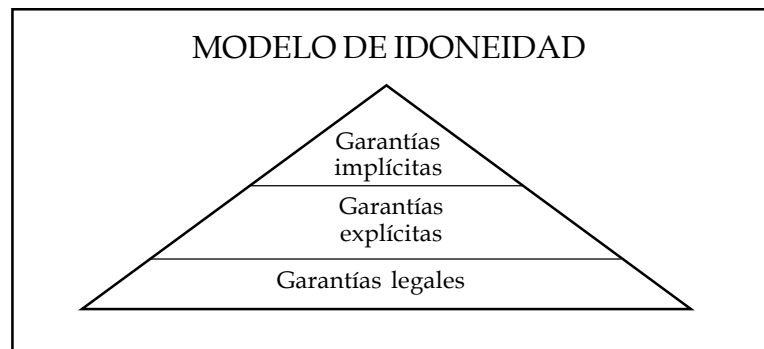
174. Resolución N° 69-1998 /TDC de fecha 11 de marzo de 1998.

condiciones en los cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados. Sin embargo, el proveedor podría limitar esta obligación si es que informa que vende el bien al consumidor en condiciones distintas a las que se derivan de la garantía implícita. Por ejemplo, si se informa al consumidor claramente que no se ofrece ninguna garantía por el bien, o si se limita temporalmente la obligación de garantía, o si se excluye cierto tipo de problemas de la obligación de garantía o se ofrecen garantías expresas porque excluyen expresamente las garantías implícitas o cualquier otra limitación similar, entonces responderá en los términos ofrecidos expresamente, siempre y cuando dichos términos y condiciones hayan sido conocidos o conocibles por el consumidor razonable usando su diligencia ordinaria.»

Así, en caso de surgir un conflicto entre una garantía implícita y una garantía explícita se considera que prima la garantía explícita, sea porque esta ofreció más de lo que esperaría el consumidor, o sea que esta ofreció menos, en cuyo caso se considerará que si el consumidor fue adecuadamente informado no podrá exigir más de aquello que le ofrecieron expresamente.

A ello se añade una tercera coordenada no incluida en el precedente, que es la garantía legal. Así si la Ley manda un estándar o característica que el bien debe tener necesariamente y contra el que no cabe pactar, no cabe que este sea desplazado por la garantía explícita. Así el modelo de idoneidad incorpora todas las características y garantías que la Ley ordena. Por ejemplo una norma técnica obligatoria que indica las características que debe reunir el cemento no puede ser dejada de lado por medio de un pacto. Lo mismo ocurre si una aerolínea pacta con un pasajero que no le ofrecerá seguro de accidentes cuando la Ley ordena que ello sea obligatorio. O el caso que un contrato establece el cobro de una comisión o una tasa de interés prohibida por norma expresa.

En esa línea podemos graficar las relaciones entre las garantías en el siguiente gráfico:



La pirámide que antecede muestra que la base no puede ser desplazada por las garantías que están encima. Las garantías explícitas deben respetar las garantías legales y las implícitas deben respetar las explícitas.

Estos principios se complementan con las precisiones que se hicieron al caso *Tori vs. Kourus* por medio del caso *Carbonel vs. Finantur*¹⁷⁵. En ese caso se presentó una consumidora alegando que no había sido informada, al comprar un pasaje Lima-Los Ángeles, que el vuelo iba solo a tener una escala. La empresa de turismo que le vendió el pasaje señaló, por el contrario, que el número de 3 escalas (Panamá, Costa Rica y México) que tuvo el vuelo había sido informado expresamente al consumidor. De las pruebas que obraban en el expediente no quedaba claro que ello hubiera sido informado al consumidor, pero tampoco que hubiera la garantía explícita de que el vuelo solo tendría una escala.

El análisis efectuado por el Tribunal del INDECOPI condujo, sin embargo, a precisar algunos principios de carga de la prueba que ayudan a definir la importancia de las garantías explícitas. Se señaló que si el término o condición ofrecida era de tal naturaleza que superaba lo que esperaría un consumidor razonable, entonces la carga de probar que tal término o condición fue ofrecida correspondía al consumidor. Por el contrario si el término o condición se encontraba por debajo de lo que esperaría un consumidor razonable, entonces la carga de la prueba de que tal condición menos favorable había sido ofrecida al consumidor correspondía al proveedor.

Así, en la Resolución referida se estableció un precedente de observancia obligatoria en el siguiente sentido:

«1. Los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquélla pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria.

Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. En lo no previsto, se considerará que las partes acordaron que el bien o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios por los cuales éstos suelen adquirirse o contratarse según el nivel de expectativa que tendría un consumidor razonable.

175. Resolución 102-97-TDC/INDECOPI de fecha 25 de abril de 1997.

2. La prueba de la existencia de una condición distinta a lo normalmente previsible por un consumidor razonable dadas las circunstancias corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual. De esta manera, en caso que el consumidor alegue que el bien o servicio debe tener características superiores a los normalmente previsibles dadas las circunstancias, la carga de la prueba de dicha característica recaerá sobre aquél —es decir, corresponderá al consumidor probar que se le ofreció una promoción adicional o que se le ofrecieron características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsibles—. Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsibles dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él —es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podrían esperar.»

Para determinar los alcances de este precedente la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal usó en la misma Resolución algunos ejemplos para graficar los principios en él recogidos:

«Por ejemplo, el consumidor que contrata un servicio de confecciones de un traje esperará como mínimo que como resultado del trabajo tenga una prenda de vestir que se ajuste a su talla, que la duración del trabajo sea la normalmente previsible, que las costuras tengan un nivel aceptable de resistencia, etc. Quien adquiere un televisor esperará que este funcione adecuadamente, tenga una señal meridianamente clara, y tenga una vida útil aceptable. La determinación precisa de estas características dependerá de las circunstancias y de los usos y costumbres comerciales existentes en la plaza.

Sin embargo, en caso que el consumidor alegue que el bien o servicio debe tener características superiores a las normalmente previsibles dadas las circunstancias la carga de la prueba de dicha característica recaerá sobre aquél. Es decir, corresponderá al consumidor probar que se le ofreció una promoción adicional o que se le ofrecieron características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsibles como consecuencia de su experiencia en el mercado. Por ejemplo, si ante el silencio de las partes o la falta de documentos que prueben algo distinto, el consumidor alegase que el pasaje adquirido es de primera clase y no de clase económica como el que recibió, él deberá demostrar que tal condición efectivamente le fue ofrecida y se incorporó al contrato.

Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsibles dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él. Es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció

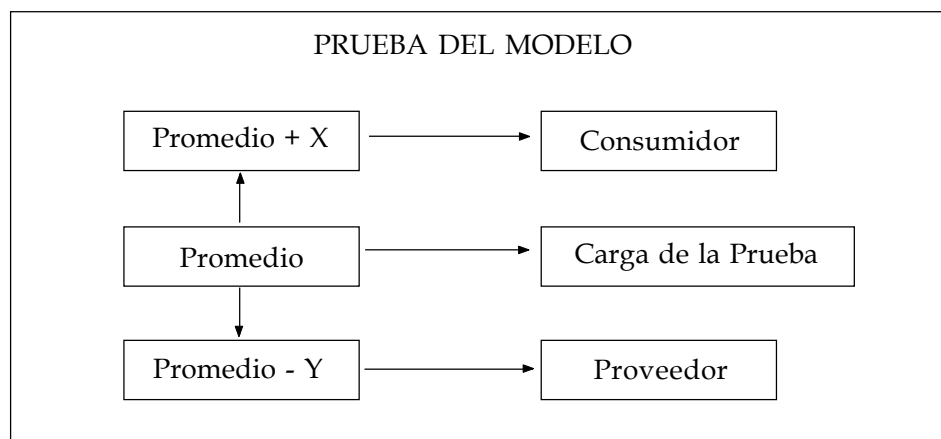
condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podían esperar. Por ejemplo, si ante el silencio de las partes o la falta de documentos que prueben algo distinto, el proveedor sostuviese que el pasaje aéreo vendido es uno condicionado a que haya espacio disponible, le corresponderá demostrar que ello fue efectivamente ofrecido y/o informado al consumidor y, por tanto, que tal condición se incorporó al contrato.

En pocas palabras, la prueba de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible por un consumidor razonable dadas las circunstancias, corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual.»

En el caso Finantur se consideró que dado que no había pruebas de si se había ofrecido un vuelo directo o se había informado el número de escalas, era necesario establecer qué esperaría un consumidor razonable respecto de un vuelo Lima-Los Ángeles. Se consideró que esperaría razonablemente que tuviera una o hasta dos escalas, pero que tres ya superaba el estándar de garantía implícita. Por tanto se sancionó a la empresa de turismo por no acreditar que informó al consumidor del problema.

Otro ejemplo gráfico sería el siguiente, caso que se presentó en la realidad como una consulta. Una persona compra una rifa para dos pasajes Lima-Buenos Aires. Gana el sorteo y le entregan dos pasajes en ómnibus. Al reclamar que se trataba de pasajes aéreos el organizador le dice que en ninguna parte de la publicidad ni el boleto se indicaba eso. Pero ante el silencio ¿Qué esperaría un consumidor razonable? Sin duda un pasaje aéreo. Esa es la garantía implícita. Siendo esa la garantía implícita la carga de la prueba de demostrar que se informó que era un pasaje por tierra será entonces del proveedor. Si no acredita que lo informó se considerará que el pasaje es por avión.

Las cargas de la prueba están graficados en el siguiente esquema:



Según ese esquema si el consumidor afirma que se le ofreció algo más de lo que se derivaría del modelo de idoneidad (definido en el cuadro como «el promedio»), es decir que había una garantía explícita que extendía las calidades o condiciones del producto por encima de lo esperado, es el consumidor el que tiene que probar que se le ofreció más de lo esperado, es decir la existencia de una garantía explícita. Así si dice que por el precio de clase turista le ofrecieron primera clase, el tendrá que presentar el documento o la prueba que muestre que ello se le ofreció.

Por el contrario si el proveedor afirma que en realidad se ofreció menos que el modelo de idoneidad, deberá ser dicho proveedor el que demuestre que informo al consumidor de dicho hecho, es decir que existía una garantía explícita limitativa de la garantía implícita. Así si dice que se vendió un producto con defecto o «yaya» bajo conocimiento del consumidor, tendrá que demostrar que el consumidor fue informado adecuadamente.

Al sustentar la Sala el principio recogido en *Carbonel vs. Finantur* manifiesta su intención de reducir los costos de transacción, reconociendo lo complicado que sería en los mercados masivos obligar a que las partes documenten todos los términos y condiciones que regulan los contratos entre proveedores y consumidores. Así, en *Carbonel vs. Finantur* se señala:

«Las razones que inspiran este principio radican en la necesidad de garantizar la seguridad en las operaciones de consumo sin elevar los costos de transacción en el mercado correspondiente. Así, se considera que lo pactado es lo que normalmente hubiera aceptado un consumidor razonable dadas las circunstancias. Esto evita generar pruebas o documentación excesiva en este tipo de contratación estandarizada, dinámica y masiva. Por el contrario, si alguien alegara que en realidad las condiciones son distintas a las previsibles y que dicha diferencia lo beneficia, entonces tendrá la carga de demostrar lo que afirma.»

Podemos apreciar cómo estos principios reflejan la íntima relación que existe entre idoneidad e información, tal como hemos señalado líneas arriba. El análisis de idoneidad establecido en *Tori vs. Kourus* depende en gran parte de lo que se haya informado al consumidor. Por otro lado las cargas de la prueba sobre qué se informó y qué no se informó al consumidor depende en gran parte de cómo se determina la idoneidad en función a las garantías implícitas que se entiende ha ofrecido el proveedor. Son las dos caras de la misma moneda, por lo que separar los temas de información de los temas de idoneidad es, en la práctica, imposible.

Así, lo que se debe informar depende de lo que el consumidor espera y lo que el consumidor esperaría depende de qué es lo que le informó.

Pero el problema de la idoneidad no se agota en determinar si el bien es o no idóneo. Si un televisor no funciona no es idóneo para los fines para los cuales se adquirió. Sin embargo podría ser que no funciona precisamente por que el consumidor le dio un uso inadecuado (por ejemplo lo conectó a electricidad 220 cuando estaba preparado para 110, hecho que le fue oportuna y adecuadamente informado). Así, no basta establecer que el bien no es idóneo, sino que además a quien es atribuible la falta de idoneidad.

En el mismo caso *Tori vs. Kourus* se estableció como precedente de observancia obligatoria que, una vez demostrado que el bien no es idóneo, se presumirá que la falta de idoneidad es atribuible al proveedor, salvo que éste demuestre que tal falta de idoneidad no le es imputable¹⁷⁶.

Así, en términos de la Sala:

«El hecho de que exista una garantía implícita no implica que el proveedor sea siempre responsable. Podría ser que el deterioro haya sido causado por un factor diferente como puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor, circunstancias en las cuales obviamente no podría hacerse responsable al denunciado de lo ocurrido.»

Así, en dicho caso nunca se pudo determinar si el agujero en el zapato había sido ocasionado por un uso inadecuado (se dijo que el consumidor podría haber usado los zapatos para patear piedras) o a una mala fabricación del zapato. Pero dado que el proveedor tenía que probar que el defecto no le era imputable (cosa que no hizo) se le atribuyó responsabilidad por lo ocurrido.

Algunas personas han criticado el precedente por haber invertido administrativamente la carga de la prueba que, según estos críticos, no se deriva de la Ley. Sin embargo tal supuesta inversión es en realidad la aplicación del principio contenido en el artículo 1229 del Código Civil, según el cual la prueba del pago corresponde a quien afirma haberlo efectuado. Siendo que el pago de la obligación de entregar un bien o dar un servicio idóneo es precisamente la entrega de un buen o servicio idóneo, probar que eso se cumplió corresponde precisamente al proveedor.

Esto además se refuerza con la idea de que la prueba de una fractura causal (como el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la imprudencia de la víctima) corresponde a quien la invoca.

176. Así, como ya se citó anteriormente, en este caso se estableció que «La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo».

Estos principios se derivan además de la idea que es el proveedor el que, por su conocimiento del mercado, está en mejor posibilidad, respecto del consumidor, de determinar cuáles son las causas posibles del problema y tomar las precauciones necesarias para evitarlo. Así, el principio se sustentó en la siguiente fundamentación efectuada por la Sala en la Resolución que comentamos:

«De las dos partes es el proveedor el que se encuentra en mejor posición para poder determinar que la falla no puede serle atribuida. Ello por que el control y manejo que tiene sobre el proceso productivo y/o el de comercialización y su propia experiencia de mercado le permiten, en el común de los casos, ser quien puede determinar a menor costo la idoneidad del producto. El consumidor, en la mayoría de los casos no contará con elementos suficientes como para determinar si el defecto es o no atribuible al fabricante.

Dentro de estos alcances la carga de la prueba sobre la idoneidad del producto debe ser asumida por aquél que es responsable de tal idoneidad y se encuentra en mejor posición para producir prueba sobre la misma. Esta carga de la prueba no implica, necesariamente, llegar a demostrar qué fue lo que realmente ocasionó el defecto (lo que de lograrse lo exoneraría de responsabilidad) sino que el defecto no le es atribuible al proveedor, así no se llegue a probar con toda precisión cuál fue realmente la causa real.

Hay que tener en cuenta, que resultaría imposible efectuar un análisis que, partiendo del supuesto contrario exija al consumidor que demuestre la mala calidad o falta de idoneidad del producto, para lo cual tendría que contar con la misma información que tiene el proveedor respecto del bien, lo que supondría elevar excesivamente sus costos de prueba.»

Debe destacarse además que respecto a la imputabilidad del defecto, se estableció en el caso *Tori vs. Kourus* otro precedente de observancia obligatoria limitando los efectos probatorios que podría tener un ofrecimiento conciliatorio. Así se señala en la Resolución lo siguiente:

«c) La voluntad conciliadora de las partes, manifestada a través de los ofrecimientos que se hacen en las audiencias de conciliación o fuera de ellas, no puede ser utilizada como medio probatorio de su responsabilidad, a no ser que los mencionados ofrecimientos contengan un reconocimiento expreso e indubitable de responsabilidad por parte de quien los formula.»

La idea radica en no limitar la posibilidad de que el proveedor, en la negociación, pueda hacer ofrecimientos basados en su intención de llegar a un arreglo y de los cuales no se pueda inferir un reconocimiento de responsabilidad. Incluso, antes de considerar dichos ofrecimientos como indicati-

vos de responsabilidad, la Sala consideró que los mismos pueden ser usados para atenuar la responsabilidad del proveedor:

«La audiencia de conciliación o las ofertas de conciliación hechas fuera de ella, no tienen la naturaleza de pruebas ni implican una «confesión» de responsabilidad. Bajo tal supuesto las empresas que tienen políticas de total satisfacción al cliente y que aceptan cambios sin expresión de causa podrían ser hechas siempre responsables por aceptar los cambios.

La conciliación es un mecanismo que ha permitido solucionar la inmensa mayoría de los casos que en el área de protección al consumidor ha recibido el INDECOPI. Se debe por tanto reforzar dicho mecanismo. El criterio de usar el ofrecimiento conciliatorio en sí como prueba, por el contrario, debilita la institucionalización de la conciliación.

Así, salvo que en el Acta de Conciliación exista un reconocimiento expreso e indubitable de responsabilidad por parte de quien los formula, los ofrecimientos que se hagan no pueden ser considerados como prueba de la existencia o aceptación de responsabilidad.

Incluso, a fin de fomentar la vocación de conciliación de las partes, esta Sala considera que los ofrecimientos de conciliar hechos de buena fe sí podrían ser considerados como elementos que deben ser meritados al momento de graduar y atenuar la sanción aplicable a quienes resulten responsables de los hechos materia de denuncia en un procedimiento.»

Otro principio que es importante destacar es que la jurisprudencia administrativa ha interpretado que la obligación de información no se limita a la información puesta a disposición del consumidor al momento de contratar, sino, en el caso de relaciones de tracto sucesivo o continuadas en el tiempo, dicha obligación se extiende a aquella información requerida por el consumidor durante el desarrollo de la relación de consumo. Así, por ejemplo en el caso del Banco Internacional del Perú (Interbank), se estableció que este debía dar respuesta a los requerimientos del consumidor sobre los créditos que tenía contratados, considerando que la obligación de informar no se limitaba a lo que se brinda al momento de contratar¹⁷⁷.

Los temas de idoneidad e información son el corazón del sistema de protección al consumidor. En base a ellos se construyen todo el sistema de reglas que regulan en el Perú las relaciones de consumo. Sin embargo aún es necesario contemplar un aspecto adicional e importante, vinculado a la

177. Resolución N° 234-1997/TDC-INDECOPI (Evvín Vásquez García vs. Banco Internacional del Perú) de fecha 24 de setiembre de 1997

obligación de advertir a los consumidores sobre los riesgos y peligros de los productos y servicios ofrecidos a los consumidores.

XXV. LAS ADVERTENCIAS A LOS CONSUMIDORES.

Un tema, vinculado a la información a los consumidores es el de las advertencias de los riesgos y peligros de los productos. Según el artículo 5, inciso a del Decreto Legislativo 716, es un derecho de los consumidores el de ser protegidos contra los riesgos que presenten los bienes y servicios en el mercado¹⁷⁸.

Por su parte, según el artículo 9 de la misma norma, los productos y servicios no deben conllevar riesgos injustificados o no advertidos a los consumidores¹⁷⁹. Por su parte, de acuerdo al artículo 10, de detectarse luego de colocado un producto en el mercado que el mismo conlleva riesgos no previstos, el proveedor está obligado a tomar las medidas razonables necesarias para contrarrestar el peligro¹⁸⁰.

Así, la norma asume que existen riesgos justificados y no justificados. Los justificados son los que no pueden ser removidos del producto dada la relación existente entre el uso del bien y las medidas necesarias para minimizarlo, dentro de lo cual debe incluirse los costos en que habría que incurrir para hacerlo. Así, por ejemplo, es un riesgo justificado en un cuchillo, que uno se corte al utilizarlo. También se puede aceptar ciertos efectos secundarios y ocasionales de algunos medicamentos. Por otro lado los automóviles no pueden ser fabricados para que los ocupantes del mismo puedan sobrevivir a cualquier accidente, pues ello elevaría excesivamente los

178. Artículo 5 inciso a) derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física.

179. Artículo 9.- Productos o servicios riesgosos a la salud o seguridad del consumidor. Los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes. En caso que, por la naturaleza del producto o del servicio, el riesgo sea previsible, deberá advertirse al consumidor de dicho riesgo, así como del modo correcto de la utilización del producto o servicio.

180. Artículo 10.- Detección de peligros en bienes o servicios que se encuentran en el mercado. En el caso que se coloque en el mercado productos o servicios, en los que posteriormente se detecta la existencia de peligros no previstos, el proveedor se encuentra obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro, tales como notificar a las autoridades competentes esta circunstancia, retirar los productos o servicios, disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores oportunamente con las advertencias del caso.

costos de fabricación de los mismos. Pero los riesgos justificados deberán, en caso que no puedan ser conocidos por un consumidor razonable, ser advertidos a los consumidores. Así, carece de sentido informar a los consumidores que es posible cortarse con un cuchillo de cocina, pero sí puede ser razonable comunicar a los consumidores el tipo de efectos secundarios que podrían presentarse al consumir un medicamento.

Por el contrario los riesgos injustificados no admiten la posibilidad de permanecer en los productos, y en aplicación de un principio de razonabilidad no admitiría que el producto tenga esos peligros implicados en su consumo. Por ejemplo un medicamento que genera cáncer en un alto porcentaje de usuarios, podría ser considerado como un producto con un riesgo injustificado.

Por el contrario, en los riesgos que, justificados o no, no eran conocidos al momento de la incorporación del producto al mercado, la Ley establece que el proveedor deberá tomar las medidas necesarias para compensar y resolver el problema. A nuestro entender, de detectarse un riesgo justificado, deberá advertirse a los consumidores en ese momento, y de ser un riesgo injustificado, deberá corregirse y/o retirarse el producto del mercado.

La jurisprudencia administrativa ha diferenciado claramente los riesgos injustificados de los riesgos no advertidos. Así, en el caso Dyazyde (Smithkline Beecham I.a.c. y Laboratorios Industriales Hersil S.A.)¹⁸¹ se analizó lo ocurrido cuando, por un error en el proceso productivo, se incluyó como ingrediente de un medicamento diurético (Dyazyde) un antipsicótico en dosis que eran además peligrosas para la salud¹⁸². En dicha Resolución

181. Resolución 095-96-TDC/INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996.

182. El nivel del riesgo existente se gráfica claramente con la siguiente cita de la Resolución emitida por el Tribunal del INDECOPI:

«Ha quedado claramente demostrado en el expediente que el Lote N° 911075 de Dyazide no contenía el componente Hidroclororiazida que le daba las características de diurético, sino que contenía el compuesto Trifluoperazina, un antipsicótico. Pero además se ha demostrado que esta última sustancia se encontraba en dosis muy altas y por tanto peligrosas para la salud. En lugar de contener de 2 a 14 miligramos, dosis normalmente utilizada, contenía 25 miligramos (Informe Resumen de fojas 911), lo que no permite siquiera predecir qué efectos tendrá en los consumidores, hecho que se agrava si se tiene en cuenta que los consumidores de un diurético son personas de edad avanzada a las que normalmente no se les administraría un antipsicótico de las características del Stelazine (nombre comercial del antipsicótico Trifluoperazina), y menos en esas dosis.

Incluso en dosis normales la Trifluoperazina (antipsicótico) tiene entre sus efectos secundarios registrados los siguientes: sueño, mareos, reacciones cutáneas, erupcio-

se estableció, respecto a la diferencia del riesgo no advertido y el riesgo injustificado, la siguiente idea:

«Los productos colocados en el mercado pueden contener distintos tipos de defectos. En ocasiones el producto conlleva un riesgo que puede ser evitado o, en todo caso, asumido por el consumidor, siempre que se le advierta adecuadamente, pues es un riesgo natural. En tal caso el producto se torna defectuoso si la advertencia no se hace o se hace de manera inadecuada. Ello ocurre, por ejemplo con las contraindicaciones o con los eventuales efectos secundarios previsibles.

Otro supuesto de producto defectuoso es el de aquel que en su diseño o configuración normal no conlleva un determinado riesgo, pero por un defecto de fabricación se torna en riesgoso para el consumidor. Ese es el caso del lote de Dyazide materia del presente procedimiento. Allí no habría nada que advertir previamente pues el defecto no es uno de advertencia, sino uno de fabricación. En términos del artículo 9 que venimos analizando, no se trata simplemente de un caso de riesgos no advertidos, sino, y principalmente, de riesgos injustificados, derivados del error humano antes aludido.

Esto explica la utilización de la conjunción «o» en el primer párrafo del artículo 9 cuando el mismo distingue entre «riesgo injustificado» y «riesgo no advertido». La existencia de un riesgo injustificado es tan sancionable como la existencia de un riesgo justificado pero no advertido. La Sala considera que al momento de colocar en el mercado el Dyazide defectuoso la infracción al artículo 9 se configura porque el producto conlleva un riesgo injustificado»

nes, sequedad bucal, insomnio, amenorrea, fatiga, debilidad muscular, anorexia, segregación láctea, visión borrosa, reacciones neuromusculares o extrapiramidales, tales como la disquinesia tardía, reacciones distónicas, parkinsonismo, acatisia, síndrome neuroléptico maligno y disquinesia perioral (según el Physician's Desk Reference, Smith Kline Beecham: Dosis y Administración del Stefazine en adultos), razón por la cual se recomienda consumir otros fármacos para combatir algunos de estos efectos, tales como los agentes antiparkinsonianos, barbitúricos, Benadryl, anfetaminas, dextro-anfetaminas, cafeína con benzoato de sodio, Levofed, Neo Synefrin (según el Physician's Desk Reference, Smith Kline Beecham, a fojas 456). Esto demuestra el nivel de riesgo al que estuvieron exuestos los consumidores. Toda esta información demuestra que el Dyazide defectuoso no cumplía con los requisitos mínimos exigidos en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 716, pues no sólo no producía el efecto diurético ofrecido (lo que de por sí ya es una infracción) sino que además contenía una sustancia distinta que podía tener consecuencias graves para la salud de los consumidores, lo que no cumple el más mínimo requisito de idoneidad ni calidad. El Dyazide defectuoso traiciona por tanto las más mínimas expectativas del consumidor en cuanto a los efectos y contenido del producto».

Así, mientras los riesgos injustificados tenían más que ver con un tema de idoneidad, los riesgos no advertidos (que debían ser justificados) obedecían a un problema de información. Se acepta que existen riesgos que, dado el estado de la técnica, no pueden ser removidos del producto a un costo razonable, y que por tanto quedan justificados, pero que ello no libera de la necesidad de informar de su existencia a los consumidores. Por el contrario, los riesgos injustificados debían ser removidos del producto, por no ser admisibles dado el estado de la técnica que dichos riesgos existan en relación a los costos y beneficios de su exclusión o eliminación. En tal sentido se consideró que el error cometido en el Diazide era un problema de idoneidad por que el producto tenía un riesgo injustificado y que carecía de sentido entender que era un simple problema de advertencia.

Sin embargo se determinó que una vez descubierto el problema el riesgo injustificado que planteaba el Dyazide, éste debía ser informado a los consumidores al lado de tomar aquellas medidas necesarias para evitar o minimizar los daños que venía produciéndose.

Así la Resolución del caso Dyazide¹⁸³ estableció una serie de principios para evaluar la adecuación de las advertencias, señalando, con carácter de precedente de observancia obligatoria, cuáles eran estos principios. Si bien la Resolución se refería a un riesgo descubierto luego de que el producto había ingresado al mercado, los principios enunciados son perfectamente aplicables a las advertencias que deben hacerse de riesgos justificados pero que deben ser informados a los consumidores. Para tal efecto el INDECOPI ha estimado que cuando el artículo 10 se refiere a adoptar «*las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro*» implica la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el riesgo y peligro generado por el defecto y las medidas que se adopten. A mayor riesgo, mayores serán las medidas que deberán adoptarse para corregir dicho riesgo o peligro. Así, claramente se alude a un análisis costo-beneficio de las posibles medidas que deben ser necesarias.

Los principios que se han establecido son los siguientes:

«a) La advertencia debe ser difundida con la debida celeridad. Se deben difundir las advertencias en un plazo prudencial de acuerdo con la gravedad del riesgo o peligro involucrado. Esto implica que, tratándose de un daño grave a la salud de los consumidores, las advertencias deben ser difundidas de inmediato, apenas existan indicios razonables para suponer la existencia del peligro.»

Este principio es solo aplicable a riesgos descubiertos luego de que el producto es colocado al mercado, pues hace alusión al tiempo de reacción

183. Resolución 095-96-TDC/INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996.

del proveedor. Esto los diferencia de los demás principios que se refieren al texto mismo de la advertencia y que son aplicables tanto a advertencias luego de descubierto el problema como a advertir riesgos justificados del producto. El principio recoge la idea de proporcionalidad entre la magnitud del daño potencial o real y la rapidez con la que se actúa, haciendo incluso referencia expresa a que cuando el riesgo afecta gravemente la salud la acción debe ser inmediata¹⁸⁴.

184. Para graficar esta idea se puede revisar como analizó la Sala el tiempo de reacción de las empresas denunciadas en el caso Dyazide:

«Sobre este punto, la Comisión consideró que SmithKline y Hersil no actuaron con la debida celeridad pues detectaron el problema el 14 de mayo de 1996 y no lo dieron a conocer al público consumidor sino hasta el 20 del mismo mes a través de anuncios públicos en los diarios «Ojo», «Expreso» y «El Comercio». Además, la Comisión consideró que las mencionadas empresas no hicieron uso de todos los recursos a su alcance para mitigar los daños que se estuvieran produciendo.

Hersil y SmithKline sostienen que si no decidieron poner los hechos en conocimiento de las autoridades y del público consumidor sino hasta el 17 de mayo de 1996 fue porque hasta ese momento no estaban totalmente seguros de que la Trifluoperazina (antipsicótico) hubiera sido incluida en el proceso de fabricación del Dyazide. Sin embargo, dichas empresas no han podido justificar por qué tardaron dos días en remitir muestras no identificadas del lote defectuoso del producto a S.G.S. para efectuar el segundo análisis.

El día 17, contando con los resultados de los análisis efectuados por la empresa S.G.S., dieron a conocer los hechos a DIGEMID y redactaron un aviso para ser publicado en los diarios antes mencionados, publicación que no se habría podido realizar sino hasta el 20 de mayo por problemas de falta de espacio.

En opinión de esta Sala, el hecho que fuera comprobado que en la documentación de fabricación del Dyazide aparecía la hidroclorotiazida (diurético) con el código de análisis de la Trifluoperazina (antipsicótico), dentro del contexto antes comprobado del sobrante de aquella y el faltante de éste (ambos en cantidades equivalentes), era suficiente para dar la alarma y poner lo ocurrido en conocimiento de las autoridades y del público consumidor. Esto se descubrió el día 14 de mayo. Los análisis posteriores sólo buscaban reconfirmar lo que hasta ese momento era bastante claro.

Los riesgos del error cometido eran más que evidentes y la magnitud de sus posibles consecuencias saltaba a la vista, tal como ha quedado demostrado en el expediente. Un error tan grave requería una acción inmediata, sobre todo si se considera las altas dosis de Trifluoperazina (antipsicótico) contenidas en el Dyazide defectuoso que ya se había estado comercializando por cerca de dos meses, conforme lo expresado por Química Suiza S.A. a fojas 1641. En tales circunstancias, la demora en la acción configura una infracción grave a la luz de la magnitud del daño que podría resultar.

Si las empresas responsables hubieran actuado inmediatamente, DIGEMID hubiera conocido los hechos el mismo 14 de mayo e informado a la Comisión, pudiéndose haber difundido la advertencia al público consumidor mucho antes del 20 de mayo.»

«b) El uso de un encabezamiento o señal de advertencia adecuados al riesgo o peligro que se advierte. El 'título' con el que pretende llamar la atención del consumidor debe ser adecuado para que, sin alarmar innecesariamente, llame la atención lo suficientemente en relación a la magnitud del riesgo al segmento de la población afectada que busca advertirse y permita a los interesados identificar la importancia de la advertencia para ello.»

La advertencia no sólo debe ser precisa, como se verá más adelante, sino suficientemente llamativa. Por eso se pone énfasis en el encabezamiento y la pertinencia de dicho encabezamiento al problema que se advierte y el grupo específico al que la advertencia va dirigida¹⁸⁵.

«c) El tamaño y frecuencia de la advertencia deben de ser adecuados. Las dimensiones de la advertencia y la frecuencia con la que se hace (en el caso que la advertencia se haga por medios de comunicación) deben permitir razonablemente que se llegue a la mayoría de los consumidores afectados.»

En la misma línea indicada, es importante que la advertencia esté en capacidad de llegar al grupo específico que pudiera verse afectado, llamando la atención de manera clara y en atención a las circunstancias. Por ello las dimensiones del texto y del encabezamiento de la advertencia deben permitir que esta sea advertida. En caso de productos introducidos en el mercado y en los que luego se descubre el riesgo o peligro, la frecuencia de la advertencia (es decir las veces, lugares y formas) en las que aparece en los medios de comunicación debe también guardar relación con lo que se persigue advertir¹⁸⁶.

185. Así, la Sala consideró que los avisos publicados por los denunciados en el caso Dyazide no habían sido adecuados porque no llamaban la atención del grupo específico que debía ser informado, tal como se aprecia en el siguiente análisis:

«En primer lugar, en lo que concierne al encabezamiento del anuncio, éste está dirigido a «la opinión pública» y no hace referencia alguna al problema ocurrido. Una apreciación superficial del mismo no sería susceptible de llamar la atención del lector consumidor de Dyazide hacia su texto y, como consecuencia, el aviso podría pasar desapercibido, a pesar de la importancia del mensaje que debía transmitirse. Posteriormente, cuando a iniciativa de la Comisión, a partir del 17 de junio de 1996, se implementa un servicio de atención médica para los consumidores del producto defectuoso, recién se publican anuncios dirigidos a «los consumidores de Dyazide».

186. Así, al momento de evaluar el tamaño y la frecuencia de las advertencias que hicieron los laboratorios involucrados en el caso Dyazide al publicar avisos en los periódicos, la Resolución emitida por el Tribunal del INDECOPI hizo el siguiente razonamiento:

«En lo que concierne al tamaño y la frecuencia con la que se hizo la advertencia, estos resultaron, como ya se dijo, a todas luces insuficientes e inadecuadas, más aún cuando

«d) Se debe especificar la naturaleza del riesgo o peligro que se advierte. Esto implica señalar si estamos, por ejemplo, frente a un riesgo a la salud, o a la propiedad del consumidor o simplemente pueden implicar la pérdida del producto adquirido. Por ejemplo, si un producto es tóxico si se bebe o dañino si se aplica sobre los ojos debe indicarse tales efectos.»

Este principio, al que podríamos llamar principio de especificidad de la advertencia, implica que la advertencia indique claramente cual es el riesgo y alcance del mismo. Así las referencias vagas o imprecisas no pueden ser admitidas. La información que se dé al consumidor debe permitirle identificar cuál es el problema que está enfrentando a fin de tomar las decisiones más adecuadas frente a las circunstancias¹⁸⁷.

se analiza la gravedad de las consecuencias. La Sala considera que el riesgo generado requería tomar medidas bastante más agresivas y amplias que la simple publicación de avisos de dimensiones que van desde 12,5 cm x 13,5 a 16,5 cm x 15,5 cm (ancho x alto), tal como lo hicieron las empresas involucradas. Esta Sala considera que, teniendo en cuenta el evidente peligro y el grave riesgo que podía generar el error, existen otros medios más idóneos, rápidos y efectivos a los que SmithKline y Hersil podrían haber recurrido para dar a conocer a los consumidores los peligros generados en el consumo del lote defectuoso de Dyazide. Así, por ejemplo, las empresas denunciadas pudieron emplear la televisión y la radio, incluso acudiendo a avisos de servicio público, o distribuir notas de prensa que dieran cuenta del posible error y que se hubieran podido difundir mucho antes que los avisos finalmente públicos, como posteriormente lo hicieron a iniciativa de la Comisión.»

187. Cuando la Resolución del caso Dyazide evaluó cómo se habían advertido los riesgos, quedó claro que los denunciados no habían sido específicos, pues según la información disponible el texto utilizado no reflejaba ni permitía inferir cuál era el problema que se estaba produciendo. Así se indicó en la Resolución:

«En cuanto al contenido mismo de los anuncios publicados por Smith Kline y Hersil con la finalidad de alertar y prevenir a los consumidores sobre los hechos especificando la naturaleza de los riesgos y peligros existentes, esta Sala considera que no se informó adecuadamente del riesgo que podría acarrear el consumo del lote defectuoso del producto Dyazide. Incluso ni siquiera se proporcionó a la Comisión elementos de juicio suficientes para medir y determinar qué medidas debían adoptarse, señalando cuáles eran los posibles efectos y síntomas consecuencia del consumo del Dyazide defectuoso. Como se precia en el Anexo C de la presente Resolución, denominado «Cuadro Comparativo de los Posibles Efectos del Consumo del Dyazide Defectuoso» se han comparado los posibles efectos que el lote materia del error podía ocasionar según lo informado por los denunciados a la Comisión (escrito de fecha 30 de mayo, a fojas 232) frente a los efectos que la propia Smith Kline reconoce puede tener el consumo de Trifluoperazina (antipsicótico) (Physician's Desk Reference, Smith Kline Beecham, que obra a fojas 447) y los que se señala en el informe médico del Doctor Alberto Arregui, elaborado a solicitud de la Comisión (que obra a fojas 290).»

«e) Debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor razonable. Debe por tanto descartarse el uso de lenguaje excesivamente técnico o científico, utilizándose por el contrario términos que permitan al consumidor entender cuáles son los riesgos o peligros que se le advierten.»

El lenguaje debe ser claro y pensado en informar a un consumidor razonable. El uso de lenguaje técnico, científico, complejo o confuso debe ser descartado. El lenguaje debe ser directo y no prestarse a interpretaciones equivocadas sobre la existencia de un problema y la magnitud del mismo¹⁸⁸.

«f) Se debe describir el nivel de certidumbre que rodea al riesgo o peligro previsible. Si el riesgo es sólo potencial o no se tiene certeza absoluta del mismo, puede indicarse ello en el aviso, pudiendo en esos casos usarse expresiones condicionales. Por el contrario si se trata de un riesgo cierto y preciso, debe utilizarse un lenguaje que dé a entender ello al consumidor.»

Esto implica que el nivel de conocimiento sobre la posibilidad que el riesgo se materialice debe quedar claramente reflejado en la advertencia. No se puede advertir como probable algo que es cierto ni como poco probable algo que es muy probable. Así no solo se cumple advirtiendo la existencia de un riesgo, sino el nivel de certeza que se tiene sobre la posibilidad que se materialice. Así la advertencia no debe «sobreadvertir» sobre el riesgo, pero tampoco debe «subadvertir» el mismo.

«g) Deben explicarse las medidas que se deben adoptar para evitar el riesgo o para mitigar los efectos que pudieran producirse. La adverten-

188. Esto fue recogido en la Resolución al analizar la complejidad del lenguaje que se había utilizado en las advertencias del problema Dyazide y en lo complejo y poco entendible que era el lenguaje utilizado. Así, la Resolución en el caso señaló:

«En lo que concierne al lenguaje utilizado, el mismo resultó totalmente inadecuado para informar a los consumidores sobre lo que estaba ocurriendo. El anuncio publicado el día 20 de mayo tan sólo se limita a informar que en la elaboración de referido Lote N.º 911075 se empleó «clorohidrato de Trifluoperazina en lugar de Hidroclorotiazida», lo cual resulta incomprensible para un consumidor común y corriente que no cuente con conocimientos avanzados y sumamente técnicos respecto al tema. A continuación señala que el 80% del lote ha sido retirado y se agradece «a los pacientes que estuvieran en tratamiento con este medicamento certificar el lote, a fin de suspender inmediatamente su ingestión». La terminología empleada a todas luces resulta inocua e inadecuada para alertar a los consumidores de lo ocurrido, de las consecuencias que el consumo del producto defectuoso conlleva y qué hacer en caso de haberlo tomado —esto es, de haber ingerido en altas proporciones, excediendo a las dosis normales—.»

cia debe, de ser posible, señalar cómo corregir estos problemas de una manera clara y sencilla.»

Finalmente se establece que no basta advertir la existencia del riesgo, sino qué medidas se deben tomar para contrarrestarlo según la información que se tiene disponible. La advertencia no solo debe usarse para que las personas sean conscientes de un peligro, sino para informarles cómo lidiar con él y minimizar sus efectos¹⁸⁹.

Así, las advertencias tienen también una íntima relación con la información que debe proporcionarse a los consumidores y con la idoneidad de bienes y servicios. Ello motivó la preocupación del INDECOPI en establecer algunos principios básicos que deben ser seguidos por las empresas al momento de diseñar estas advertencias, de manera que el resultado de las mismas sea predecible.

XXVI. LA CONTRATACIÓN MASIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

Adicionalmente a la protección del Código Civil y a la protección de las normas especiales del INDECOPI, el Tribunal Constitucional ha empezado a entrar con fuerza a establecer criterios sobre la protección a los consumidores. La jurisprudencia ha sido ambigua y en algunos casos se ha apartado de la lógica económica que, entendemos, está reflejada en la Constitución. Hay, como en botica, decisiones adecuadas y otras que no lo son tanto. Como hemos visto el Tribunal parte de la idea equivocada que el problema de protección al consumidor es uno de asimetría de poder económico, sin advertir que ese es en realidad un tema de las regulaciones antimonopolios. Con ello mediatiza el concepto de autonomía en este campo.

189. En el caso Dyazide el Tribunal señaló claramente que no bastaba recomendar que se dejara de consumir el bien, sino que dados los riesgos involucrados se debió recomendar a quienes lo habían consumido que acudieran al médico. Así, la Resolución indicó:

«Finalmente, en los avisos publicados no se recomendó siquiera a los consumidores de Dyazide defectuoso adoptar la medida más evidente para reducir los riesgos: acudir al médico. El aviso se limita simplemente a sugerir el cambio del producto por el de otro lote. Si se tiene en cuenta que en su uso regular la Trifluoperazina (antipsicótico) debe administrarse con otros fármacos para contrarrestar sus efectos adversos, la simple recomendación de suspender la ingestión del lote defectuoso resultaba insuficiente para corregir dichos efectos. Es recién después cuando, a solicitud de la propia Comisión, se implementa un servicio de asistencia médica, que puede decirse que los denunciados comienzan a reconocer la necesidad de tomar tal medida».

La base de la actuación del Tribunal ha sido el artículo 65 de la Constitución, según el cual:

«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.»

Como se ve la aproximación del artículo se centra en la información adecuada, así como la salud y seguridad de la población. El artículo no hace referencia a corregir desigualdades económicas ni a limitar la autonomía privada, ni sustituirla, sino por el contrario reforzarla usando para ello un mejor acceso a información. Nótese además que la intervención por otras razones se basa en situaciones de salud y seguridad. Por ello la intervención para aspectos distintos a mejorar la información está limitada a problemas de seguridad y salud.¹⁹⁰

Sin embargo, el Tribunal Constitucional sostiene que está autorizado por la Constitución a intervenir en otros casos, como por ejemplo sugiriendo controles de tasas de interés o modificaciones de cláusulas contractuales pactadas en contexto de relaciones de consumo.

Ya citamos anteriormente en esta sección la Sentencia del 24 de marzo de 2004, recaída en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC, en el que Tribunal Constitucional ha señalado:

«En tal interpretación de las reglas del derecho privado, el órgano competente no puede perder de vista que, tratándose de negocios jurídicos en los que se insertan determinadas cláusulas generales de contratación, el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada carece de uno de los presupuestos funcionales de la autonomía privada; particularmente, del sujeto más débil de esa relación contractual. Y es que no se puede

190. Evidentemente hay otras formas de intervención, en lo que se refiere a las normas de libre competencia, pero que se dan en un ámbito distinto, y que si bien defienden el bienestar de los consumidores, lo hacen cuando se determinan la existencia de monopolios o carteles. Así se desprende del artículo 61 de la Constitución, según el cual:

«Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.»

afirmar, sin negar la realidad, que en los convenios suscritos por un individuo aislado, con determinados poderes sociales, o entre personas que tienen una posición de poder económico o de otra índole, existe una relación de simetría e igualdad, presupuesto de la autonomía privada.»

Vimos también que esos conceptos no tenían una adecuada comprensión de los alcances de la autonomía privada en el campo de la contratación masiva, lo que puede desembocar en decisiones contrarias a los propios intereses de los consumidores que pueden ver reducidas sus opciones. Según lo expuesto por el Tribunal, ello autoriza a revisar lo pactado, lo que fue interpretado por INDECOPI para, por ejemplo, dejar sin efecto una penalidad por prepago pactada en un contrato de crédito.¹⁹¹

En otra Sentencia del Tribunal, este hizo un detallado inventario de los principios que cree son aplicables a los derechos de los consumidores derivados de la Constitución. Ello ocurrió en el caso Agua Pura Rovic contra el INDECOPI.¹⁹²

El caso se originó en una decisión del Tribunal de INDECOPI en un caso de Competencia Desleal. Rovic se dedicaba a la venta de agua pura. Pero a diferencia de otras marcas la envasaba en el mismo punto de venta mediante unas máquinas especiales. Para ello usaba dos modalidades. Parte de sus ventas era agua envasada antes de la llegada del consumidor, quien adquiriría el envase ya relleno. Para ello usaba algunos envases registrados como marcas por otras compañías competidoras. Pero la segunda modalidad consistía en que el propio consumidor traía su envase y este era relleno en el punto de venta. En muchas ocasiones los consumidores traían envases registrados como marcas por competidores de Rovic.

El Tribunal del INDECOPI consideró que ambas modalidades consistían en violaciones a las normas de competencia desleal. Pero el Tribunal Constitucional, en un criterio que consideró acertado, resolvió que la segunda modalidad era legítima y no constituía competencia desleal. Ello porque el envase físico era de propiedad del consumidor y este tenía el derecho a darle el uso que estimara pertinente. El hecho que la forma del envase estuviera registrado como marca no limitaba el derecho del consumidor. Ello era muy distinto a la segunda modalidad en la cual el envasado previo podía ser interesado como una infracción marcaria que podría confundir a los consumidores sobre el origen empresarial del agua.

191. Caso Domingo GARCÍA BELAUNDE contra el Banco de Crédito, Resolución No. 0387.2004/TDC-INDECOPI de fecha 25 de Agosto del 2004.

192. Expediente 3315-2004-AA/TC, de fecha 17 de enero del 2005.

El Tribunal estableció:

«(...) d) A diferencia de los criterios utilizados por la jurisdicción administrativa, este Tribunal considera inconstitucional el que se pretenda cuestionar la venta de agua Rovic en recipientes directamente proporcionados por los consumidores, utilizando para ello la modalidad de relleno de bidones en los lugares de expendio (...). Para arribar a dicha conclusión, este Colegiado asume que son los consumidores de un producto quienes, tras haberlos adquirido libremente en el tráfico comercial, se convierten en propietarios absolutos del envase o recipiente que lo contenía y, por lo tanto, son los únicos que pueden decidir acerca de la utilidad que le otorgan o el destino que le imponen dentro o fuera del mismo tráfico comercial en el que lo adquieran, resultando inadmisibles en dicho contexto que, por intereses comerciales que no son de su incumbencia, se pretenda privarlos de una libertad tan elemental como es la libre disposición de su propiedad. La resolución cuestionada pretende reducir el problema a un asunto de estricta competencia desleal imponiendo restricciones de venta. Sin embargo, debe admitirse que lo que impone a la empresa sancionada no es una restricción con implicancias en estricto empresariales o vinculadas a su sola esfera de desenvolvimiento, sino una prohibición que afecte a los consumidores, quienes, no obstante ser propietarios de un envase o recipiente, se encuentran con que, so pretexto de un conflicto empresarial, vean enervada o neutralizada su utilidad. Lo que es más delicado aún, es que ni siquiera se toma en cuenta su opinión, a través de sus entes corporativos, sea a favor o en contra del sistema de venta implementado y de las eventuales ventajas que con él obtienen.

e) En la alternativa de ver sancionada a una empresa por una presunta competencia desleal y la de privilegiar los derechos que les asiste a los consumidores como propietarios de un envase cuyo producto original libremente adquirieron y posteriormente consumieron, este Colegiado no encuentra término medio. Son indefectiblemente estos últimos quienes merecen la protección o el privilegio de ponderar en su favor, pues, de otro modo, se llegaría al absurdo que las reglas del mercado se colocarían por encima de la protección a la persona, en abierto desconocimiento de la lógica proclamada desde el artículo 1° de nuestra Norma Fundamental. La Constitución contiene reglas explícitas en torno a la libre competencia que no admiten discusión, pero de allí a pensar que las normas que regulan tal libertad pueden ser interpretadas aisladamente y que el *status* de los consumidores debe limitarse a un papel absolutamente pasivo dentro del marco de las relaciones económicas, hay una enorme distancia que este Tribunal no puede ni debe ignorar.

f) Queda claro, en todo caso, que el rol de consumidor es para ser desempeñado como tal, al igual que el de propietario forzoso de los bienes que

acompañaron al producto consumido. En ese sentido, la facultad de libre disposición a la que se refiere este Tribunal no es para comercializar los envases con fines lucrativos, sino con propósitos estrictamente personales de uso y libre disposición. Por consiguiente, no es igual que los consumidores decidan usar o vender los envases o recipientes en tanto son de su propiedad (lo que es absolutamente lícito), que decidir ellos mismos comercializar con productos nuevos en su interior como si se tratara de otro que se desea introducir en el mercado. La protección que este Tribunal reconoce a los consumidores se limita a su rol de destinatario fundamental del modelo económico como usuario final de los productos ofertados en el mercado, quienes, como ha quedado establecido, no deben ver privado o limitado su derecho de disponer libremente de su propiedad.»

El análisis efectuado por el Tribunal en los párrafos citados nos parece impecable, al balancear adecuadamente el derecho de los consumidores con el de la empresa, pero partiendo de un principio de autonomía de respeto a la propiedad y el derecho de libre contratación de los consumidores. A ello añade la necesidad de proteger la libre competencia.

Sin embargo en la sentencia citada hay una definición de los principios que supuestamente sustentan la protección a los consumidores que dejan serias dudas sobre la consistencia del marco teórico que viene usando el Tribunal. Varios de esos principios son contradictorios entre sí, pues por un lado refuerzan su autonomía, y por otro la debilitan:

«Este Colegiado estima que el derrotero jurídico binario establecido en el artículo 65 de la Constitución se sustenta en una pluralidad de principios, entre los cuales cabe mencionar los siguientes:

a) El principio pro consumidor

Dicho postulado o proposición plantea la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores y usuarios en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios.»

Nótese que en este primer principio se habla de desventajas fácticas y asimetrías que no son definidas. Sin embargo en el sentir del Tribunal estas son desventajas de desigualdad económica y no necesariamente informativa. Ello hace que se genere un rol tuitivo cuando este no podría ser necesario por no existir un verdadero problema.

«b) El principio de proscripción del abuso del derecho

Dicho postulado o proposición plantea que el Estado combata toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contrac-

tuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios.»

La definición de practicas contractuales perversas (calificativo más propio de una película de terror que de una sentencia constitucional) tampoco deja claro cuáles son los límites a la autonomía privada de los consumidores para aceptar cláusulas contractuales. ¿Son distorsiones de información o la simple imposición de cláusulas muy favorables a la empresa, así hayan sido debidamente informadas y aceptadas por el consumidor?

«c) El principio de isonomía real

Dicho postulado o proposición plantea que las relaciones comerciales entre los proveedores y los consumidores y usuarios se establezcan en función de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales.»

Dada la no definición de desigualdad anteriormente anotada, no queda claro que es tratar desigual a los desiguales y que significado tiene ello para la autonomía de los consumidores. Parecería construirse un principio de igualdad sin tener claro cuáles son las razones por las cuales se igualan. La Constitución hace referencia a corregir problemas de información y proteger la salud y la seguridad de los consumidores. Pero el principio de isonomía no está regulado en esos términos.

«d) El principio *restitutio in integrum*

Dicho postulado o proposición plantea que el Estado resguarde el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores o usuarios en el marco de una relación comercial.»

Este principio está fuera de discusión. Si en la relación se genera responsabilidad del proveedor, este debe indemnizar.

«e) El principio de transparencia

Dicho postulado o proposición plantea que el Estado asegure que los proveedores generen una plena accesibilidad de información a los consumidores y usuarios, acerca de los productos y servicios que les ofertan.

f) El principio de veracidad

Dicho postulado o proposición plantea que el Estado asegure la autoridad y realidad absoluta de la información que el proveedor trasmite a los consumidores y usuarios en relación con las calidades, propiedades o características de los productos y servicios que las ofertan.»

Estos dos principios, aunque reiterativos (no queda clara cual es la diferencia entre uno y otro) son plenamente consistentes con el texto cons-

titucional y con nuestra aproximación conceptual al tema. Efectivamente es función del Estado contribuir a una información adecuada.

«g) El principio *indubio pro consumidor*

Dicho postulado o proposición plantea que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas. En puridad, alude a una proyección del principio *pro consumidor*.»

Nuevamente este es un principio que carece de parámetros claros. ¿Qué es lo que se corrige? ¿El poder económico? ¿O es el defecto de información? Si parámetros parecería ser que todo el esquema contractual y normativo se inclina a darle la razón al consumidor sin establecer en base a que lo hace.

«h) El principio *pro asociativo*

Dicho postulado o proposición plantea que se facilite la creación y actuación de asociaciones de consumidores o usuarios, a efectos de que estos puedan defender corporativamente sus intereses.»

Qué no es otra cosa que el reconocimiento de los mecanismo de protección colectiva autónoma que antes hemos reseñado.

El Tribunal continúa diciendo:

«En función de la proyección normativa de los principios anteriormente reseñados u otros sobre la materia, se aprecia, en concreto, que en el artículo 65° de la Constitución aparecen las dos obligaciones estatales siguientes:

§ Garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que están a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.

§ Velar por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidores o usuarios. Ello implica que se asegure que los productos y servicios ofertados en el mercado deben ser tales que, utilizados en condiciones normales o previsibles, no pongan en peligro la salud y seguridad de los consumidores o usuarios.»

Sin embargo veremos que de la formulación de los principios no se deriva que estos sean los derechos. Los principios no están formulados en términos de información, y se limitan a referirse a una suerte de corrección de la desigualdad (efecto redistributivo) y no necesariamente de la protección de una autonomía informada.

Pero podría pensarse que la enumeración de los derechos cierra la posición del Tribunal hacia la protección de la información, salud y seguri-

dad del consumidor. Sin embargo, lamentablemente ello no es así, como veremos a continuación.

La mejor forma de entender la comprensión de los principios anotados es estudiando como aplica el Tribunal los principios enunciados. Como vimos en el caso Rovic, el Tribunal llegó a un resultado satisfactorio, a pesar de la ambigüedad de los principios enunciados. Pero justamente esa ambigüedad muestra que se puede llegar a resultados que reflejan precisamente lo contrario. En pocas palabras los principios tal como han sido enunciados crean un amplio margen de discrecionalidad.

El caso es el Carlos Ever Gamarra Musso, Expediente. 1238-2004-AA/TC y trata el tema de la relación entre los bancos y los consumidores. Pero curiosamente el caso que comentamos no se refiere un amparo contra un Banco por parte de un usuario descontento con los altos intereses que le cobraban. De hecho ninguna de las partes es un Banco y el caso tiene que ver con el reingreso de un militar al servicio activo. Se trata de un caso totalmente ajeno a ese problema y en el que el Tribunal pudo perfectamente pronunciarse sin necesidad de hacer la declaración contenida en la resolución.

Se trata de una acción de amparo iniciada por el señor Carlos Ever Gamarra Tapia contra el Estado Peruano, representado por el sector Defensa. El acto violatorio consiste en una Resolución Ministerial mediante la cual se deniega la reincorporación del demandante al servicio activo en la Fuerza Aérea. El sustento de la denegatoria de reincorporación es un supuesto no pago de una serie de deudas dinerarias que el demandante tenía, y que él calificó como usurarias.

La sentencia analiza correctamente la relación entre la sanción que se impone en la Resolución Ministerial y el hecho que la motiva. En concreto declara que no existe relación entre el no pago de las deudas mencionadas y el adecuado funcionamiento del instituto militar. Ello porque el hecho que el demandado no hay pagado los créditos no dice nada de sus cualidades y capacidades para el servicio castrense. A ello añade que en el caso de algunas de las deudas, los acreedores fueron sancionados por delito de usura, lo que refuerza lo ilegítimo de la acción tomada. Si la sentencia se hubiera limitado a este extremo las cosas hubieran ido bien y el caso no pasaría a mayores.

Pero a partir del considerando 10 la sentencia toma un giro inusual, en el que los vocales se salen del expediente para sustentar las recomendaciones que carecen por completo de relación con los hechos, y que por el contrario afectan a todo el sistema financiero y, lo que es más lamentable, a los usuarios de dicho sistema, es decir a los consumidores. Es así que base de una serie de argumentos económicos equivocados e inconsistentes entre sí, muchos de los cuales de fundamento claramente marxista, sustentan una

teoría de la explotación de los consumidores por parte de los Bancos, que «no tenían velo en el entierro», es decir en el expediente. Y no se limitan a un tema de información, sino de desigualdad en sentido amplio. Todo para concluir con la recomendación a la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y el Banco Central de Reserva (BCR) para que revisen la normatividad existente y refuercen un control de las tasas de interés.

El fundamento central de la posición tomada en sustento de la recomendación es básicamente económico. Como se desprende de todo lo escrito en este libro, nos parece más que saludable que un Tribunal tome en cuenta los efectos económicos de sus decisiones y analice como opera la relación económica que sirve de base al problema que analiza. Pero si lo hace debe ser cuidadoso en el uso en el análisis, pues una mala interpretación económica puede ser tanta o más grave que una errada interpretación legal.

Partiendo de la existencia de un poder fáctico en los proveedores en el mercado financiero que puede ser ejercido contra los consumidores, el Tribunal da una serie de razones que justifican una mayor intervención estatal en el mercado, las que enumera en el considerando 13 de la sentencia. La cantidad de fundamentos y lo redundante de los mismos nos lleva a restringir el análisis a los principales:

a) Se hace referencia a la necesidad de eliminar cláusulas abusivas, asumiendo que la asimetría existente entre la entidad bancaria no deja «la más mínima posición de negociación» pues los contratos son «redactados, sin la participación o asentimiento previo del adherente en la determinación de las tasas e intereses»¹⁹³. Y ello se hace «con el exclusivo propósito de someter al cliente a los planes y directivas cuyo fin es el mejor éxito del banco.»¹⁹⁴

b) Se indica que la tasa de interés debe «guardar relación el servicio efectivamente prestado»¹⁹⁵ dado que en épocas de baja inflación nada justifica las tasas altas y punitivas que se aplican¹⁹⁶, debiendo evitarse que «sean incrementadas permanentemente por la banca, demostrando el poder económico y unilateral de la misma» siendo el resultado de «una decisión oligopólica abusiva»¹⁹⁷

c) Añaden que «si los bancos aducen sufrir costos excesivos, estos deben ser exclusivamente atribuidos a su ineficiencia comparada con el nivel internacional»¹⁹⁸ llegándose a castigar a los consumidores que pagan puntualmente (es decir a

193. Considerando 13, literales a y b.

194. Considerando 13, literal l.

195. Considerando 13, literal c.

196. Considerando 13, literal d.

197. Considerando 13, literal f.

198. Considerando 13, literal h.

la mayoría) por los costos que generan los que no pagan¹⁹⁹, sobre todo considerando que «*las instituciones bancarias tienen el deber de informarse de la situación del cliente al que le concederán un crédito, es decir la obligación de reunir la información previa y necesaria sobre la solvencia y capacidad de pago del cliente, por lo que la excusa del riesgo crediticio, esgrimida para justificar el cobro de altos intereses por parte de los prestadores del servicio crediticio, quedaría totalmente descartada*»²⁰⁰

En síntesis, los tres argumentos principales son (1) que los términos de los contratos por adhesión no reflejan en nada el interés de los usuarios (lo que parece sugerir una regulación de los contratos), (2) que los servicios no guardan relación con el costo del interés por la existencia de un «oligopolio abusivo» (lo que parece sugerir una regulación mayor de las tasas de interés) y (3) que en todo caso si los bancos enfrentan mayores costos es por su culpa e ineficiencia y los costos de morosidad no pueden ser trasladados a los usuarios que si pagan puntualmente mediante tasas más altas que reflejen el costo crediticio (lo que sugeriría que los bancos deberían tener tantas tasas como clientes tienen, según el riesgo de cada uno).

Estos tres argumentos son equivocados y parten de una falta de comprensión de cómo funcionan los mercados, y en particular los mercados financieros y los riesgos a ellos vinculados. Lo peor de todo es que los criterios seguidos por el Tribunal, derivados de una teoría de la explotación económica, pierde de vista que los efectos más serios de su posición los sufrían los consumidores con aumentos de tasas de interés (por tener que recurrir a mercados informales), o con tener a su disposición el crédito más caro del mundo, es decir el crédito inexistente, porque ya nadie les prestará dinero. Lo peor es que el efecto de la decisión es regresivo por que afecta a los más pobres, justamente aquellos que tienen mayor riesgo de crédito, como ya hemos analizado antes.

Notemos cómo el análisis se aleja del mandato constitucional contenido en el artículo 65, que no habla de corregir estas diferencias de poder económico. No hay referencias a que el problema sea la información, y en tasas de interés supuestamente altas no hay relación con temas de salud o seguridad. Es una intervención que excede el marco de la Constitución y que se enmarca dentro de la sugerencia de un puro intervencionismo contractual.

Es lamentable que ese análisis se haya efectuado sin revisar ni citar ninguna data que sustente las afirmaciones que se efectúan. Analicemos los tres argumentos centrales en los puntos siguientes.

199. Considerando 13, literal i.

200. Considerando 13, literal k. Dicho sea de paso, de todos los considerandos citados, quizás sea este el que se lleve el «Oscar» al sinsentido económico.

El primer punto parecería sugerir que existe una ecuación entre contratación con cláusulas generales o estándares y el abuso. Así, el razonamiento de base del Tribunal es que las cláusulas generales de contratación en el sistema bancario tienen como *exclusivo propósito someter al cliente*²⁰¹ (así de enfático es). «Exclusivo» quiere decir que no tienen otro propósito y fin. La contratación por adhesión a cláusulas generales es un «artilugio» creado por los proveedores para explotar a los consumidores. Se llega a sugerir que todos los contratos deberían negociarse en términos paritarios, es decir iguales.

Si ello es cierto tendríamos que prohibir la contratación de ese tipo. Pero ello es regresar a la época de las cavernas. Pierden de perspectiva que la existencia de ese tipo de contratación tiene por objeto, uno muy distinto y justamente antagónico con el que se propone: beneficiar a los consumidores por la vía de reducción de costos de transacción, lo que les permite acceso a más opciones a menores precios.

Ya hemos analizado al detalle la función de este tipo de contratación y los inmensos beneficios que trae y no es nuestra intención repetir el análisis. De hecho esta forma de contratación ha permitido el desarrollo económico actual de los mercados y buena parte del bienestar que el desarrollo económico genera.

Como ya vimos, la autonomía de la voluntad, bajo la concepción tradicional, se construyó bajo los conceptos de la libertad de contratar o libertad de conclusión (entendida como aquella que me permite decidir si contrato o no y con quién) y la libertad contractual o de configuración (aquella que me permite determinar el contenido y normatividad interna de la relación jurídico contractual). Ambas libertades actuaban en la realidad a través de lo que se conoce como la negociación contractual. Pero como hemos ya analizado extensamente la negociación, como proceso, genera costos de transacción.

La forma como estos costos, que son inmensos en una economía moderna, se reducen, es mediante la estandarización contractual, tan vapuleada por el Tribunal Constitucional. La estandarización de los bienes y servicios que concurren al mercado lleva, indefectiblemente, a estandarizar las relaciones jurídicas vinculadas a dicha concurrencia.

Para posiciones extremas, como la adoptada por el Tribunal, con el sacrificio de la negociación se sacrifica también la voluntad individual de una de las partes ya que existe una «desigualdad evidente» entre los «contratantes». Entonces se plantea que debería, también, caer el carácter vinculante de esta «seudocontratación». Sin embargo, ello parte de un serio un error conceptual.

201. Considerando 13, literal 1.

Como KESSLER sostiene, «De misma manera como la reducción de los costos de producción y distribución se refleja en precios más reducidos, la sociedad en su conjunto beneficia finalmente del uso de los contratos standards»²⁰².

El problema, como dijimos, es el hecho de que una sola de las partes pueda determinar las condiciones que se incorporarán al contrato. Pero de lo dicho no se puede, como pretende el Tribunal, asimilar la contratación estandarizada a un fenómeno similar al ejercicio de una suerte de poder legislativo que permite imponer nuestras decisiones a otros.

La empresa suele ser la que redacta las cláusulas porque cuenta con mejor información que el consumidor. Pero esta información concede a la empresa una ventaja estratégica sobre el consumidor, que suele no leer o no entender las cláusulas a las cuales se adhiere como consecuencia de un acto que podríamos casi catalogar de auto-reflejo.

La posición según la cual el banco está en capacidad de explotar al consumidor por el simple hecho que es quien redacta las cláusulas no resiste el menor análisis. Si el sistema de mercado funciona de acuerdo a un conjunto de presupuestos básicos el consumidor se encontrará adecuadamente protegido por sus propias decisiones, y sin necesidad de que el Estado intervenga estableciendo cláusulas contractuales. Estos requisitos son (1) un número elevado de compradores y vendedores de manera que ninguno de ellos está en capacidad, por propia iniciativa, de afectar el precio y condiciones de comercialización de los productos. En otras palabras, tanto los demandantes como ofertantes en el mercado son «tomadores de precios», (2) que no existan barreras de entrada y de salida al mercado, de manera que puedan entrar a una industria o comercio todos los que quieran, y que se mantengan en una industria o comercio sólo aquellos que sean eficientes y (3) que los agentes que participan en el mercado gocen de información adecuada.

Si los requisitos reseñados se cumplen, el mecanismo de mercado daría las mismas garantías que ofrece el sistema contractual tradicional por la vía de la negociación, pero prescindiendo de esta última. Si bien nadie negociaría las condiciones contractuales que se incorporan en un contrato estándar, estas condiciones serían determinadas por un conjunto de decisiones atomizadas en el mercado. Las empresas serían «tomadoras de condiciones contractuales» arrojadas por la interrelación de ofertantes y demandantes. Esto quiere decir que las empresas no fijarían unilateralmente las condiciones que ofrecen en sus contratos, sino que recogerían las mismas a través de la información que el mercado les da sobre qué conjunto de términos contractuales son demandados por los consumidores.

202. KESSLER, *op cit*, loc cit, p. 632.

Como vimos, en la teoría contractual tradicional existen dos libertades que configuran la autonomía privada. La primera es la libertad de contratar y la segunda, la libertad contractual. La libertad de contratar es la facultad que tienen las partes para elegir cuándo y con quién celebrar un contrato. La libertad contractual se refiere al contenido mismo de las condiciones contractuales que se incorporan a la relación jurídica que se instaura entre las partes, por lo que también es conocida como libertad de configuración o libertad normativa.

De acuerdo a lo que hemos explicado si el sistema de mercado funciona adecuadamente sólo la libertad de contratar es realmente necesaria. La libertad contractual implica necesariamente negociación. Como vimos la negociación genera costos de transacción. En consecuencia, es preferible que las cláusulas sean redactadas por una de las partes y que la protección contra dichas cláusulas se dé por intermedio del rechazo o la aceptación a las mismas sin necesidad de negociarlas. En este caso el incentivo para incluir cláusulas razonables nace de la necesidad de captar la demanda de los consumidores. Al igual como se reducen precios para competir, se ofrecerán mejores condiciones para desplazar competidores del mercado.

Nótese la diferencia de lo que ocurre entre el fenómeno de la contratación en masa y un acto de ejercicio de función pública como la sentencia del Tribunal Constitucional que estamos comentando. En el caso de la sentencia terminamos si sometidos por una decisión unilateral del Tribunal, sin siquiera haber tenido el derecho de adherirnos y menos de negociar los términos de las reglas que nos regirán en el futuro. No puedo «desplazar» mi demanda de reglas a otro Tribunal distinto. El Tribunal, a fin de cuentas, tiene un monopolio. A diferencia de lo que suele ocurrir en el mercado, el Tribunal sí está en la capacidad de imponernos sus ideas pues «*no existe la más mínima posibilidad de negociación*».

En pocas palabras la adhesión, en sí misma, y en una atmósfera competitiva no nos dice nada. En todo caso el problema de información asimétrica, que podría sí ser un verdadero problema, ni siquiera es tratado por el Tribunal, posiblemente porque el resultado no sería una recomendación intervencionista de mayor control de cláusulas y tasas, sino una recomendación razonable que proponga un mayor cuidado con reglas que permitan una mejor información a los consumidores, es decir una regla menos intervencionista.

El segundo aspecto en el que se basa el Tribunal es la supuesta existencia de un *oligopolio abusivo*²⁰³ que permite cobrar a los bancos por encima del

203. Considerando 13, literal f.

servicio efectivo prestado. Debemos entender que, en su ambigüedad lingüística, el Tribunal se estaría refiriendo a una capacidad de cobrar por encima del costo de dar el crédito, lo que es solo posible si se cuenta con poder de mercado para dejar de ser un tomador de precio y poder cobrar así rentas monopólicas.

Un primer punto, en que la confusión es evidente, es la relación que se establece entre poder monopólico y contratos de adhesión con cláusulas abusivas. Nada en la teoría económica indica que ello ocurra.

Como ya hemos visto, la existencia de adhesión o de cláusulas abusivas no tiene relación directa con el poder económico ni con la teoría de la explotación sugerida por el Tribunal. Es cierto que el poder económico puede ser un medio para obtener mejor información y para desarrollar mecanismos para aprovecharla. Pero ello no necesariamente es así. Recordemos el caso de un sastre humilde e independiente que hace ternos para ejecutivos destacados de empresas (donde la diferencia de poder económico estaría favoreciendo al consumidor) el tema se presenta por el lado que en el mercado de venta de ternos el sastre cuenta con una mejor información que le permite sacar partido al redactar las cláusulas que imprime al dorso de su boleta de recojo, y donde, por ejemplo, limita su propia responsabilidad.

Como sugiere TREBILCOCK, «(...) la proposición de que el uso de los contratos estándares es el resultado de la concentración de poder en el mercado carece por completo de fundamento empírico. La razón por la que tales contratos son usados, es exactamente la misma por la que se usan en el mundo de los negocios entre comerciantes, esto es para facilitar el intercambio, o en términos económicos, para reducir los costos de transacción (...). Más aún, es un hecho fácil de observar que los contratos estándares son usados (...) en incontables casos en los que no existe una significativa concentración del mercado»²⁰⁴. Así, tenemos el caso de lavanderías, playas de estacionamiento, cinemas, tiendas de comestibles, etc.

Como también ya vimos respecto a este punto, POSNER señala que no existen razones para esperar que los términos contractuales sean diferentes dentro de un monopolio a aquellos que se producirían bajo una situación de competencia. La única diferencia esperable es que el precio bajo el monopolio será más elevado²⁰⁵. Las razones que explican esto son dos. En primer lugar, el monopolista tiene un incentivo, si es que quiere maximizar beneficios, de colocarse en la curva de demanda más alta posible.

204. TREBILCOCK, M.J. op cit., loc cit.

205. POSNER, Richard A. *Economics of Law*. Little Brown & Company, 1986, p. 102.

El monopolista quiere dar al consumidor exactamente lo que el consumidor quiere, es decir términos y condiciones razonables. La diferencia es que el monopolista va a cargar un precio por encima de aquel que determinaría el mercado bajo condiciones de competencia. En segundo lugar, el monopolista tiene un cierto interés en negociar el contrato, pues eso le permite conocer las preferencias particulares de cada uno de los consumidores y, por esa vía, llevar a cabo prácticas de discriminación de precios que maximicen su utilidad.

Existe evidencia empírica sobre el hecho que las cláusulas suelen ser incluso menos favorables al consumidor en mercados sumamente competitivos y desconcentrados que en supuestos de monopolio u oligopolio. Son comunes las cláusulas abusivas en servicios como lavanderías, playas de estacionamiento, seguros, corretaje de inmuebles, o contratos de crédito. En estas situaciones existen mercados competitivos, y el carácter abusivo de las prácticas parece deducirse más de la actitud del consumidor (que no lee las cláusulas que se le presentan) que de la concentración de poder económico por parte de la empresa. Pero si ello es así, antes de pensar en regular precios (como sería ridículo regular los precios de las lavanderías) hay que trabajar en mejores esquemas de transparencia de información a los consumidores que es una opción menos intervencionista y mucho más efectiva.

Pero en todo caso lo dicho solo muestra el error del Tribunal de mezclar el problema de las tasas de interés con el problema de las cláusulas contractuales. Todavía podría sostener que sin perjuicio que las cláusulas no se ven afectadas por el poder de mercado si lo hace el interés, que es finalmente un precio.

El Tribunal no dice si el llamado oligopolio abusivo es un caso de abuso de posición de dominio (en el que cada banco por su poder de mercado puede fijar unilateralmente la tasa de interés) o un caso de concertación de precios (en el que los bancos se han puesto de acuerdo para fijar una tasa de intereses superior a la del mercado).

Si el tema fuera el de concertación de precios se equivocó en su invocación a la SBS y el BCR, porque el que esta a cargo de controlar esas conductas es el INDECOPI a través de la Comisión de Libre Competencia. Si estamos frente a un cartel la respuesta no es regulación de tarifas o tasas, sino una acción por parte de las autoridades antimonopolio para sancionar la concertación. No es una respuesta saludable a los casos de concertación la regulación de precios máximos. Lo que hay que hacer en ese caso es devolverles a los consumidores la capacidad de decidir y que el acuerdo entre competidores les ha quitado.

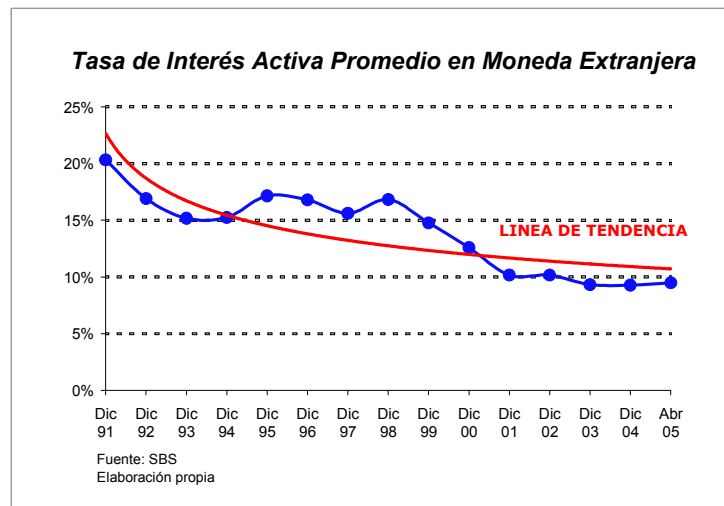
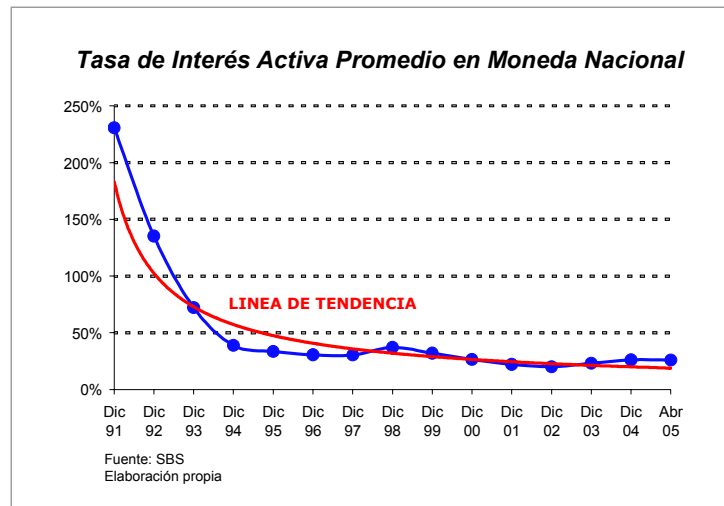
Por el contrario, si estuviéramos ante un caso de abuso de posición de dominio, tendría que armarse un argumento según el cual no hay suficiente

competencia y no hay posibilidad de entrada al mercado de nuevos competidores. Tendría entonces que tratarse al sistema financiero como un monopolio natural y tener un regulador tipo OSIPTEL u OSINERG fijando tarifas de manera más estricta. Pero ello no tiene ningún sentido.

En primer lugar existen en el mercado 14 Bancos, del más diverso tipo, tamaño y origen. Ninguno de ellos parece tener un porcentaje que permite presumir una posición de dominio en el mercado. Para un mercado pequeño como el Perú no es un número despreciable. Hablar de un abuso de posición de dominio parece sinceramente un mal chiste. Por otro lado el número de Bancos, sumado a la diversidad de productos que ofrecen hacen muy poco probable la existencia de concertación pues los costos de transacción para poder tomar y ejecutar tales acuerdos son muy altos. Por el contrario se aprecian campañas muy agresivas de publicidad, marketing y lanzamiento de nuevos productos que no parecen ser consistentes con la existencia de un cartel. Pero en todo caso su existencia debe demostrarse y no presumirse. En ello el Tribunal ha violado hasta la presunción de inocencia, porque habría asumido que la concertación ya se está produciendo.

Y si uno ve la evolución de las tasas de interés descubre que la conducta del mercado es totalmente inconsistente con la existencia de una empresa monopólica o de un cartel. Si uno analiza la evolución de las tasas de interés activas, estas han pasado por un proceso de progresiva y significativa reducción en los últimos años. Como se aprecia en los siguientes dos cuadros, la tasa de interés activa promedio en moneda nacional se ha reducido de 230.68% en 1991 a 26.7% en el 2005. Algo similar ha ocurrido con la reducción de la tasa de interés promedio en moneda extranjera (no distorsionada por la alta inflación de inicios de los noventa) que ha bajado de 20.32% a 9.49 en el mismo periodo. La tendencia es claramente a la baja, justamente lo contrario de lo que estaría ocurriendo en un mercado supuestamente distorsionado con prácticas abusivas o restrictivas de la competencia. No existe pues el *permanente incremento del interés*²⁰⁶ del que nos habla el Tribunal. Los intereses en el agregado han bajado y no se puede hacer una generalización tan irresponsable como la que hace la sentencia.

206. Considerando 13, literal f



En todo caso el Tribunal equivoca su aproximación al creer que el punto está en el poder de mercado. En el fondo el crédito es como cualquier otro bien y servicio. El alimento es mucho más importante para el ser humano que el crédito y parecería no despertar las mismas inquietudes a pesar que los alimentos se compran usualmente por contratos de adhesión y que en muchas industrias de alimentos encontramos mucho más concentración de mercado de lo que uno encuentra en el mercado financiero. El Tribunal no ha podido entonces explicar por qué le preocupa este mercado y no otros distintos, como para exigir una regulación más agresiva.

El último argumento podría ser resumido así: finalmente, si el crédito es caro por sus costos, es culpa del banco, y no tiene por qué trasladar sus costos a los consumidores. De todos los fundamentos usados este es quizás el más ridículo y absurdo de toda la sentencia. Y eso que los otros ya son bastante ridículos y absurdos. Imaginemos el siguiente ejemplo. Usted va a comprar un automóvil y le ofrecen una garantía de un año por buen funcionamiento. Evidentemente el costo de la garantía ya está incorporado en el precio del automóvil, precio que es igual para todos quienes compran dichos automóviles. El vendedor de automóviles tiene que hacer un cálculo estadístico sobre cuántas veces se descompondrá el auto durante el periodo de garantía, determinará un costo estimado en base al riesgo y lo cargará al precio. Algunos autos se descompondrán más que otros, y entonces su estimación calculará un costo promedio que trasladará a todos los carros por igual. Sería virtualmente imposible hacerlo de otra manera.

Pero los carros no solo se descomponen porque tienen fallas de fábrica, sino además por la calidad del uso del conductor. La forma que maneja y cuida el vehículo incrementa o disminuye los riesgos de un desperfecto. Cada conductor es distinto y por tanto implica un diferente nivel de riesgo de desperfecto que a su vez significa un distinto nivel de costo. Pero el vendedor no se involucra en la imposible tarea de monitorear, previa a la compra, como maneja y se comporta cada comprador. Con ello los mayores costos de algunos (los descuidados) son asumidos por quienes tienen menores costos (los cuidadosos) pero pagan el mismo precio. Finalmente los costos de transacción existentes no hacen aconsejable medir ese riesgo en detalle. Lo más que hace el vendedor es establecer algunas precauciones mínimas para manejar el riesgo, como contratar seguros, poner exclusiones a la garantía (ninguna cubre un choque del conductor, por ejemplo), etc.

Imagínese que usted interpone una acción de amparo porque se han violado sus derechos constitucionales. ¿Cuál es el fundamento? Pues que usted es un conductor cuidadoso y ordenado y como tal cuida su vehículo más que los demás. Pero resulta que al venderle el automóvil no le han descontado la parte proporcional al menor riesgo que usted tiene en relación al riesgo que generan otros conductores no tan buenos y cuidadosos. Como cada persona tiene riesgos diferentes que se materializan en un mejor o peor funcionamiento de los vehículos que conducen, es de esperar que los costos sean diferentes por cada persona. ¿Tiene el vendedor de automóviles *el deber de informarse de la situación de cada cliente*, es decir del nivel de riesgo que debe asumir con cada uno en la garantía y por ello estar imposibilitado de cargar a los clientes más riesgosos lo mismo que a los más riesgosos? Evidentemente es un absurdo, el mismo nivel de absurdo que

tiene la sentencia del Tribunal en ese extremo pues pide que con el crédito se haga lo mismo que se ha sugerido podría hacerse con los automóviles.

Los riesgos de no pago de crédito son innumerables y muy difíciles de medir en concreto, es decir en relación a cada deudor. Cuando usted contrae un crédito, ¿está en posibilidad de conocer con certeza cuáles son sus posibilidades reales de pago? Posiblemente solo tiene un buen estimado de cómo podrá pagar usted mismo. Y quizás usted sea la persona que mejor se conoce a sí mismo. No es fácil saber si conservará el trabajo o si el negocio irá bien. Tampoco sabe si enfermará o algún pariente cercano de quien se depende morirá. Tampoco sabe cuáles serán los precios futuros de los productos que vende y si tendrá ingresos para pagar el crédito.

Si uno mismo no lo sabe ¿Cómo pretende el Tribunal que el Banco lo sepa con certeza? El Tribunal cree que las posibilidades de cobro son una función solo de la solvencia y capacidad de pago actual de una persona. Pero esas son solo dos variables de las muchísimas que pueden existir.

Entonces ¿Cómo manejan los bancos esos riesgos? Una posibilidad es que contraten un seguro. Ese seguro cubrirá las deudas morosas. Pero para ello tiene que cobrarle el costo del seguro a alguien. Y ese alguien va a ser el usuario. Pero no podrá cobrar pólizas distintas a cada consumidor porque desconoce el nivel de riesgo específico de cada uno. Por ello termina cobrando a todos igual.

Eso es exactamente lo que hace el Banco. Calcula el interés en función del costo del crédito que incluye el riesgo de cobro, recolecta de cada consumidor el equivalente a una «prima de seguro» que cubre los riesgos de morosidad. Si el argumento del Tribunal fuera correcto habría que prohibir los seguros de todo tipo, como el SOAT, los seguros de salud o contra incendio, porque en todos los asegurados se reparten los riesgos, no estando obligada la compañía aseguradora a identificar al dedillo el nivel de riesgo de cada uno. El SOAT sería inconstitucional porque unos manejan mejor que otros y pagan igual seguro. ¿Tienen las empresas de seguros el deber de identificar qué asegurados son más costosos y por tanto la obligación de no cargarle más a los más seguros? En todos los seguros los más riesgosos se benefician de los menos riesgosos. Es la regla de juego y así los mercados han encontrado una solución de bajos costos de transacción que hacen viable la existencia de crédito a bajo costo.

Esto es sin perjuicio que el Banco (como los seguros) tiene incentivos para identificar a los individuos más riesgosos. Para ello recurren a la historia de crédito, a evaluar el patrimonio y las garantías, o a las centrales de riesgo (que parecen tampoco ser de simpatía de los miembros del Tribunal). Ello porque así puede bajar el costo de crédito a los más seguros y

atraerlos al Banco. Si no lo hacen es porque posiblemente el costo de hacerlo supere los beneficios.

Pero el asunto es aún más complicado. La mayor miopía de la sentencia es en atribuir solo a la negligencia del Banco los mayores costos de crédito, lo que, según el Tribunal, explicaría por qué el crédito en el Perú es tan caro. Pero en el Perú uno de los mayores condicionantes del costo del crédito es la institucionalidad existente, es decir el riesgo legal.

Como se ve en el siguiente cuadro el llamado riesgo de crédito es un componente muy importante de la tasa de interés. El cuadro muestra los puntos porcentuales del costo del interés que son aportados por dicho riesgo. Ese riesgo está formado principalmente por costos legales, como costos de ejecutar y hacer cumplir las obligaciones, sistema de garantías, etc. Esos costos son determinados en buena parte por las leyes y cómo son aplicadas estas. Por ejemplo, en el caso de la pequeña empresa ese costo es, en términos porcentuales, 65 veces el porcentaje del crédito corporativo, que podría bajar 13 puntos si ese riesgo desapareciera.

Costo del crédito en el Perú					
Segmento	Tasa	Costo de Fondos	Riesgo de Crédito	Costos Operativos	Utilidad
Corporativo	6.8	2.3	0.2	1.0	3.2
Mediana Empresa	10.7	2.3	5.0	3.6	-0.3
Pequeña Empresa	16.7	2.3	13.0	8.8	-7.4
Consumo	20.4	2.3	6.2	8.8	3.1
Microfinanzas	58.6	12.0	9.0	30.0	7.6
Hipotecario	13.6	4.1	1.0	4.6	3.9

Fuente: El Costo del Crédito en el Perú. Presentación de Richard Webb, Presidente del BCRP
Junio 2002

Los riesgos legales incluyen cosas tan variadas como el cumplimiento de las regulaciones existentes, la ineficacia de las Cortes para poder cobrar, la incertidumbre de leyes populistas que da el Congreso y, por supuesto, los nuevos costos de incertidumbre que sentencias como la que comentamos generan en el sistema financiero. Y como el lector podrá comprender ¿Cómo hace un banco para aliviar esos costos y así reducir la tasa de interés a «niveles internacionales» como exige el interés si nuestra Ley y nuestros Tribunales no se comportan a «niveles internacionales»? No sé que países se habrán tomado como referencia por el Tribunal para decir que los intereses son altos, pero le puedo asegurar que son países en los que la Ley y las Cortes que la aplican son más eficientes y sobre todo

predecibles que en nuestro caso. No se puede decir que no se justifica un crédito caro en un país con inflación baja, cuando ese país genera sobrecostos legales tan importantes, en especial a los más pobres, como se ve en el cuadro anterior.

Es fácil decir, lo difícil es demostrar lo que se dice. Y la resolución del Tribunal carece de todo análisis o información que le permita afirmar lo que afirma. Y como van las cosas, decisiones como la adoptada por el Tribunal son más culpable de tasas de interés altas que los contratos de adhesión, los monopolios o la negligencia de los Bancos. No hay que «ver la paja en el ojo ajeno cuando se tiene una viga en el propio». Y el Tribunal nos «adhiera» a la fuerza a un criterio que elevará los costos del sistema financiero, comportándose como un monopolio (porque puede imponer sus decisiones), por lo que será su negligencia la que puede llevar a los consumidores a pagar un crédito más caro, o lo que es peor, a no tener crédito, en especial por parte de quienes más lo necesitan.

XXVII. EL DERECHO A EQUIVOCARSE.

La presente sección ha abordado los aspectos más destacados del análisis legal de los casos de protección al consumidor.

Los criterios desarrollados en los últimos años por la jurisprudencia del INDECOPI y del Tribunal Constitucional han contribuido a hacer más impredecibles las decisiones sobre y con ello oscurecer a los proveedores qué tipo de decisiones es razonable adoptar para cumplir con la Ley.

Es importante es apreciar como se está distorsionando el paradigma previsto en la Ley, más centrado en respetar las propias decisiones de los consumidores y su propia capacidad de elegir.

Hay un derecho de los consumidores que no suele enunciarse en las leyes y tratados de protección al consumidor. Este es el derecho a equivocarse. No corresponde al Estado corregir los errores de los consumidores, sino solo corregir factores que puedan distorsionar su libre decisión. Respetar el derecho a equivocarse del consumidor es esencial para respetar su derecho a la libertad y a la autonomía privada. No es posible conceder el derecho a acertar y decidir correctamente sin proteger el derecho del consumidor a equivocarse. Por eso la protección al consumidor debe tutelar este derecho y no sustituir la voluntad del consumidor.

En el fondo los derechos de los consumidores se asemejan al derecho político al voto. De la misma manera como corresponde al sistema electoral definir un marco que permita una expresión democrática de los electores en los que los resultados de una elección reflejen lo que los votantes quie-

ren, el sistema de protección al consumidor tiene por finalidad que los «votos monetarios» de los consumidores reflejen en las decisiones de los productores lo que los consumidores quieren, en una auténtica democracia económica. No se trata de decidir en lugar del consumidor, sino de reforzar su propia capacidad de decisión. El sistema electoral será democrático no porque eligió al mejor presidente, sino porque el presidente, refleja las preferencias del electorado, incluso haya el riesgo, frecuente, que el electorado se equivoque.

De la misma manera, el sistema de protección al consumidor, será adecuado no porque los consumidores nunca se equivoquen, sino porque puedan decidir libres de prácticas que distorsionen su voluntad.