



ENSAYOS SOBRE
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
EN EL PERÚ
EDITOR: ÓSCAR SÚMAR

ro Álvarez • Alfredo Bullard • Freddy Escobar • Francisco Fernández
el Gonzales • César Ordinola • Carlos Patrón • Alberto Rebaza • Gustavo Rodríguez
riam Silvy • Juan Manuel Sosa • Pierino Stucchi • Luis Miguel Velarde



**UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO**



ENSAYOS SOBRE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL PERÚ

Óscar Súmar
(Editor)



**UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO**

© **Universidad del Pacífico**

Avenida Salaverry 2020

Lima 11, Perú

ENSAYOS SOBRE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL PERÚ

Óscar Súmar (editor)

1ª edición: marzo 2011

Diseño de la carátula: Camila Bustamante

ISBN: 978-9972-57-175-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2011-04024

BUP

Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú / Óscar Súmar, editor. – Lima : Universidad del Pacífico, 2011.

332 p.

Contenido: Una mirada económica a la protección al consumidor – Mecanismos para la protección del consumidor – Comportamiento del consumidor – Aspectos específicos: contratos, información y responsabilidad.

1. Protección del consumidor – Perú 2. Comportamiento del consumidor – Perú I. Súmar Albújar, Óscar II. Universidad del Pacífico (Lima)

381.34 (SCDD)

Miembro de la Asociación Peruana de Editoriales Universitarias y de Escuelas Superiores (Ape-su) y miembro de la Asociación de Editoriales Universitarias de América Latina y el Caribe (Eulac).

La Universidad del Pacífico no se solidariza necesariamente con el contenido de los trabajos que publica. Prohibida la reproducción total o parcial de este texto por cualquier medio sin permiso de la Universidad del Pacífico.

Derechos reservados conforme a Ley.

ÍNDICE

Prólogo	
Cecilia O'Neill de la Fuente	7
Presentación	
Fernando Cantuarias	
Óscar Súmar	15
Una mirada económica a la protección al consumidor	
Un acercamiento preliminar a la función económica de la protección al consumidor	
Carlos A. Patrón	21
¿Qué nos puede decir la teoría económica de la regulación sobre las normas de protección al consumidor?	
Óscar Súmar	37
La ciudadanía económica en el Perú: el consumidor	
Pierino Stucchi López Raygada	53
¡No me defiendas, compadre! Los efectos económicos de la intervención del Estado en materia de protección al consumidor	
Alberto Rebaza Torres	71
Mecanismos para la protección del consumidor	
La historia del Indecopi en la protección del consumidor peruano: los primeros dieciocho años	
César G. Ordinola Guerra	93
El sistema de arbitraje de consumo del Perú	
Arturo Álvarez Alarcón	125

Una mirada constitucional a la defensa del consumidor, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Juan Manuel Sosa Sacio	141
--	-----

Comportamiento del consumidor

¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario Alfredo Bullard	183
---	-----

Análisis del comportamiento del consumidor peruano relacionado con el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor Myriam Silvy	231
---	-----

Aspectos específicos: contratos, información y responsabilidad

Entendiendo el mercado: la contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y de selección adversa Freddy Escobar Rozas	257
--	-----

Publicidad e información para el consumo Gustavo M. Rodríguez García	283
---	-----

Los accidentes producidos a causa de un servicio aéreo defectuoso: su tratamiento normativo y la distribución de las responsabilidades Luis Miguel Velarde Saffer Daniel Gonzales La Rosa	309
---	-----

Entrevista a Francisco Fernández Fredes	323
---	-----

Los autores	329
-------------------	-----

PRÓLOGO

La historia de la humanidad, y por tanto del Derecho, es pendular. En no pocos momentos se han producido virajes de nociones individualistas a colectivistas y viceversa, lo que ha sido motivado por razones políticas, sociales y económicas.

Quest for Fire (1981), traducida como *La Guerra del Fuego*, es una película de Jean Jacques Annaud¹ que muestra las dificultades de supervivencia de las tribus primitivas. Aunque interesante por muchas otras razones, la película ayuda a reflexionar sobre cuál es la noción de Derecho que concebía la humanidad en sus orígenes. Evidentemente, en las sociedades primitivas no había noción de contratación, pues ello no era necesario. Los derechos y obligaciones no se encontraban individualizados, de modo que las nociones de exclusión y, por tanto, de asignación de titularidades individuales, eran inexistentes.

Es la sociedad romana la que empieza a construir la noción de individualismo, pero el péndulo siguió moviéndose, de modo que en la Edad Media se fue modelando una estructura más comunitaria en la que la propiedad individual se iba disolviendo en la colectividad. Así ocurrió con el cristianismo recalcitrante, que asoció –claro, para los individuos y no para la propia Iglesia– el desprendimiento de los bienes materiales con la gracia divina, de modo que la generación de riqueza como valor individual era desdeñada.

Una de las formas en que la voluntad individual fue revalorándose fue con la “santificación” de los contratos, acuñándose la idea de que los contratos no pueden modificarse unilateralmente. Para legitimar la noción de la palabra empeñada, fue necesario equiparar a las partes del contrato. De ahí que los cuestionamientos a la contratación en masa –noción inherente a la sociedad moderna– se sustentaran en que las partes de los contratos no están equiparadas, pues los proveedores suelen ser poderosos y los clientes suelen ser débiles. La falta de poder de negociación fue asimilada a la realización de prácticas abusivas. Ello explica que el artículo

1 <<http://www.imdb.com/title/tt0082484/>>.

1398° del Código Civil prohíba –de manera equivocada– algunos contenidos de las cláusulas generales de contratación y contratos por adhesión.

Este tema ha dado lugar a posiciones radicales, según las cuales la falta de diálogo en la etapa de tratativas equivale a la ausencia de contratación. De hecho, en su trabajo *Intercambios sin acuerdo*, Natalino Irti señala que “[...] el acuerdo es el resultado de un diálogo lingüístico; el capitalismo no puede tolerar la mutable y ambigua subjetividad del diálogo y, por lo tanto, simplifica, reduce y empobrece, progresivamente, el carácter personal de la relación; el declive de la palabra en el ámbito de un diálogo cede el paso frente a la pura objetividad de las cosas, las imágenes, los gestos anónimos y repetitivos” (Irti 1988, 2003). Para el autor, hay contrato si existe diálogo previo sobre su contenido.

Tal enfoque es equivocado, pues de lo que se trata más bien es de conciliar dos intereses: de un lado, hacer la contratación eficiente; y, del otro, evitar que por el excesivo protagonismo de una de las voluntades, el natural desequilibrio de poderes de negociación se vuelva pernicioso. La forma adecuada de conciliar ambos intereses es regular la protección a los consumidores imponiendo sobre los proveedores un deber medular: brindar información relevante.

En este contexto, mientras la opinión pública se nutría de opiniones y debates a favor y en contra del Código de Protección y Defensa del Consumidor (“Código del Consumidor”) que se venía debatiendo, la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico decidió no dejar pasar la oportunidad de recoger las opiniones –esta vez menos intuitivas y más académicas– sobre el proyecto de código. El resultado ha sido muy interesante y de lectura indispensable para los estudiosos del tema.

El Código del Consumidor es un ejemplo de regulación marcada por razones políticas, pues, recordemos, su origen está en una promesa presidencial hecha pública en un discurso de Fiestas Patrias. Los ciudadanos merecen un Código de Consumo, decía el Presidente, como si no hubiésemos tenido una norma equivalente. El Decreto Legislativo 716, sus modificatorias y construcciones jurisprudenciales efectuadas por el Indecopi ya habían hecho bastante por crear una cultura de reclamo que ha acercado el Derecho a la realidad. Antes era inimaginable plantear formalmente un reclamo por los defectos de artefactos electrodomésticos; ahora esa posibilidad está claramente interiorizada por los consumidores, que saben de la existencia del Indecopi, que saben que pueden reclamar, y, lo que es más importante, que saben que, pese a algunas deficiencias procedimentales, sus reclamos pueden ser atendidos. Todo ello, mucho antes del Código del Consumidor.

Sin embargo, la compilación de las reglas de protección al consumidor y el haberles dado la categoría de “código”, aunque no eleve de rango jurídico a las normas que ya existían, sí confiere a este tema una importancia política y social que no puede desconocerse. Lo que tampoco debe perderse de vista es que, en términos generales, lo bueno del código ya existía antes de

su vigencia, mientras que las señales que crean distorsiones en el sistema de protección han sido introducidas por el código mismo.

La explicación de tantas discrepancias sobre la orientación y el contenido específico que deben tener las normas de protección al consumidor puede encontrarse, entre otras razones, en el hecho de que, vistas en agregado, las transacciones en el mercado se explican en la contratación en masa, que en términos jurídicos se traduce en cláusulas generales de contratación y contratos por adhesión.

De allí que cobre importancia, para definir las políticas que regulen la protección de los consumidores en general y la contratación en masa en particular, determinar los estándares que rigen la regulación de estos temas. La diferencia de aproximaciones está en si los estándares deben ser “informativos” o más bien “dirigistas”, definidos como aquellos que determinan *per se* qué es bueno y qué es malo para los consumidores.

Un estándar dirigista es el que determina los contenidos mínimos y máximos de la regulación. El Código del Consumidor muestra varios ejemplos, como considerar ineficaces por “abusivas” ciertas cláusulas, impedir a los restaurantes cobrar “cubierto” o establecer límites en el contenido de las garantías. El estándar informativo, en cambio, pone el acento en la necesidad de brindar información relevante para tomar decisiones responsables.

Nótese que si los estándares regulatorios giran del dirigismo a la información, los contratos no podrían ser vejatorios porque no pueden tener cláusulas abusivas. Cosa distinta es que vulneren disposiciones de protección de la salud o de menores de edad, por ejemplo, o que se activen remedios civiles como la lesión o anulación, pero eso nada tiene que ver con la regulación de protección al consumidor o con la contratación en masa. De allí que, salvo situaciones especiales (salud, seguridad, etc.), el Código del Consumidor debió guardar silencio sobre el contenido de los contratos.

No siempre es fácil distinguir entre silencio y vacío. En el teatro, el dramaturgo Harold Pinter (ganador del Premio Nobel y autor de *Traición*) es un maestro en el tema. Los silencios de sus obras son elocuentes y no incomodan; por el contrario, enriquecen su contenido. De la misma forma, los operadores jurídicos deberían acostumbrarse a que, muchas veces, menos es más. Ello no ha ocurrido con el Código del Consumidor, que, si bien recoge conceptos que la regulación anterior y jurisprudencia ya habían acuñado, sí incurre en ciertos excesos.

Decía que este libro es interesante y de lectura indispensable porque revela que no se puede diseñar una correcta política de protección al consumidor sin que se entienda adecuadamente cómo se debe regular los mercados y cuál es el rol del Estado en la economía.

Así lo señala Carlos Patrón en el texto “Un acercamiento preliminar a la función económica de la protección al consumidor”, apuntando que la asignación eficiente de recursos por medio de la

contratación enfrenta obstáculos o fallas de mercado, que impiden que los recursos sean siempre asignados a sus usos más valiosos. De ello se deriva que al diseñar políticas de protección al consumidor, debemos primero dirigir nuestros esfuerzos a identificar las fallas de mercado que afectan el intercambio masificado, para poder luego proponer alternativas regulatorias que las puedan reducir o minimizar.

Habitualmente se entiende que las normas de protección a los consumidores están puestas a favor de sus intereses, proveyéndolos de más información o mejores condiciones de contratación. Sin embargo, estas normas, al imponer costos a los productores, también pueden ser entendidas como barreras de acceso al mercado. Así, al reducir la competencia, se termina beneficiando a los productores establecidos y perjudicando a los consumidores. Partiendo de esta premisa, Óscar Súmar, en el trabajo “¿Qué nos puede decir la teoría económica de la regulación sobre las normas de protección al consumidor?”, describe algunas de las características de la teoría regulatoria, que va más allá de la regulación de servicios públicos, a través de casos relacionados con la protección de los consumidores en el Perú.

Por su parte, Pierino Stucchi en su trabajo “La ciudadanía económica en el Perú: el consumidor” aborda este tema desde una interesante perspectiva: el ejercicio de la ciudadanía económica, desde los actos de consumo, se produce plenamente cuando el escenario institucional garantiza libertad de elección e igualdad. Un adecuado ejercicio de la ciudadanía económica implica que los consumidores, en lugar de exigir públicamente que bajen los precios de los productos por la intervención estatal, exijan que se den las condiciones necesarias para aumentar la competencia.

Decíamos que las dosis de intervencionismo estatal en el Código del Consumidor se explican en las mismas razones que sustentan los límites a la contratación en masa: los consumidores son la parte débil de la relación contractual. Así lo entiende Arturo Álvarez Alarcón en su trabajo “El sistema de arbitraje de consumo en el Perú”, en el cual sostiene que dada la situación debilitada del consumidor a la hora de celebrar el negocio principal, su voluntad no es realmente eficaz, por lo que los pactos de sometimiento a arbitraje, que afectan el derecho a la tutela judicial efectiva, deben tenerse como cláusula abusiva y por tanto sancionada con ineficacia absoluta.

Discrepo con tal posición, pues por razones que merecen ser abordadas en un trabajo especial, es bueno difundir el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, es bueno hacerlo permitiendo pactar el arbitraje en cláusulas generales de contratación y es bueno asegurarse de que los consumidores formen su voluntad contando con la información necesaria. Sobre este tema, la Ley de Arbitraje sigue en la línea correcta de su predecesora y apuesta por este objetivo.

Otra opinión discrepante con la línea mayoritaria de este libro es la de Juan Manuel Sosa Sacio, que, en su trabajo “Una mirada constitucional a la defensa del consumidor, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, nos recuerda que el Tribunal Constitucional ha transitado desde una noción restringida de “consumidor” a otra más amplia. El autor sostiene

que, como quiera que los estándares que la Constitución protege son los que existen, tal cual son, el estándar de consumidor que se ajusta más a la Constitución es el de “consumidor promedio”. Su opinión se basa en que el consumidor no es un eslabón más de la cadena productiva, sino que es el eslabón más débil, y la Constitución protege precisamente a los más débiles.

Son profundas las discrepancias entre Juan Manuel Sosa y varios de los autores de este libro en lo referido a los estándares de protección. Para aquel, el estándar de “consumidor razonable” no se adapta a la imagen constitucional de ser humano, por lo que en términos constitucionales el consumidor tutelado es más bien un consumidor “promedio”, pues la Constitución garantiza la defensa de las personas como son y no como quisiéramos que fueran.

Todo lo contrario señala Alfredo Bullard en su trabajo “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”. Para este autor, ante el silencio del código, se presenta un falso dilema sobre qué estándar adoptar, por dos razones: es absurdo establecer un estándar en función de lo que las personas son, pues la idea del estándar es mejorar las conductas, no perpetuar las conductas inadecuadas. De otro lado, más allá de algunos casos aislados, los consumidores no se comportan como idiotas, de modo que en la mayor parte de casos no existen diferencias entre los consumidores razonables y los ordinarios. Sin embargo, es necesario mantener el estándar para corregir las situaciones aisladas de irracionalidad. De hecho, los consumidores, en el agregado, son pesimistas, de modo que es de esperar que tengan aversión al riesgo y que, por tanto, sean más cuidadosos y prudentes de lo que solemos creer. Es más, quien quiera engañar a los consumidores sistemáticamente 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.

Freddy Escobar Rozas, en su trabajo “Entendiendo el mercado: la contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y de selección adversa”, desbarata las justificaciones a favor de una política intervencionista en materia de protección al consumidor aludiendo al problema de selección adversa de los proveedores: a no ser que vayan a adquirir a crédito, los consumidores no tienen incentivos económicos para abstenerse de realizar comportamientos oportunistas. En cambio, los proveedores sí tienen que preocuparse por su reputación comercial.

¿Cómo mitigan los proveedores el problema de selección adversa? A través de la negociación *ex post*. Esta última es compleja y contraproducente si estuviera en condiciones contractuales “equilibradas”. Si los contratos estandarizados estuviesen compuestos por cláusulas simétricas, que otorguen derechos similares a las dos partes, los consumidores oportunistas tendrían incentivos para extraer indebidamente valor de los proveedores, aumentando los costos de transacción de estos últimos, quienes trasladarán esto a los consumidores honestos a través del precio.

En buena cuenta, añade el autor, las cláusulas no equilibradas otorgan a los proveedores discrecionalidad para evaluar los reclamos de los consumidores y ajustar sus comportamientos a

las expectativas de los consumidores en caso de que ello tenga sentido. A pesar de lo anterior, no es factible prescindir de la intervención regulatoria, pues hay dos problemas que merecen intervención estatal: los efectos anticompetitivos de ciertas cláusulas y la excesiva complejidad de los textos redactados por los proveedores.

Por su parte, Gustavo Rodríguez García, en su trabajo “Publicidad e información para el consumo”, distingue el contenido netamente persuasivo de los avisos publicitarios de aquel que cumple un rol esencialmente informativo, dado que es este último el que resulta susceptible de generar expectativas tutelables en cabeza de los consumidores. Añade que las políticas de protección a los consumidores deben concentrarse en gran medida en mecanismos de revelación de información y no tanto en mecanismos de intervención directa. La información exigible es la necesaria para que el consumidor adopte una decisión eficiente de consumo y siempre que los beneficios de la divulgación de información superen los costos derivados de no tener acceso a ella.

Coincido con el autor, pues en vez de regular el contenido de los contratos en masa, que son aquellos en los que seguramente pensaba el legislador del Código del Consumidor, es mejor concebir un sistema legal que genere el traspaso de información necesaria para que el consumidor decida lo que más le conviene.

“Promover una decisión plenamente informada no es solo un medio para lograr eficiencia, sino que es la eficiencia misma. Las decisiones desinformadas, en vez de una elección, parecen más una apuesta. La producción de información permite la toma de auténticas decisiones y en consecuencia contribuye a reforzar la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, así como la eficiencia económica”² (Craswell y Schwartz 1994).

La pregunta que surge de inmediato es qué y cuánta información debe fluir en el mercado. No solamente no hay una respuesta absoluta, sino que no debería haberla, pues ello dependerá de la industria y de las circunstancias. Definir de antemano los contenidos supondría reconocer privilegios a los consumidores que son indiferentes a la información proporcionada. El costo de la sobreprotección a unos cuantos se reflejaría en el precio final, de modo que justos pagarían por pecadores.

Es momento de que los consumidores entendamos que “uno no sólo es responsable de lo que hace, sino también de lo que ve o lee o escucha” (Cercas 2001).

Lima, febrero del 2011

Cecilia O’Neill de la Fuente
Jefa del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico

2 Traducción libre de: “Encouraging fully informed choice is not only a means to an economic end; it is in a sense an end in itself. Choices made in comparative ignorance are more like guesses than choices. The production of information facilitates genuine choice and thereby serves the interest of autonomy and freedom of contract, as well as economic efficiency”.

REFERENCIAS

CERCAS, Javier

2001 *Soldados de Salamina*. Barcelona: Tusquets Editores.

CRASWELL, Richard y Alan SCHWARTZ

1994 *Foundations of Contract Law*. Nueva York: Foundation Press, p. 301.

IRTI, Natalino

2003 "Contratos sin acuerdo". En: *Estudios sobre el contrato en general*. Lima: Ara, p. 370.

PRESENTACIÓN

Este libro se encuentra motivado por el reciente debate, y posterior aprobación, de un Código de Protección y Defensa del Consumidor en el Perú. Sin embargo, el tema de la protección al consumidor data de muchos años atrás, al mismo tiempo que la instauración del Indecopi; y tampoco se ha circunscrito al ámbito legal o administrativo, sino que incluso ha tenido un correlato constitucional gracias a la labor del Tribunal Constitucional. Además, si bien la ley recientemente aprobada busca sistematizar todas las normas referidas al tema, estas se encuentran en gran medida aún dispersas. De cualquier manera, esta nueva norma ha traído, o mejor dicho “rescatado”, varios temas a la discusión pública, por lo que merece ser destacada y criticada. Algunos de estos son más generales o de fondo, y otros son más de detalle o relacionados con aspectos específicos. Este libro ha intentado abarcar todos estos aspectos de manera comprensiva y multidisciplinaria.

La multidisciplinaria es un rasgo que distingue a la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico y, sin duda, también a este libro, en el cual se pone énfasis en el análisis económico del Derecho, el cual se combina con otras áreas o aproximaciones al Derecho, como la constitucional o doctrinaria; e, incluso, con enfoques de otras profesiones, como el ensayo de Myriam Silvy, quien es administradora de empresas.

Regresando al contenido del libro: la primera parte está compuesta por artículos acerca del sustento y los efectos económicos de las normas que buscan proteger a los consumidores. En relación con el primer punto, Carlos Patrón sitúa las normas de protección al consumidor en un contexto de masificación del consumo e industrialización. Señala, así, que las normas de protección al consumidor son de alguna manera un correlato de nuestro sistema económico, basado en el libre mercado. Por tanto, observa como preocupante que el nuevo Código amplifique la intervención del Estado en lugar de enfocarse en lograr una mayor institucionalidad, tanto de las autoridades –principalmente el Indecopi– como de la sociedad civil. Patrón concluye su análisis reafirmando la importancia de que los reguladores estudien las consecuencias de las normas antes de dictarlas, con el propósito de no ocasionar costos irrazonables a la sociedad. En el segundo artículo de esta sección, Óscar Súmar hace un paralelo entre la Teoría Económica

de la Regulación y la protección al consumidor. Su intención es, por un lado, poner énfasis en algunos puntos controvertidos o no siempre bien ponderados de la teoría económica, y, por otro lado, sugerir que las normas que idealmente buscan proteger a los consumidores, en realidad son intentos de grupos de interés para obtener rentas u otros beneficios a costa del proceso regulatorio. Seguidamente, al referirse a la ciudadanía económica, Pierino Stucchi pone nuevamente de relieve el rol de las autoridades y los consumidores mismos, abogando por una mayor educación y la expansión de la presencia del Indecopi. Finalizando esta sección, Alberto Rebaza hace un análisis de algunas normas del nuevo Código, refiriéndose en particular a sus efectos económicos. Así, Rebaza utiliza criterios de la microeconomía, especialmente de la “economía de la información”, para ir descubriendo, una a una, cómo las normas de protección al consumidor en realidad no consiguen sus propósitos y son muy costosas para la sociedad. Esto lo lleva a concluir: “¡No me defiendas, compadre!”.

La segunda parte del libro se refiere a los mecanismos institucionales que existen para hacer realidad la protección del consumidor. Así, tenemos un trabajo de César Ordinola, de la Comisión de Protección al Consumidor, detallando la labor del Indecopi en sus primeros dieciocho años. Enseguida, el profesor español Arturo Álvarez utiliza su experiencia y conocimiento sobre el famoso arbitraje de consumo en España para darnos algunas luces sobre los principios que deben inspirar nuestro nuevo sistema de arbitraje de consumo. Finalizando esta sección, Juan Manuel Sosa nos da una perspectiva sobre la labor de un nuevo y relevante actor en relación con la protección al consumidor: el Tribunal Constitucional. Así, se verá como la protección al consumidor tiene unos contornos que se extienden mucho más allá del Indecopi y que es pertinente incorporar a un debate completo sobre el llamado “sistema de protección al consumidor”.

En la tercera parte, Alfredo Bullard y Myriam Silvy le dan una mirada al consumidor peruano. ¿Qué expectativas tiene este? ¿Es descuidado? ¿Es ignorante? ¿Es idiota? Alfredo Bullard se enfoca en el dilema –hasta cierto punto falso, desde su perspectiva– de si debemos proteger al consumidor mediante un “estándar de consumidor razonable” o si, más bien, debemos usar un “estándar de consumidor ordinario”. Utilizando el análisis que entremezcla elementos legales y económicos que lo caracteriza, Bullard concluye que el estándar de protección debe ser el “razonable”, basado en la necesidad de incentivar la adopción de precauciones recíprocas entre consumidores y proveedores. Por su parte, Silvy hace un “*match*” entre datos que se conocen desde la administración y el *márketing* sobre cómo piensan o actúan los consumidores, con las normas que intentan protegerlos. Así, concluye que para saber cuáles son las reales necesidades de los consumidores, primero se tiene que conocer los perfiles de estos en general.

Comenzando la cuarta y última parte de este libro, Freddy Escobar hace un análisis de la finalidad económica de los contratos estandarizados para, a partir de este, concluir la gravedad de limitar la posibilidad de pactar determinadas cláusulas, calificadas como “abusivas”. De manera inversa a los beneficios de la estandarización, la prohibición de cláusulas “abusivas” generará, desde la perspectiva del autor, insatisfacción de la demanda y problemas de selección adversa. Luego,

Gustavo Rodríguez hace un análisis, también desde una perspectiva económica, de las normas que imponen obligaciones de revelar información, criticando aspectos concretos de estas. Hacia el final de la sección, Luis Miguel Velarde y Daniel Gonzales se refieren a la responsabilidad por producto defectuoso, tomando como excusa un caso relacionado con un accidente aéreo.

Finalmente, el magistrado del Tribunal Constitucional chileno y ex presidente del Senarc –equivalente chileno del Indecopi–, Francisco Fernández, nos concede una entrevista, en la que discutimos aspectos generales sobre el fundamento de una regulación que busque proteger a los consumidores.

Cabe anotar que exactamente en el momento de terminar este libro, el 2 de septiembre de 2010, la Ley 29571, que promulga el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor, estaba siendo publicada en el Diario Oficial *El Peruano*. Esta coyuntura tiene la ventaja de permitirnos publicar unos trabajos muy actuales y pertinentes; sin embargo, ha sido todo un reto intentar que las normas citadas calcen con la actual legislación. En muchos casos –la gran mayoría–, las normas del nuevo Código son exactamente iguales a las anteriores; pero en otros, no. En el segundo supuesto, se ha mantenido la norma originalmente citada pero se han agregado “notas del editor” que refieren normas vigentes equivalentes o relacionadas.

No podemos terminar esta breve presentación sin hacer unos agradecimientos. Primero que todo, a los autores del presente libro, todos ellos profesionales y funcionarios públicos destacados, que han tomado de su valioso tiempo para colaborar con esta obra colectiva. A la vicerrectora de la Universidad del Pacífico, Matilde Schwalb, que viene impulsando el estudio de la problemática del consumidor dentro y fuera de la Universidad; y que, además, ha tenido la amabilidad de comentar una versión no final del índice del presente libro. A las revistas *Themis*, *Advocatus* y la *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi*, por cedernos los derechos de autor de tres trabajos publicados aquí. A todas las personas involucradas en la corrección, el diseño y la publicación de este libro, que hacen un excelente trabajo. Finalmente, pero no menos importante, a los alumnos de la Universidad del Pacífico, sin cuyo entusiasta y diligente concurso en la planificación y edición, el presente libro difícilmente hubiera visto la luz: Lucía Chávez, Andrea Jiménez, Miguel Valderrama y Renzo Vernal, todos ellos alumnos de la Facultad de Derecho en el momento de editarse el libro; y Luis Falen, de Economía.

Fernando Cantuarias
Decano de la Facultad de Derecho

Óscar Súmar
Profesor de la Facultad de Derecho

**UNA MIRADA ECONÓMICA A
LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

UN ACERCAMIENTO PRELIMINAR A LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR*

Carlos A. Patrón

El nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor ha estado en constante debate; sin embargo, aún cabe preguntarse si realmente se toma en cuenta la función económica que este está llamado a cumplir; o si se trata, meramente, de una medida paternalista cuyos objetivos, analizados superficialmente, resultarían loables para consumidores peruanos cansados de los abusos a los que son constantemente sometidos.

Respondiendo a estas preguntas, el autor intentará proyectar en su artículo, desde una perspectiva económica, cuál es la verdadera función de las políticas de protección al consumidor; así como brindar las herramientas necesarias para ampliar el campo de opciones regulatorias disponibles en esta materia.

Finalmente, concluirá que la solución subyace en identificar y reducir los costos de transacción, con lo que se busca siempre facilitar el intercambio a pesar de las existentes fallas del mercado, las cuales se debe buscar corregir, precisamente, con nuevas políticas de protección al consumidor.

* El presente trabajo constituye una reproducción del artículo con el mismo título publicado en ADVOCATUS, Nueva ÉPOCA, Nº 5, diciembre 2001. Únicamente se han introducido modificaciones en la introducción y el colofón, relacionadas con el contexto en que se edita la presente obra colectiva.

Las ideas expuestas en el presente trabajo son fruto de mis relaciones profesionales, amicales y académicas con muchas personas durante los primeros años de mi carrera profesional. No confío lo suficiente en mi memoria como para intentar nombrar a todos. Sin embargo, no deseo dejar de mencionar a Marina Lazarte, Rosemary Thorp, Joselyn Olaechea, María Inés Vásquez, Alfredo Bullard, Armando Cáceres, Horacio Eguren, Hugo Eyzaguirre, Alejandro Falla, Javier Mori, Geoge Priest y Alfonso Rivera. A ellos les agradezco, sinceramente, la paciencia con la que han sabido escuchar mis inquietudes y por haberme enseñado, diariamente con su trabajo y profesionalismo, lo que las aulas y los textos no pueden enseñar. Cualquier error en la exposición, por supuesto, es únicamente atribuible al autor.

“Underlying most arguments against the free market
is a lack of belief in freedom itself”.
Milton Friedman

INTRODUCCIÓN

En los últimos meses, hemos presenciado el debate mediático sobre el proyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor que, a iniciativa de la Presidencia de la República, ha sido discutido y aprobado por el Congreso.

Quienes han promocionado esta iniciativa legislativa se han valido de una serie de tabúes y mitos que resulta necesario desterrar. Uno de los más perniciosos, sin duda, es la idea de que la protección estatal del consumidor –entendida esta como la intervención directa del Estado en las actividades de producción y consumo– es imprescindible. Nos referimos a la idea de que sin este tipo de protección estatal los consumidores se encontrarían en un estado de indefensión y serían blancos fáciles para el abuso.

Partiendo de esta errada premisa, en el proyecto se pretende incrementar, nuevamente, la capacidad sancionadora de las autoridades, en defecto de impulsar la autocomposición de conflictos entre los proveedores y consumidores en un entorno competitivo; se le reconocen al Indecopi facultades para dictar medidas reparadoras cuasi indemnizatorias de oficio, disponiendo de derechos patrimoniales de los consumidores sin el consentimiento de estos; y se postula una serie de prerrogativas del Indecopi que, lejos de facilitar la coordinación entre las distintas instancias de gobierno, empeoran las constantes contradicciones que apreciamos a diario en el actuar del Estado.

Cuando los autoproclamados “defensores de los consumidores” critican que las autoridades únicamente protegen a quienes actúan con buena fe y diligencia, y exigen mayor intervencionismo estatal, están pidiendo también que el Estado proteja al oportunista y al descuidado. Olvidan decir que reconocerles beneficios y privilegios a estos últimos perjudica a los demás, pues el costo que ello representaría a los proveedores terminará finalmente reflejado en los precios que pagamos.

Cuando exigen la obligatoriedad de un libro de reclamaciones, legalizado, autocopiativo y por duplicado, para que los consumidores anotemos nuestras quejas, están castigando al pequeño proveedor, a la MYPE que emplea al grueso de la población. Es ingenuo pensar que implementar este libro va a ser un problema para los bancos y grandes almacenes. Pero proveedor también es la bodega de la esquina, el puesto en el mercado artesanal y el quiosco que nos vende nuestro diario. Es precisamente a estos últimos, que ya tienen suficientes obstáculos para ser formales, a quienes se pretende imponer nuevos costos y a quienes, en última instancia, se va a salir a sancionar.

En buena cuenta, en el debate sobre el proyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor se ha perdido de vista la función económica que la protección al consumidor está llamada a cumplir. Si bien los fines que se aduce perseguir con medidas como las propuestas en el proyecto pueden, a primera vista, parecer loables, lo cierto es que políticas económicas populistas y centralistas como las promovidas, divorciadas de un correcto entendimiento funcional, rara vez sirven a los propósitos para las cuales fueron diseñadas. Lo que es más, paradójicamente muchas veces la problemática de los consumidores solo se agrava reconociendo derechos e imponiendo obligaciones como las que vienen siendo propugnadas.

En las siguientes páginas intentaremos bosquejar, de una manera introductoria, cuál es la función de las políticas de protección al consumidor, desde una perspectiva económica. Como trabajo introductorio, el mismo tiene por propósito sentar algunos criterios básicos para un análisis crítico del amplio abanico de opciones regulatorias disponibles en esta materia, que sirvan de herramienta para prevenir despropósitos legislativos como los reseñados anteriormente.

I. EL RETO DE ORGANIZAR LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA

Más allá de asegurar las condiciones de subsistencia mínima, toda sociedad enfrenta el reto de establecer instituciones que movilicen la energía humana hacia fines productivos. En este orden de ideas, a lo largo de la Historia humana podemos identificar, por lo menos, tres modelos básicos de organización económica, a saber: la tradición, la planificación centralizada y el mercado¹. En el primero, el **modelo de la tradición**, las convenciones sociales establecen reglas de conducta que determinan las actividades o tareas que desarrollará cada individuo y la manera como se distribuirá el resultado de la producción. Este modelo, como se comprenderá, depende en gran medida de relaciones sociales y económicas muy estables. Así, por ejemplo, dentro de este esquema el “estatus” puede determinar que ciertos miembros de la sociedad se encuentren asignados a cumplir roles subordinados u oprimidos, como ha sido muchas veces el caso de las mujeres a lo largo de la Historia (Trebilcock 1993: 1-2).

1 Esta clasificación es atribuida por Trebilcock (1993: 1) a Robert Heilbroner y William Milberg. La última edición de la obra citada por Trebilcock es la siguiente: Heilbroner y Milberg (1997).

En el **modelo de la planificación centralizada**, las decisiones sobre la organización de la producción y del consumo son tomadas por unos pocos e impuestas, por medio de comandos y jerarquías, a los demás. Este modelo nos evoca la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, aunque los tomadores de decisiones también podrían ser electos de manera democrática. Sea cual fuera la forma en que se determinan las jerarquías, dentro de este modelo los tomadores de decisiones usualmente enfrentan severos problemas de información para determinar qué, quién y cómo se produce y consume. De igual manera, por lo general, encontrarán gran dificultad para ejecutar estas decisiones, y deberán muchas veces recurrir a la coerción u otros mecanismos, igualmente costosos, para inducir el cumplimiento de las directivas (Trebilcock 1993: 1-2).

Finalmente, en el **modelo de mercado**, las decisiones sobre la producción y el consumo son descentralizadas y dejadas en manos de numerosas decisiones de intercambio atomizadas efectuadas por los proveedores y los consumidores, sobre la base de sus preferencias individuales. No obstante, el mercado también adolece de defectos. Así, por ejemplo, existen **fallas de mercado** (como la asimetría en la información) que pueden dificultar o incluso impedir que el intercambio voluntario cumpla su propósito de manera eficiente. Asimismo, algunos critican que el modelo de mercado no puede asegurar que todas las necesidades y expectativas de los individuos puedan ser siempre satisfechas, lo que implica que necesariamente existirá desigualdad. Sin embargo, este resultado no necesariamente es indeseable ya que, en cierta medida, la desigualdad es un presupuesto necesario para el funcionamiento del modelo, en tanto aquella sirve como estímulo para fomentar el intercambio sobre la base del cual se sustenta y sostiene la organización de la actividad productiva (Trebilcock 1993: 1-2).

Los modelos antes descritos son ilustrativos para fines didácticos pero, claro está, no necesariamente encuentran correlatos exactos en la realidad. Por el contrario, basta repasar las distintas formas de organización de la actividad productiva presentes a lo largo de la Historia o en el mundo contemporáneo, para comprender que, comúnmente, los tres modelos coexisten, en diferentes medidas, en cada sociedad. En otras palabras, “[...] todas las sociedades evocan alguna combinación de estos tres modelos, pese a que el grado de énfasis de cada uno ha variado dramáticamente de una sociedad a otra a través de la historia y, ciertamente, en el mundo contemporáneo” (Trebilcock 1993: 2).

Así, por ejemplo, la Sociología del Derecho y otros enfoques interdisciplinarios nos revelan que en la sociedad occidental contemporánea las relaciones sociales tradicionales aún cumplen un papel importante en la determinación de las normas de comportamiento de los individuos (véase, por ejemplo, Ellickson [1991]). Por otro lado, en la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, de corte marcadamente centralista, gran parte de la actividad económica dependía de (y se desarrollaba sobre la base de) mercados negros. Finalmente, aún debe estar fresco en nuestros recuerdos el caso del Perú en la segunda mitad de la década de 1980, en el que la organización económica, nominalmente una “economía social de mercado”, era predominantemente de corte centralista.

En un polémico ensayo publicado en 1989, Francis Fukuyama proclamó que la Historia, en un sentido hegeliano, entendida como “un proceso evolutivo singular y coherente, tomando en cuenta la experiencia de todos los pueblos en todos los tiempos” (1993: xii), había llegado a su fin con la confrontación ideológica entre los modelos centralistas y de mercado. Fukuyama observaba que tras un siglo de intenso debate, la democracia liberal y la economía de mercado habían salido airozas, imponiéndose como modelos de organización de manera casi universal, sin que existan, actualmente, paradigmas políticos o económicos alternativos que se vislumbre. Para él, si bien la democracia liberal y la economía de mercado podían seguir perfeccionándose, el **ideal** subyacente a este modelo era inmejorable (Fukuyama 1993: xi).

Sin perjuicio de que la proclamación de Fukuyama pueda parecerles a algunos extremista o prematura, lo cierto es que actualmente, a inicios del siglo XXI, resulta innegable que en la mayor parte del mundo observamos una fuerte tendencia hacia el establecimiento de formas de organización de la actividad productiva con un énfasis predominante del modelo de mercado. Y ello probablemente se deba al hecho de que los mecanismos del mercado han demostrado reiteradamente ser, como regla general, más eficaces para organizar la actividad productiva que las decisiones estatales planificadas. Así, “[d]entro de esta concepción, el Estado deja de interpretar el rol de protagonista del sistema económico, cediendo ese papel a los proveedores y consumidores. Ya no les corresponde a los funcionarios públicos determinar qué producir, cómo producir y a qué precios producir, dejándose esta función en manos de una infinidad de decisiones atomizadas en un mercado masivo. Se cambia así la regulación por el contrato, la norma por la autonomía y el intervencionismo por la libertad” (Bullard y Patrón 1999: 433).

Como es de esperarse, este nuevo énfasis en el modelo de mercado exige una contraparte legislativa. Es decir, para que este modelo funcione adecuadamente, se requiere de un marco normativo que, entre otras cosas, facilite a los individuos poder elegir los productos y servicios que, en su opinión, satisfagan sus necesidades y preferencias; y, a su vez, garanticen la transparencia del proceso de intercambio. Es precisamente dentro de este marco que se encuadran las normas de protección al consumidor.

La existencia de las normas de protección al consumidor no es, pues, de manera alguna, casual o accidental. Por el contrario, estas normas responden a necesidades concretas resultantes de las formas de organización de la actividad productiva imperante. Si entendemos esta premisa, no debería resultarnos difícil comprender por qué la Revolución Industrial trae consigo la aparición de las primeras formas de responsabilidad por productos defectuosos (Owen, Montgomery y Keeton 1996: 20-2), o por qué la protección al consumidor, como materia de estudio, se haya desarrollado principalmente en el siglo XX, de la mano con la masificación del consumo (Owen *et al.* 1996: 22). El caso peruano resulta igual de ilustrativo: las primeras normas de protección al consumidor son promulgadas con posterioridad al proceso de industrialización de la actividad

económica impulsado por el último régimen militar de facto (1968-1980)², pero la disciplina de la protección al consumidor en nuestro medio recién empezará a florecer luego de las reformas promulgadas en la década de 1990, que marcan el viraje de una sociedad con fuerte énfasis centralista hacia un modelo predominantemente de mercado.

El reconocer que las normas de protección al consumidor responden a necesidades concretas resultantes del modelo de organización de la actividad productiva actualmente imperante, es el primer paso hacia el entendimiento adecuado de la función económica que esta regulación se encuentra llamada a cumplir. Como complemento, resulta necesario comprender cuáles son las metas que las políticas económicas, en general, deben perseguir dentro de un modelo predominantemente de mercado, como el que existe actualmente en nuestro país.

II. LAS METAS DE LA POLÍTICA ECONÓMICA

Comúnmente, tres metas han dominado el debate sobre las políticas económicas imperantes en el mundo contemporáneo (véase, por ejemplo, Stigler [1986]). La primera meta, y quizás la más antigua, ha sido la de alcanzar la **máxima producción** posible de bienes y servicios. Esto se lograría, por un lado, empleando al máximo posible los recursos existentes en la sociedad (por ejemplo, eliminando el desempleo y el subempleo de mano de obra) y, por otro, empleando estos recursos de la manera más eficiente posible³. Es decir, si la capacidad productiva puede ilustrarse como una “torta”, lo que se persigue es aprovechar, en la medida de lo posible, toda la extensión de la misma.

La segunda meta es impulsar el **crecimiento de la economía** o, de manera ilustrativa, hacer que “la torta sea cada vez más grande”. Esto se lograría, por ejemplo, acumulando capital o incentivando las innovaciones tecnológicas.

Finalmente, la tercera meta que ha dominado el debate académico y político es la **reducción de la desigualdad de ingresos** o, dicho de otra forma, el lograr una mayor equidad distributiva. Es decir, impulsar que el “tamaño de la tajada de la torta” que le toque a cada individuo, en particular a los más necesitados, sea cada vez más “justa”.

Existen distintas políticas económicas que buscan promover, en mayor o menor grado, una o algunas de las metas antes reseñadas. Así, por ejemplo, se podría sostener que las normas de

2 En el Perú, la protección al consumidor encuentra sus orígenes legales en el Decreto Supremo 036-83-JUS del año 1983. Este decreto supremo fue publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 28 de julio de 1983. Posteriormente, se le dio fuerza de ley mediante la Ley 23863. Se trataba de una norma preocupada más por la regulación de la actividad publicitaria desde una perspectiva algo publicista. Para una breve discusión acerca de este decreto, véase Payet (1992: 913 y ss.).

3 En otras palabras, “ningún recurso debe ser empleado de una manera si puede producir más de otra” (Stigler 1986: 91, traducción libre).

libre competencia y eliminación de barreras de acceso al mercado implementadas en el Perú a lo largo de la década pasada, principalmente, persiguen maximizar la producción. Sin embargo, no siempre las políticas económicas sirven los propósitos para las cuales fueron diseñadas. Como señala George Stigler, “[...] toda sociedad comete errores al intentar alcanzar sus metas; a menudo no comprende la eficacia de una política determinada para alcanzar una meta determinada, y a menudo las metas anunciadas son meros ropajes vestidos por grupos particulares que persiguen fines particulares” (Stigler 1986: 91).

Si bien en algunos casos las políticas económicas diseñadas e implementadas en nuestro país han servido su propósito, lamentablemente los ejemplos de políticas que han resultado ser verdaderos fracasos no escasean. Así, por ejemplo, la reforma agraria de la década de 1970, lejos de reducir la desigualdad de ingresos en el campo, contribuyó a la reducción de la capacidad productiva del agro. Por otro lado, los incrementos salariales, subsidios y controles de precios generalizados, empleados en la segunda mitad de la década de 1980, que procuraban ampliar la demanda interna como un medio para estimular y aprovechar mejor la capacidad productiva local, no solo probaron ser políticas poco efectivas para lograr tal fin sino que, además, contribuyeron al empobrecimiento del país (Thorp 1995: 190 y ss.).

Los ejemplos mencionados en el párrafo precedente ilustran lo difícil que resulta armonizar las metas antes expuestas. En parte, ello se debe al hecho de que las metas son, en cierta medida, incompatibles entre sí, a la luz de las características de los modelos de organización de la actividad productiva dentro de los cuáles tales políticas son implementadas, de la manera como interpretemos cuáles son los alcances de las metas por seguir y del énfasis que le asignemos al cumplimiento de cada una.

Así, por ejemplo, en el Perú, durante gran parte de las décadas de 1970 y 1980, nos encontramos frente a un modelo de corte marcadamente centralista en el que la meta de reducción de la desigualdad de ingresos, entendida como hacer que el tamaño de la tajada de la torta que le corresponde a cada individuo sea lo más similar posible, tenía una especial primacía en la mente de los diseñadores de políticas públicas. Como se señaló anteriormente, en gran medida el fracaso de los modelos de organización de la actividad productiva de corte centralista se puede explicar en función de que, usualmente, los tomadores de decisiones enfrentan severos problemas de información para determinar qué, quién y cómo se produce y consume; e, igualmente, para ejecutar sus decisiones. En otras palabras, este tipo de intervención estatal enfrenta costos de transacción que, de ser significativos, le impiden a la administración ser un adecuado organizador de la actividad productiva (véase, por ejemplo, Coase [1988]). En nuestro medio, estos problemas fueron agravados por la falta de desarrollo institucional que históricamente ha afectado a nuestra administración pública (Thorp 1995: 291 y ss.). Estos motivos, entre otros, como la incompatibilidad intrínseca entre la meta de equidad distributiva –entendida rígidamente como “igualar” los ingresos– y las metas del incremento de la capacidad productiva y crecimiento económico, contribuyeron a los nefastos resultados que aún permanecen en nuestra memoria.

El reto que nos aguarda, entonces, es el de conciliar los alcances y el énfasis que debemos otorgar a las metas perseguidas por nuestras políticas económicas, teniendo en cuenta las características del modelo de organización de la actividad productiva por el cual hemos optado. Así, de manera general, en un modelo predominantemente de mercado, la meta de equidad distributiva, más que igualar los ingresos de las personas, debe orientarse hacia lograr que el tamaño de la “tajada” que le corresponde a cada individuo pueda ser cada vez más grande⁴; y ello, a su vez, solo será posible si logramos aprovechar mejor la extensión de la torta o podemos aumentar su tamaño.

En otros términos, en un modelo como el que actualmente impera, la obtención de las metas de máxima producción y crecimiento económico ha de ser nuestro norte, lo que a su vez permitirá que haya más riqueza para distribuir. Complementariamente, en el diseño de nuestras políticas distributivas, como puede ser la inversión en el acceso a la educación o la eliminación de la discriminación en el mercado, debemos perseguir generar oportunidades para que las personas puedan incrementar sus ingresos, aunque la desigualdad en la distribución subsista. Y es que, como se vio anteriormente, un modelo predominantemente de mercado requiere de cierta desigualdad de ingresos, en tanto que esta sirve como estímulo para fomentar el intercambio sobre la base del cual se sustenta y sostiene la organización de la actividad productiva⁵.

Una vez comprendido que las normas de protección al consumidor responden a necesidades concretas resultantes del modelo de organización de la actividad productiva actualmente imperante, y teniendo además en claro cuáles son las metas que las políticas económicas deben perseguir dentro de este modelo, podemos intentar esbozar cuál es la función económica que esta regulación especial está llamada a cumplir.

III. UN TRAZADO DE LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

3.1 La masificación del mercado y sus crisis ideológicas

Uno de los principales productos de la industrialización y masificación de los mercados de consumo es, sin duda, el contrato estándar. En efecto, el pensamiento de la Escuela del Derecho Natural racionalista, así como el pensamiento de la Ilustración y la filosofía *laissez-faire* de los

4 Es decir, que el “tamaño de la tajada de la torta” que le corresponda a un individuo mañana pueda ser mayor que la que le tocó hoy día, aunque, comparando con otros individuos, la proporción sobre el total del “tamaño de la torta” que le toque mañana pueda ser menor que la que le tocaba hoy día.

5 Con esto no queremos decir que en un modelo predominantemente de mercado no haya cabida para políticas económicas de corte netamente distributivo –esto es, políticas que persigan reducir la desigualdad de ingresos entre los individuos–, como, por ejemplo, la recientemente promulgada tarifa social de electricidad. Nuestro argumento, simplemente, es que la eliminación de la desigualdad de ingresos, pese a ser un fin loable en abstracto, no debe ser el objetivo primordial de nuestras políticas económicas.

siglos XVII a XIX, habían exaltado y llevado a un primer plano las ideas de la voluntad individual y la voluntad humana (véase, por ejemplo, Atiyah [1995: 7-15], Díez-Picazo [1996: 118-21]). De esta suerte, el concepto de la autonomía de la voluntad se había convertido en el eje racional sobre el cual se fundamentó la creación de las obligaciones y el moderno Derecho de Contratos⁶. Sin embargo, la aparición en escena del contrato estándar, o contrato por adhesión, en el cual la capacidad de negociar los términos de los acuerdos era inexistente, habría de estremecer estos cimientos conceptuales.

Azuzados por las presiones sociales y económicas emergentes de la industrialización, desde fines del siglo XIX los críticos del nuevo orden comenzaron a resaltar la desigualdad del poder de negociación entre las partes en el mercado y el uso de contratos estándares como una muestra de debilidad de los conceptos clásicos de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad (Atiyah 1995: 15-26), promoviendo una mayor intervención del Estado en las actividades del mercado. Es precisamente dentro de este contexto que se comienza a diseñar las primeras normas inspiradas en el afán de proteger a los consumidores de los supuestos abusos de los que serían materia.

Las nuevas corrientes de pensamiento, producto de la industrialización, tuvieron una sorprendente acogida. Los modelos económicos de corte marcadamente centralista, que discutiéramos anteriormente, habrían de nutrirse de sus ideas. Estas, incluso, están implícitas en muchas de las políticas económicas adoptadas en los Estados Unidos luego de la Gran Depresión. Y pese a que los modelos de énfasis centralista son hoy virtualmente una especie en extinción a punta de méritos propios, como lo viéramos páginas atrás, muchas prescripciones regulatorias afines a estos subsisten hasta hoy y no faltan aquellos que aún las profesan.

De manera ilustrativa, nuestro Código Civil de 1984 contiene normas inspiradas en principios críticos de la autonomía de la voluntad, en lo que concierne a los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación. Al parecer, nuestro código asume que el adherente a un contrato no tiene el mismo poder de negociación o de conocimiento que el redactante, quien le puede imponer una serie de cláusulas lesivas. En tal sentido, el código prohíbe los pactos que limiten responsabilidad y establece que las cláusulas generales deben ser aprobadas administrativamente. En esta opción legislativa no solo observamos una postura paternalista, sino una cuestionable creencia de que las decisiones centralizadas (aprobación de las cláusulas generales) son superiores a los mecanismos de mercado (la contratación privada).

6 Como explica Díez-Picazo: "Por una parte, tomando como punto de partida el racionalismo y el individualismo jurídico, esta escuela puso de relieve en primera línea la idea de la voluntad individual y de voluntad humana. Por otra parte, buscando a las normas y a las instituciones una justificación exclusivamente fundada en la razón natural, llegó a la conclusión de que el fundamento racional de la creación de las obligaciones se encuentra en la libre voluntad de los contratantes" (Díez-Picazo 1996: 121).

El error cometido por los críticos de la autonomía de la voluntad estriba en haber atacado los blancos equivocados. Como explica Atiyah, “es cierto que la autonomía de la voluntad era menos real y menos extensa de lo que la teoría clásica había asumido [...] pero el problema acá no era la desigualdad de poder de negociación en sí misma, ni las presiones sociales y económicas derivadas de la pobreza, sino el desarrollo de monopolios y prácticas restrictivas de diversos tipos” (Atiyah 1995: 19).

Curiosamente, en el Perú, en el momento de la promulgación del Código Civil nos encontrábamos inmersos en un modelo económico en el cual el principal proveedor de muchos bienes y servicios era el Estado. Ante un escenario generalizado de monopolios estatales (o empresas con posición de dominio), el legislador de 1984 parece también haber enfocado sus baterías contra el blanco equivocado. Hoy en día, luego del proceso de reforma económica emprendido en la década de 1990, el despropósito de nuestra legislación civil resulta aun más notorio, a la luz de que actualmente existe todo un conjunto de regulaciones especiales (regulaciones antimonopólicas y de eliminación de barreras de acceso al mercado) diseñadas para corregir los supuestos de abuso de posición de dominio que pudiesen presentarse dentro del modelo económico imperante.

Como veremos a continuación, el fundamento de la protección al consumidor está, en efecto, vinculado a la aparición del consumidor como categoría contractual, pero no en razón de la desigualdad del poder de negociación entre las partes o del uso de contratos estándares, como incluso hoy algunos aún erróneamente sostienen.

3.2 La facilitación del intercambio

Como hemos visto anteriormente, en un modelo de mercado las decisiones sobre la producción y el consumo son descentralizadas y dejadas en manos de numerosas decisiones de intercambio atomizadas efectuadas por los proveedores y los consumidores, sobre la base de sus preferencias individuales. Este modelo presupone que el intercambio mutuamente voluntario, naturalmente, conllevará que los recursos económicos sean asignados a aquellos usos en los que son más valiosos, logrando así maximizar la riqueza de la sociedad.

En la práctica, claro está, la asignación eficiente de recursos por medio del intercambio mutuamente voluntario enfrenta una serie de “obstáculos”, o fallas de mercado, que impiden que los recursos sean siempre asignados a sus usos más valiosos. De este hecho tan evidente se **facilitar el intercambio mutuamente voluntario** deriva la función económica de las normas de protección al consumidor, que no es otra más que en el mercado. Consecuentemente, al diseñar políticas de protección al consumidor, debemos primero dirigir nuestros esfuerzos a identificar las fallas de mercado que afectan el intercambio masificado, para poder luego proponer alternativas regulatorias que las puedan reducir o minimizar.

Las fallas de mercado más comunes que competen a la protección al consumidor suelen derivarse del hecho evidente, pero habitualmente olvidado, de que el proceso de intercambio masificado en el mercado se desenvuelve en un mundo en el que existen “costos de transacción” (para mayor detalle, véase Bullard [1991]). Muchas veces estos costos pueden encarecer, entorpecer y, dependiendo de la magnitud que alcancen, desalentar el intercambio mutuamente voluntario. Por otro lado, en razón de la multiplicidad de transacciones que caracterizan el intercambio masificado, estos costos suelen incrementarse geoméricamente.

Entre los principales costos de transacción que afligen el intercambio, podemos destacar los costos de obtención de información (por ejemplo, información sobre las condiciones del mercado, las alternativas de productos y precios disponibles, la calidad de las distintas alternativas existentes o la veracidad de las características atribuidas a las mismas, y la identidad de las personas que los ofrecen, entre muchos otros), los costos de oportunidad (como el tiempo que debemos emplear para negociar los términos contractuales) y los recursos que debemos consumir para contratar (por ejemplo, la contratación de abogados), entre otros (para mayor detalle, véase Bullard [1996: 238-41]).

Si podemos identificar y reducir estos costos de transacción, garantizando a la vez que las personas tengan la mayor cantidad de alternativas entre las cuales escoger, ciertamente estaremos protegiendo a los consumidores. Ello es así en tanto que el proceso de intercambio es el medio a través del cual los consumidores, como individuos maximizadores racionales de nuestro beneficio, podremos satisfacer nuestras necesidades, adoptando las decisiones de consumo que más se ajusten a nuestros intereses.

Por otro lado, sin embargo, la labor de identificación y reducción de costos de transacción no debe entenderse como una carta blanca para la regulación o una licencia para la intervención estatal en las actividades económicas. Por el contrario, al diseñar políticas de esta naturaleza debemos tener presente que, por lo general, el mercado –esto es, la interacción cotidiana entre consumidores y proveedores– cuenta con mecanismos para corregir muchas de las distorsiones que en él se puedan presentar. En este orden de ideas, nuestra actividad regulatoria debe dirigir sus esfuerzos, principalmente, hacia garantizar que se den las condiciones necesarias para que el mercado funcione de manera adecuada. Nótese además que, de esta manera, la función que estamos asignando a las normas de protección al consumidor es coherente con las características del modelo de organización de la actividad productiva en el que nos desarrollamos y con las metas que las políticas económicas deben perseguir dentro de este modelo.

Siguiendo esta línea de razonamiento, por ejemplo, al reflexionar sobre los contratos por adhesión, debemos comprender que el hecho de que un contrato sea ofrecido como un “todo o nada” no es en sí mismo un obstáculo para el intercambio voluntario. Por el contrario, estos tipos de contrato reducen significativamente los costos del proceso de negociación en operaciones masivas, en tanto que tienen la virtud de ahorrar el tiempo, el problema y otros costos asociados a

la negociación de los términos contractuales (Atiyah 1995: 18). En otras palabras, la existencia de este tipo de contrato es acorde a la función que perseguimos con las normas de protección al consumidor⁷.

COLOFÓN

El estudio de las distintas fallas de mercado que pueden ser corregidas mediante el diseño de políticas de protección al consumidor es un campo amplio y fértil para el debate y la investigación académica, pero que lamentablemente excede los límites del presente trabajo. El propósito de este trabajo, entonces, se verá satisfecho si el lector encuentra en él algunas herramientas que le faciliten emprender dicha labor.

En el debate mediático sobre el proyecto Código de Protección y Defensa del Consumidor, con el que se pretende expandir aun más el rol del Estado en las relaciones de consumo, se ha perdido de vista el origen real de los problemas que atañen a la protección al consumidor en nuestro país: la falta de institucionalidad.

De un lado, falta de institucionalidad en un Estado que actúa tarde, erráticamente y contradictoriamente. Y así, se omite reforzar la institucionalidad del Indecopi incrementando los recursos de la institución, promoviendo una línea de carrera clara y resguardando su independencia técnica y funcional; se omite instaurar procedimientos predecibles y efectivos para resolver de manera subsidiaria la casuística más cotidiana, privilegiando la autocomposición de conflictos; y se omite dictar reglas que faciliten la coordinación entre las diferentes instancias del Estado para prevenir la duplicidad y la contradicción.

Pero también existe una alarmante falta de institucionalidad a nivel de la sociedad civil, caracterizada por consumidores que no conocen cuáles son sus derechos y que no encuentran los canales adecuados para hacerlos valer. Por ello, y ante todo, el Estado debería procurar medidas para educar y empoderar a los consumidores, para que estos puedan adoptar precauciones antes de consumir y puedan obtener soluciones rápidas e inmediatas a sus problemas cuando estos se susciten. Cuando dos personas, informadas y conocedoras de sus derechos libremente deciden contratar, lo hacen porque creen que con ello ambas estarán en una mejor situación, y nadie mejor que ellas, mucho menos un funcionario estatal, para saber qué les conviene.

7 No es el propósito de este trabajo explayarnos discutiendo los pros y los contras de los contratos por adhesión. Para los alcances que perseguimos, bastará con señalar que consideraciones sobreproteccionistas como las contenidas en nuestra legislación civil desalientan la inversión, entorpecen el proceso de contratación y, finalmente, perjudican al “consumidor” que se pretende proteger, precisamente porque reducen opciones de consumo y, consecuentemente, encarecen los productos y servicios que ofrece en el mercado. Para mayor información, véase Patrón (2001).

Entre tanto, si nuestros diseñadores de políticas no hacen un esfuerzo por tratar de medir las consecuencias que sus iniciativas acarrearían para quienes, alegan, se pretende proteger, a los consumidores solo nos quedará preguntar: **Y ahora, ¿quién podrá defendernos?**

BIBLIOGRAFÍA

ATIYAH, P. S.

1995 *An Introduction to the Law of Contract*. 5ª ed. Oxford: Oxford University Press, p. 7-15.

BULLARD, Alfredo

1996 “¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor”. En: BULLARD, Alfredo. *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima: ARA, p. 238-41.

1991 “Ronald Coase y el sistema jurídico. Sobre el Nobel de Economía 1991”. En: *Apuntes*, 28.

BULLARD, Alfredo y Carlos PATRÓN

1999 “El otro poder electoral: apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal”. En: *Themis – Revista de Derecho*, 39, p. 433-50.

COASE, Ronald H.

1988 *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: Chicago University Press, p. 26 y ss.

DIEZ-PICAZO, Luis

1996 *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. primero. 5ª ed. Madrid: Civitas, p. 118-21.

ELICKSON, Robert E.

1991 *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge: Harvard University Press.

FUKUYAMA, Francis

1993 *The End of History and the Last Man*. Nueva York: First Avon Books.

1989 “The End of History?” En: *The National Interest*, Vol. 3.

HEILBRONER, Robert L. y William S. MILBERG

1997 *The Making of Economic Society*. 10ª ed. Upper Saddle River: Prentice Hall.

OWEN, David G.; John E. MONTGOMERY y W. Page KEETON

1996 *Products Liability and Safety. Cases and Materials*. 3ª ed. Westbury: The Foundation Press.

PATRÓN, Carlos

2001 “¿Mentiras verdaderas?: reflexiones en torno a la regulación del derecho contractual”. En: CANTUARIAS, Fernando (Ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

PAYET, José Antonio

1992 *La responsabilidad por productos defectuosos*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

STIGLER, George J.

1986 "The Goals of Economic Policy". En: LEUBE, Kurt R. y Thomas GALE MOORE (Eds.). *The Essence of Strigler*. San Francisco: Hoover Press.

TREBILCOCK, Michael

1993 *The Limits of Freedom of Contract*. Cambridge: Harvard University Press.

THORP, Rosemary

1995 *Gestión económica y desarrollo en Perú y Colombia*. Lima: Universidad del Pacífico.

¿QUÉ NOS PUEDE DECIR LA TEORÍA ECONÓMICA DE LA REGULACIÓN SOBRE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR?

Óscar Súmar

A través de ejemplos relacionados con la protección al consumidor, el autor nos introduce en los aspectos esenciales de la teoría económica de la regulación. Al hacer esto, el autor muestra cómo varias de las normas destinadas a proteger al consumidor en realidad terminan restringiendo la competencia o favoreciendo intereses políticos que no representan cabalmente el interés económico de los consumidores.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia de las normas de protección al consumidor –y la entrada en funciones del Indecopi y, más recientemente, el Tribunal Constitucional–, una importante porción de las transacciones comerciales ha dejado de ser regulada por nuestras tradicionales normas de contratos del Código Civil (Schwartz y Scott 2003), para pasar a ser reguladas por aquellas normas de protección al consumidor. A partir de su instauración, parece existir un aparente consenso –tanto entre los abogados como en la opinión pública en general– acerca de la necesidad y pertinencia de estas normas, las cuales, además, parecerían estar alineadas con el interés de la sociedad. Pese a este aparente consenso, sin embargo, no existe una visión común de lo que significa proteger el interés de los consumidores.

En efecto, además de estar desperdigada por un número indeterminado de leyes, reglamentos, sentencias y hasta la propia Constitución, la normativa de protección al consumidor puede adquirir diversos formatos: básicamente, podemos tener un sistema de protección al consumidor **pro empresa** o **pro consumidor**, dependiendo de su orientación (Whitman 2007). Aunque suene, y sea, paradójico, muchas normas idealmente encaminadas a la protección del consumidor son, en realidad, intentos de grupos de interés por acaparar recursos públicos a través del proceso normativo. Estos intentos se dan en las formas clásicas descritas por Stigler (1971) en su seminal trabajo sobre teoría económica de la regulación: sea a través de subsidios directamente obtenidos por parte del Estado o barreras de acceso impuestas a los competidores.

De manera general, las normas asociadas al interés del consumidor deberían ser las que procuran para ellos mejores precios y mejores condiciones de los servicios. Estas normas (o ausencia de ellas) buscan proteger sus **intereses económicos** (Whitman 2007) y habitualmente se identifican con la reducción de los costos de transacción o la utilización de la responsabilidad civil como método de optimización de las conductas sociales. Por otro lado, las normas que están asociadas al interés de las empresas habitualmente afirman proteger la seguridad de los consumidores

o el acceso a bienes de mayor calidad en situaciones más equitativas. Estas normas habitualmente implican la consagración de estándares de calidad para los productos o restricciones a los términos contractuales (que son esencialmente iguales a estándares de calidad en relación con sus efectos).

Tomando en cuenta esto, podemos decir que nuestro modelo de protección al consumidor podría ser mejor descrito como “pro empresa”. Esto contrasta, lamentablemente, con nuestra necesidad de desarrollar y expandir el mercado, para lograr que más personas tengan acceso a productos o servicios en las mejores condiciones posibles.

Clichés como “el consumidor siempre está en desventaja”, “las empresas engañan a los consumidores”; “los consumidores no tienen dónde quejarse”; “las empresas, a través de la publicidad, crean necesidades inexistentes en los consumidores”; entre otras perlas, han estado a la orden del día. Y estos supuestos problemas han servido de justificación retórica para sustentar la necesidad de regular de manera intervencionista.

En relación con esto, no podemos negar que, además del interés particular de algunos por ver aprobadas estas normas, ha primado una desconfianza general hacia el mercado, que quizá es característica de nuestra sociedad, de manera similar a nuestro desprecio por la democracia. Por otro lado, también existe una desconfianza manifiesta hacia la capacidad de los consumidores para autoorganizarse y hacer valer sus propios derechos. Combinaciones de “los consumidores son ignorantes” con “el mercado no puede ser dejado a su suerte”, sumadas a los intereses ocultos de algunos de sus propulsores, son la medida perfecta para cocinar despropósitos como el código recientemente aprobado.

El interés de este ensayo es mostrar cómo las normas de protección al consumidor no solo no son eficientes por error o falta de capacidad de los reguladores, sino que están pensadas no para satisfacer el interés de la sociedad sino el de algunos grupos de interés específicos. En nuestro país, el estudio de normas desde una perspectiva económica ha estado casi enteramente enfocado en el Derecho Privado (*i.e.*, contratos, responsabilidad, propiedad, con la excepción de libre competencia y propiedad intelectual, que están en el borde entre el Derecho Público y el Privado). Sin embargo, una parte importante de la teoría económica se ha encargado de estudiar el proceso político (de creación de normas), utilizando herramientas de la microeconomía. Esta teoría podría tener una vocación abarcadora de todo el sistema jurídico, aunque tradicionalmente ha servido para el sustento de análisis de normas más típicamente “regulatorias” (regulación de servicios públicos).

Nuestro interés en este breve ensayo es describir algunas de las características de la teoría económica de la regulación a través de casos relacionados con la protección a los consumidores en el Perú. De esta manera, trataremos de describir sus alcances y las implicancias que tiene aceptar sus postulados en la evaluación de unas normas como las que pregonan proteger a los consumidores.

II. LOS CONTORNOS DE LA TEORÍA ECONÓMICA DE LA REGULACIÓN

2.1 No solo regulación económica de servicios públicos

Lo primero que me gustaría destacar es que la teoría económica de la regulación tiene una aplicación que va más allá de la típica regulación de servicios públicos. Tal como tempranamente lo señaló Posner:

“[...] existe una seria duda sobre si es propio definir como regulación ‘económica’ el objeto de nuestro estudio o no. Normas penales, derechos fundamentales, renombramiento legislativo y otras regulaciones ‘no económicas’ afectan el bienestar económico de la misma manera que las formas convencionales de regulación económica, por lo que parece arbitrario excluirlas del análisis: presumiblemente ellas obedecen las mismas normas de comportamiento social que las que creemos aplican a la regulación económica” (1974: 353)¹.

Así, aunque no toda las normas que tiendan a proteger a los consumidores puedan ser calificadas como típica regulación económica, no debería existir una restricción fundamental para intentar explicarlas desde la teoría económica de la regulación.

El caso del arbitraje gratuito

Tomemos el caso del arbitraje gratuito instaurado en los artículos 137 y siguientes del nuevo código. Esta norma, idealmente, tiende a garantizar el derecho fundamental de los consumidores más pobres a tener “acceso a la justicia”. Esta justificación constitucional parece alejar el caso de la lógica económica del proceso regulatorio. Sin embargo, si se perciben los efectos redistributivos de una norma como esa, se puede llegar a la conclusión de que tiene la clara vocación de beneficiar a unos grupos sobre otros.

Para comenzar, preguntémosnos, ¿quién puede utilizar más fácilmente un sistema de arbitraje gratuito?² La respuesta es fácil: las personas con más recursos. Por más que el arbitraje sea “gratuito”, esto no lo hace exento de costos: las personas igualmente deben: (i) conocer sus derechos; (ii) contratar abogados; y (iii) disponer de su tiempo o el de otros para realizar los trámites necesarios. En cualquiera de estos tres puntos, una persona con más recursos está en mejor situación que una con pocos recursos.

1 Traducción libre de: “[...] there is a serious question whether it is proper to define the subject of study as ‘economic’ regulation. Criminal laws, civil rights legislation, legislative reapportionment, and other ‘noneconomic’ regulations affect economic welfare no less than the conventional forms of economic regulation, and it seems arbitrary to exclude them from the analysis: presumably they obey the same laws of social behavior that we think explain economic regulation”.

2 En relación con el punto, se puede ver la conferencia del profesor Omri Ben-Shahar, dictada en la Universidad de Chicago: <uchicagolaw.typepad.com/faculty/2009/02/the-myths-of-consumer-protection-law.html>.

Por otro lado, dentro de los abogados, los posibles beneficiarios de una norma como esta son los árbitros que no tienen posibilidades de ser contratados en “arbitrajes ordinarios”. Los árbitros de estos procesos gratuitos serán elegidos de entre el grupo de los peores abogados, no de los mejores, si asumimos que sus pagos serán inferiores a los que se recibirían en un arbitraje privado.

Si al hecho de que esta norma no tiene una motivación basada en la eficiencia (reducir costos de transacción) –ni siquiera de manera formal– sumamos el hecho de que sus efectos redistributivos, como hemos visto, no pueden ser considerados ni equitativos ni convenientes, entonces podemos dar un paso hacia considerar que esta norma responde a un interés que podría ser definido como “populista”, en la medida en que está encaminado a conseguir apoyo político, pero sin un correlato en un beneficio real para la sociedad. Esto puede ser explicado satisfactoriamente desde la teoría económica de la regulación (Olson 1965).

2.2 No solo en organismos reguladores

En la medida en que el proceso regulatorio se entienda como principalmente ligado a la regulación económica de servicios públicos, se desprenderá, como correlato necesario, que el “ofertante” de regulación por antonomasia es el organismo regulador (Osiptel, Ositran, etc.) o, en el mejor de los casos, el Congreso.

Sin embargo, aun cuando la regulación económica fuera la única pasible de ser entendida desde una perspectiva basada en la teoría económica, no podemos arribar a esta conclusión. Tal como ha sido destacado en nuestro medio por Quintana (2006) siguiendo a Scott (2001), el proceso regulatorio responde a múltiples actores, tanto por el lado de la demanda como por el de la oferta. Así, una determinada norma puede ser dictada por múltiples eventuales reguladores, como lo son los organismos reguladores mismos y el Congreso, pero también otras instancias, como los ministerios del sector relacionado, el Poder Judicial, el Indecopi o el Tribunal Constitucional (TC); estos últimos, particularmente importantes en el caso de la protección al consumidor.

Así, en el campo de normas que pueden ser entendidas como dentro del ámbito de la protección al consumidor, podemos tomar el ejemplo de la regulación de estándares de calidad de las facultades de Derecho, que veremos luego. Veremos que pese a la prohibición de instaurar filiales impuesta por el Congreso, el TC dijo que esta prohibición era inconstitucional y ordenó que se establecieran estándares (STC 00017-2008-AI). Otro tanto se puede decir de la prohibición de importación de autos usados, que fue sucesivamente regulada –tanto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones como por el Congreso–, pero subsecuentemente desregulada por el Tribunal Constitucional, en más de una oportunidad (STC0017-2004-AI y 01576-2007-AA). Otro ejemplo, propuesto por el mismo Quintana, es el de la famosa “portabilidad numérica”, en el que para su regulación intervinieron el mismo Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Osiptel y el Congreso.

Tomar esto en consideración no solo nos lleva a una visión más realista del proceso político, sino que nos permite tomar en cuenta la importancia de la división del poder y la instauración de mecanismos institucionales tendientes a revertir, canalizar o neutralizar la presión de grupos de interés.

2.3 No es solo “captura” por parte de industrias

Una de las características que diferencian a la teoría económica de la regulación de la teoría de la captura es que la segunda creía que una determinada industria capturaba al regulador de manera total (Viscusi, Harrington y Vernon [2005] o Posner [1974]). En la visión actual de la teoría económica, existen diferentes fuerzas en la sociedad que pujan por conseguir legislación a su favor (Becker 1983). Esas fuerzas pueden bien ser industrias, pero también grupos de interés menos tradicionales, como los propios consumidores o asociaciones que idealmente se encarguen de su protección.

Así, por ejemplo, en la actual normativa de protección al consumidor (apartado 156.1), las asociaciones de consumidores podrán recibir hasta 50% del valor de las multas impuestas. De manera llamativa, solo hay una asociación de consumidores reconocida y bien establecida en el Perú, y es la que más fuertemente ha impulsado la creación de esta norma.

2.4 Su relación con la fijación de estándares de calidad

Como ya hemos dicho, la fijación de estándares de calidad es una de las maneras clásicas en las que los grupos de interés –típicamente, las empresas establecidas– pueden utilizar el proceso político para obtener rentas.

Así, por ejemplo, el artículo 50 del nuevo código establece una serie de cláusulas consideradas abusivas, entre las cuales se encuentran: exoneración de responsabilidad, posibilidad de resolver unilateralmente el contrato, renuncia a reclamos, etc. Otras normas dentro del mismo código establecen otras cláusulas que son imposibles de ser establecidas. Así, el artículo 66 establece que no se podrá restringir la transferibilidad de pasajes nacionales o limitaciones a la acumulación de saldo en teléfonos móviles prepago.

Las restricciones a las cláusulas contractuales, como ya hemos mencionado, pueden ser perfectamente identificadas como correlatos de estándares en los propios productos, en la medida en que si algo no puede ser pactado en un contrato de compraventa, tampoco puede ser incluido como característica de un producto. De esta manera, una norma que prohíbe la exoneración de responsabilidad por medio de una cláusula contractual, implícitamente está prohibiendo que exista o se ofrezca en el mercado un producto con una garantía limitada.

Existe, sin embargo, una manera más tradicional de fijar estándares. Esta se identifica con decir exactamente cuáles son los requisitos con los que debe contar un producto o servicio para ser ofrecido en el mercado. Esto se ha presentado, por ejemplo, en el caso de la educación universitaria, en la que el Congreso ha determinado que las facultades de Derecho deberán cumplir determinados estándares para poder operar, al constatar un supuesto problema de calidad en el servicio (Pásara 2004).

El caso de la educación legal en el Perú

La fijación de estándares es una de las herramientas que tiene la regulación económica para lograr sus objetivos. Siendo esto así, son los estudiosos de la regulación los que se han detenido a estudiar la conveniencia de su utilización y han llegado a, por lo menos, dos conclusiones: (i) los estándares son puestos para favorecer a las propias empresas (en este caso, universidades establecidas); y (ii) son demasiado costosos para ser implementados y aplicados (Breyer 1982: 109-18). Nos referiremos a estos puntos por separado en breve.

Por otro lado, la fijación de estándares no es un mecanismo regulatorio adecuado para solucionar la asimetría informativa que podría ser el problema probable dentro del mercado de educación universitaria: el mercado laboral es muy difuso como para saber si estudiar “X” o “Y” me va a dar el trabajo esperado; lo cual, sumado a que la enseñanza universitaria es un servicio de consumo lento, no ayudaría a tomar buenas decisiones, todo lo cual llevaría a un problema de selección adversa. La supuesta baja calidad del sistema educativo no es en sí misma un problema.

Si consideramos que la información es el problema, la solución adecuada estaría dirigida a la asimetría informativa, no a la calidad. La baja calidad o los precios altos pueden ser expresiones de la ausencia de información, pero no pueden ser problemas en sí mismos. Si un mercado no tiene fallas, se entiende que el precio y la calidad reflejan de manera perfecta las preferencias de la sociedad.

Dejando esto de lado, nos referiremos brevemente a los dos problemas que la literatura de la regulación económica identifica en relación con los estándares:

- i) Los estándares son pro empresa

Stigler (1971), partiendo de la premisa de que la regulación es habitualmente puesta a pedido de las propias empresas reguladas y para favorecerlas, señala que las empresas pueden ser beneficiadas por la regulación de diversas maneras, las cuales pueden ser resumidas en dos grandes grupos: mediante subsidios directos o mediante la imposición de barreras de entrada para sus competidores. Dentro de este segundo grupo, típicamente, se encuentra la fijación de estándares.

En este sentido, se ha señalado que:

“Normas pensadas para garantizar la calidad o seguridad de los productos pueden fácilmente tener el efecto, queriéndolo o no, de proteger el interés de los productores establecidos. Esto tiene que ver en gran medida con la dinámica de la competencia. Estándares de alta calidad y seguridad pueden tender a proteger la posición de un competidor preexistente en una industria dada. Si tales estándares son puestos, nuevos competidores no pueden entrar a ofrecer productos de relativamente menor calidad” (Whitman 2007)³.

De esta manera, fuera de solucionar el problema de la calidad educativa, la fijación de estándares de calidad va a servir para reducir la competencia, beneficiando a las universidades ya establecidas. La reducción de la competencia, típicamente, tiene el efecto de aumentar el precio y disociarlo de la calidad. Así, una norma que fija estándares no cumpliría su objetivo de mejorar la calidad.

ii) Los estándares son muy costosos de administrar

Una vez que se decidiese fijar estándares de calidad, ¿cuáles serían? Puede llegar a ser muy costoso establecer qué es lo que se requiere pedirle a una universidad que cumpla para que efectivamente se logre una meta esperada⁴, cualquiera que esta sea.

El hecho mismo de que los estándares sean muy costosos de determinar por una autoridad, genera otros dos problemas asociados: (i) ligado al apartado anterior, serán las propias empresas las que cuenten con la mayor cantidad de información pertinente para fijarlos; y (ii) será muy difícil modificarlos una vez que hayan sido establecidos (Breyer 1982).

De esta manera, aun cuando fuera conveniente, en términos abstractos, fijar estándares, estos son muy costosos de establecer y administrar. En ese sentido, siguiendo el teorema de Coase, podríamos decir que aun cuando existiese un mercado con fallas, los costos de la regulación serían más altos que los de la falla misma, haciéndola impracticable.

2.5 Su relación con los deberes de revelar información

Una de las justificaciones tradicionales de la regulación que protege a los consumidores es que estos tienen menos información que los productores. Aunque nosotros podemos coincidir con

3 Traducción libre de: “Legislation intended to guarantee the quality and safety of consumer goods can easily have the effect, intended or unintended, of protecting existing producer interests. This has to do largely with the dynamic of competition. High quality and safety standards may tend to protect the position of existing competitors in a given industry. If there are such consumer protection standards in place, new entrants cannot break in by offering relatively low-quality goods”.

4 En relación con la fijación de estándares para la educación primaria en los Estados Unidos: Resnick, Nolan y Resnick (1995).

esto, no necesariamente se sigue que se requiera de regulación que obligue a los productores a revelar más información.

La información, en sí misma, puede traer muchos problemas y costos, que podrían superar los costos derivados de la asimetría informativa, no cumplir el propósito de reducir la asimetría o no ser el medio menos costoso para eliminarla; todas razones que convertirían a dicho deber legal en una norma ineficiente.

Entre otros, un deber de revelar información podría traer los siguientes problemas: (i) que la información sea inútil, sea porque es: (i.a.) demasiada, (i.b) incomprendible o (i.c) irrelevante; o (ii) que exista presión de grupos de interés para modificar o derogar la obligación legal. A continuación, trataremos cada uno de estos ejemplos por separado.

i) Información inútil

a) Demasiada información

¿Alguna vez ha leído los “términos y condiciones” de una página web al hacerse miembro? Yo tampoco.

Aunque es verdad que muchas veces los productores tienen más información que los consumidores, no necesariamente esto está mal. Tal como ha señalado Stigler (1961), los consumidores muchas veces prefieren no conocer todas las características del producto. Esto, llevado al extremo, nos dice que no solo no necesitamos saber lo mismo que un ingeniero automotriz alemán para comprar un Mercedes, sino que **no queremos** saber lo mismo. Si supiéramos lo mismo que él, probablemente estaríamos fabricando nuestros propios autos en lugar de comprarlos. De acuerdo con Telser (1964), muchas veces el solo hecho de que una empresa se publicite constituye suficiente información para los consumidores.

Se pierde de vista que la información es un bien, aunque tenga características de un bien público (consumo no excluyente y no rival). Esto, sin embargo, no la separa por completo, ni de manera radical, de la ley de la oferta y la demanda, sino que hace que esta tenga características propias. Así, la publicidad no se puede vender como un bien principal pero sí como un bien accesorio. La información (*i.e.*, la publicidad) se vende asociada al bien cuya demanda induce. Si los consumidores quieren más información, salvo que exista un problema extra de competencia, ellos mismos la van a demandar. Los reguladores algunas veces creen que la información es útil, pero la verdad es que, salvo sus preferencias personales y las de algunos consumidores “de avanzada”, no están satisfaciendo la demanda de ningún consumidor.

b) Información incomprensible

La información puede ser incomprensible por estar en letras pequeñas o voces a la velocidad del rayo al final de un comercial de radio.

* Precios de promociones válidos exceptuando errores tipográficos.

* Promoción válida para nuevas líneas Dúo ADSL 10 MB del 7/04/10 al 30/05/10. Cuotas fuera de promoción: 41,90. Sujeto a permanencia de 12 meses. Alta línea STB gratis por contratar Dúo ADSL 10 MB. Impuestos indirectos no incluidos: 16% IGV. Consulte cobertura y llamadas aplicables.

Mantenimiento de Línea movistar 13,9. Impuestos indirectos (IGV no incluidos).

La promoción de llamadas gratis es indefinida con un límite por llamada de 120 minutos.

Quedan excluidas las llamadas a rango de numeración de Internet a datafono.

Promoción de 10Mb y 6Mb sujeta a disponibilidad de cobertura. En caso de no tener cobertura se ofrecerá ADSL 3Mb o 1Mb. Disponibilidad de cobertura sujeta a comprobación final de velocidad y distancia a la central de conmutación de movistar.

“De acuerdo con la Carta de Derechos de los Usuarios de Telecomunicaciones le informamos que la velocidad del ADSL que ha contratado puede verse afectada por factores como la calidad del bucle de acceso o la distancia a la central, y/o por factores ajenos a movistar como pueden ser el tráfico existente en Internet, la ejecución de programas, actualizaciones de software o la existencia de virus en su PC.”

Novedad: Llamadas a Móviles Gratis los fines de Semana.

Y esto pasa porque, créalo o no, la publicidad cuesta; más allá de lo que crean nuestros legisladores o funcionarios públicos.

Otra razón es porque nadie entiende lo que dice. Gracias por informarme que “la velocidad ADSL puede verse afectada por factores como la calidad del bucle”; no tengo idea de qué es la velocidad ADSL ni el bucle, pero sin duda suena mal que pueda verse afectada.

c) Información irrelevante

En San Francisco se ha aprobado una ordenanza para que los celulares tengan que informar sobre su número SAR. Usted se preguntará, ¿qué es el SAR? Pues, tan “simple” como esto:

“Para entender el número SAR, hay que saber que la antena del celular emite y recibe continuamente ondas electromagnéticas que viajan desde y hacia las antenas de las torres celulares. Esos rayos electromagnéticos del celular se absorben por los tejidos del cuerpo cercanos al celular. Esa medida de la cantidad de radiación que absorben los tejidos es conocido como el número SAR (del inglés *specific absorption rate*); en español es traducido como *tasa de absorción específica*. No quiero confundir con términos científicos, pero ese número es la absorción del número de watts (W) por cada kilo de tejido (kg), por lo que el número SAR se expresa en W/kg”⁵.

5 <blogs.elcomercio.pe/cuidatusalud/2010/06/sabe-el-numero-sar-de-su-celul.html>.

Los números SAR permitidos varían entre 2 W/kg y 1,6 W/kg como máximo. En el Perú, según datos del propio artículo citado, todos tienen menos de 1,5 W/kg. Ahora que ya sé qué es el SAR, no planeo preguntarlo la próxima vez que compre un celular: ni siquiera los científicos están de acuerdo sobre si un SAR mayor causa daño o no, pero ¿esperan que yo base mi decisión sobre comprar un celular en ese dato?

El caso del etiquetado de transgénicos

ii) Presión de grupos de interés

En el Perú se presentó un proyecto para etiquetar los productos transgénicos. Esto claramente afectaba a los productores de transgénicos y beneficiaba a los productores de orgánicos. Por tanto, los productores de transgénicos tenían incentivos para incumplir o hacer derogar esta norma. Una manera intermedia de hacerlo es a través de artilugios legales. Uno que se ha predicho como probable para este caso⁶, y la predicción se ha cumplido a cabalidad, es que las empresas busquen disociar el lenguaje legal del lenguaje coloquial. ¿Cómo hacerlo?

Pues fácil, ¿qué es un transgénico en el habla coloquial?: “Los alimentos sometidos a ingeniería genética o alimentos transgénicos son aquellos que fueron producidos a partir de un organismo modificado genéticamente mediante ingeniería genética. Dicho de otra forma, es aquel alimento obtenido de un organismo al cual le han incorporado genes de otro para producir una característica deseada”⁷.

¿Qué pasaría si la definición “legal” de transgénico, fuera diferente a la definición de “diccionario”. Y precisamente eso es lo que los productores de transgénicos intentaron hacer, lo que llevó a que el proyecto de código estableciera el deber de etiquetar los transgénicos desde un determinado porcentaje que se estableciera por medio de un reglamento. Digamos que el porcentaje se fija en 40%. Usted es un productor de un alimento transgénico con una modificación ascendente al 39%: de acuerdo con el “lenguaje legal”, usted no califica como transgénico, pese a que la definición de diccionario le aplica cabalmente. Esta disociación entre el lenguaje legal y el coloquial, producto de la presión de grupos de interés, lejos de lograr mayor información en los consumidores, consigue el efecto exactamente inverso.

Una versión posterior del proyecto fue incluso más allá y quitó la obligación de los transgénicos a etiquetarse y, más bien, impuso dicha obligación a los productores de orgánicos. Fuera de que esto pudiera tener sentido, ya que los orgánicos sí tienen incentivos en dar dicha información, la norma era claramente pro transgénicos.

6 Conferencia del profesor Omri Ben-Shahar, dictada en la Universidad de Chicago:<uchicagolaw.typepad.com/faculty/2009/02/the-myths-of-consumer-protection-law.html>.

7 <es.wikipedia.org/wiki/Alimento_transgénico>.

La versión del código finalmente aprobada impone a ambos, transgénicos y orgánicos, la obligación de etiquetarse. Este “compromiso”, sin embargo, parece ser más una “suma cero” que una ganancia para la sociedad.

III. ¿EXISTE ALGUNA ALTERNATIVA?

Hasta ahora hemos dibujado un panorama muy poco optimista para la protección al consumidor en el Perú. Sin embargo, esta proclividad –consustancial al proceso regulatorio– de responder a intereses particulares puede ser neutralizada, o minimizada, por medio de por lo menos dos alternativas: la instauración de mecanismos institucionales (constitucionales) para dificultar la “captura” de los reguladores (García y Soto 2010) y la utilización del análisis costo-beneficio de normas (Zerbe 2007).

Por otro lado, en la medida en que nuestra sociedad civil sea más fuerte y los medios de comunicación más independientes, la atención pública podrá estar más centrada en descubrir las reales motivaciones detrás de las normas y protestar en caso considere que estas no responden al interés público.

En la medida en que el proceso regulatorio sea más “competitivo” y transparente, por un lado, y la sociedad civil sea más fuerte e informada, por el otro, no solo las normas de protección al consumidor, sino todas, tenderán a estar más asociadas con el interés de la sociedad. Esto, en muchos casos, implicará dejar los temas a las normas de responsabilidad civil o lo que se conoce como “desregulación”.

BIBLIOGRAFÍA

BECKER, Gary

1983 “A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence”. En: *Quarterly Journal of Economics*, 98.

BREYER, Stephen

1982 *Regulation and Its Reform*. Cambridge: Harvard University Press.

GARCÍA, José Francisco y Sebastián SOTO

2010 “Una mirada económica al diseño constitucional chileno”. Disponible en: <<http://escholarship.org/uc/item/09w904qs>>.

OLSON, Mancur

1965 *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: Harvard University Press.

PÁSARA, Luis

2004 La enseñanza del Derecho en el Perú y su impacto en la administración de justicia. Lima. Disponible en: <<http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2004/informefinal.pdf>>.

POSNER, Richard

1974 “Theories of Economics Regulation”. En: *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5.

QUINTANA, Eduardo

2006 “Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de recursos dispersos?”. En: *Themis – Revista de Derecho*, 52.

RESNICK, Lauren B.; Katherine NOLAN y Daniel RESNICK

1995 “Benchmarking Education Standards”. En: *Educational Evaluation and Policy Analysis*, 4.

SCOTT, Colin

2001 “Analyzing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design”. En: *Public Law*, Summer, p. 329-53.

SCHWARTZ, Alan y Robert E. SCOTT

2003 “Contract Theory and the Limits of Contract Law”. En: *Yale Law Journal*, 113.

STIGLER, George

1971 “The Theory of Economic Regulation”. En: *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 1.

1961 “The Economic of Information”. En: *Journal of Political Economy*, 3, p. 213-25.

TELSER, Lester

1964 “Advertising and Competition”. En: *Journal of Political Economy*, 52.

VISCUSI, Kip; Joseph HARRINGTON y John M. VERNON

2005 *Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge: The MIT Press

WHITMAN, James

2007 “Consumerism versus Producerism: A Study in Comparative Law”. En: *Yale Law Journal*, 117.

ZERBE, Richard

2007 “The Legal Foundation of Cost-Benefit Analysis”. Disponible en: <http://works.bepress.com/richard_zerbe/2>.

LA CIUDADANÍA ECONÓMICA EN EL PERÚ: EL CONSUMIDOR

Pierino Stucchi López Raygada*

Así como el derecho a elegir a representantes es el signo distintivo de la ciudadanía “política”, la ciudadanía económica –en cuanto a la esfera del consumidor– se relaciona con el derecho a elegir libremente bienes y servicios: es decir, a que haya competencia. El autor pone énfasis en la educación como el punto central para el ejercicio de dicha libertad, pero no descarta la importancia de la labor del Estado como garante de la eficacia de sus derechos.

* El autor señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible únicamente a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participa como profesional.

1. INTRODUCCIÓN

La ciudadanía determina la existencia de una relación del individuo con el Estado, que se basa en reglas que limitan el poder que detenta este último, con el objetivo de que cumpla sus mandatos para realizar el interés general, sin limitar la libertad del individuo más allá de lo estrictamente necesario para lograr dicha realización¹. Asimismo, la ciudadanía se basa en reglas que encomiendan al Estado garantizar los derechos del individuo ante otros pares y ante el propio Estado.

Desde lo jurídico, la Constitución Política de nuestro país señala que “[s]on ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años”², circunscribiendo tal condición al ámbito de los derechos y los deberes políticos ejercidos por los nacionales, y precisando que “para el ejercicio de la ciudadanía se requiere la inscripción electoral”³. Esta definición de ciudadanía es esencialmente política y, en consecuencia, tiene como sus derechos distintivos ser elegido y elegir⁴ a representantes y gobernantes⁵, lo cual es complementado con diversos mecanismos de participación ciudadana en la gestión del interés general a cargo del Estado⁶.

1 El Estado de origen liberal denominado “Estado policía”, propio de la primera mitad del siglo XIX, se definió por la imposición de límites a la libre conducta de los particulares con el objetivo de “mantener el orden público en la medida en que esto es necesario para la convivencia, limitando lo menos posible la libertad”. Desde este origen, y en su desarrollo, la actividad de policía que distinguía a este enfoque del Estado se hace concreta en “limitaciones, condicionamientos o cargas, necesarios para una ordenada convivencia”. Al respecto, la doctrina reconoce, en lo que concierne a la labor de ordenamiento del mercado, que la actividad de policía del Estado “condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos” (Ariño 2004: 332, 336-7).

2 Artículo 30 de la Constitución Política del Perú.

3 Artículo 30 de la Constitución Política del Perú.

4 Desde una tradición doctrinaria republicana, la Constitución Política del Perú configura el derecho a elegir como un deber al señalar: “El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad”. Subrayado añadido. Artículo 31.

5 Cfr. artículo 31 de la Constitución Política del Perú.

6 La Constitución Política del Perú señala, al respecto:

“Artículo 31.-

Sin embargo, se puede constatar que, con la intensificación de la apertura económica bajo un modelo de economía (social) de mercado, en la mayoría de países del mundo, incluido el nuestro, los individuos satisfacen sus necesidades y procuran su bienestar adquiriendo bienes y servicios mediante actos de consumo. Así, los individuos participan como demandantes en el mercado, mientras que las empresas proveedoras de aquello que los consumidores requieren, participan como oferentes de bienes y servicios.

En este contexto, los ciudadanos, en su dimensión de consumidores, realizan intercambios económicos, pagando precios por recursos (consistentes en bienes y servicios) mediante instrumentos jurídicos de contratación, en ejercicio de la autonomía de su voluntad. De ahí que el bienestar del individuo y de su entorno familiar dependa de los actos de consumo que este realice e, implícitamente, de su capacidad para adquirir los bienes y servicios necesarios para satisfacer sus necesidades –personales y familiares– del mejor modo posible.

2. LA CIUDADANÍA EN UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

Desde estas consideraciones, asistimos a un perfilamiento de la ciudadanía, cuyos contornos no se limitan al reconocimiento y ejercicio de derechos en el ámbito político, sino también en el campo económico, en el cual la atribución de nacionalidad al consumidor no es un factor decisivo ni determinante, así como tampoco lo es la mayoría de edad.

Así, la relación del individuo con el Estado, en lo concerniente a una economía de mercado, debe basarse en reglas que limiten el poder que detenta este último, con el propósito de que cumpla sus mandatos para lograr el correcto funcionamiento del mercado, realizando el interés general sin limitar la libertad de elección de alternativas de consumo del ciudadano más allá de lo estrictamente necesario para lograr dicha realización. Asimismo, debe basarse en reglas que encomiendan al Estado garantizar los derechos del ciudadano en su dimensión de consumidores; ante quienes le ofrecen bienes y servicios en calidad de proveedores; y ante el propio Estado, que tiene el deber de defender los derechos del consumidor.

La asunción progresiva de conciencia respecto de la existencia de una manifestación económica de la ciudadanía, en la realidad, ha implicado, desde lo jurídico, un progresivo reconocimiento y ejercicio de los derechos que corresponden al individuo en su calidad de consumidor, en el marco de una economía social de mercado. Así, la ciudadanía económica ha ido tomando forma en un contexto socioeconómico contemporáneo que ha marcado sus contornos:

Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. [...]

Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. [...].”

“Con la modernidad, ocurre un acontecimiento sin precedentes que posibilita la construcción de la ciudadanía tal como la conocemos hoy. La aparición del mercado y el predominio de las relaciones contractuales, los procesos de secularización y especialización funcional, industrialización, urbanización y movilidad social [...]. El nuevo Estado ofrecerá protección legal a todos los ciudadanos por igual [...] su relación será directa con cada uno de los individuos, y se producirá a través de un conjunto de derechos codificados legalmente, los cuales definirán el grado de inclusividad de la ciudadanía” (Bobes 2000: 50-1).

El ejercicio de la ciudadanía económica, desde los actos de consumo, se produce con plenitud, en el marco de una economía social de mercado, cuando el escenario institucional garantiza: (i) **libertad**, cuyo vehículo es la **elección**, que permite a cada individuo determinar el camino hacia su bienestar; e (ii) **igualdad**, cuya expresión es un mismo conjunto de **derechos y deberes** para cada individuo en la mismas condiciones. Sobre el aseguramiento de estas dos condiciones, a cargo del Estado, se construye no solamente el ejercicio de la ciudadanía económica sino su propia legitimidad.

Sin embargo, debe considerarse que la plenitud del ejercicio libre de derechos iguales requiere un nivel mínimo de educación que permita al individuo conocer el contenido y alcance de la libertad y de la igualdad como caracterizadores de la ciudadanía económica. Desde esta perspectiva, la **educación para el ejercicio de la ciudadanía económica** resulta necesaria para que el intercambio entre los individuos, dentro de un orden de mercado garantizado por el Estado, viabilice los caminos hacia el bienestar social derivado del conjunto de decisiones individuales de consumidores, que persiguen el bienestar propio y el de sus familias.

3. LOS INTERESES GENERALES DEL CIUDADANO COMO CONSUMIDOR

En este punto debemos considerar que el consumidor tiene intereses específicos, los cuales se dirigen a satisfacer necesidades concretas, en determinado tiempo y espacio y según determinadas condiciones. Para conocer este tipo de intereses, se requeriría conocer a cada consumidor en lo individual, a efecto de determinar cuáles son sus necesidades específicas y concretas en términos de alimentación, educación, salud, vivienda, transporte, esparcimiento y requerimientos financieros, entre otros.

En este contexto, debemos constatar que el consumidor tiene también intereses generales que enmarcan todos y cada uno de sus intereses específicos. Estos intereses generales se derivan de la naturaleza **maximizadora** que corresponde a todo agente en una economía social de mercado y que, en resumen, se expresa en **lograr los máximos beneficios posibles a los menores costos posibles**.

Así, en el ámbito de la ciudadanía económica, los intereses generales del consumidor se orientan –o, cuando menos, debieran orientarse– a establecer y preservar instituciones que permitan que

la libre interacción de la oferta y la demanda coloque a su disposición bienes y servicios en las mejores condiciones de precio y calidad, con el objetivo de satisfacer sus necesidades del mejor modo posible. Estos intereses generales, en nuestra consideración, se pueden agrupar en: (i) interés por un intenso proceso competitivo e (ii) interés por el libre comercio.

3.1 Interés por un intenso proceso competitivo

Una de las principales consecuencias de una economía social de mercado es el proceso competitivo que esta instaure entre las empresas que ofrecen bienes y servicios similares o sustitutos, en el mismo ámbito geográfico y en el mismo contexto temporal.

Considerando que el proceso competitivo se desarrolla bajo reglas de eficiencia (aun cuando en la realidad se encuentre a cierta distancia del modelo teórico de competencia perfecta), el éxito es logrado por el proveedor que ofrece bienes y/o servicios con mejores combinaciones de precio y calidad que otros concurrentes que sean sus competidores. Desde el ángulo del consumo, esta circunstancia genera que los demandantes (consumidores) se vean beneficiados en el intercambio, tanto individualmente como en conjunto, pues con su elección, en términos de eficiencia, logran mayores niveles de bienestar a menor costo, lo que aumenta su excedente.

En consecuencia, es indudable que constituye interés esencial del consumidor que la competencia entre empresas que persiguen su preferencia sea lo más intensa posible, dado que ello genera, en los proveedores de bienes y servicios, los incentivos necesarios para ofrecer al consumidor la mejor combinación de precio y calidad en aquellos que coloca a su disposición. Como decíamos previamente, este interés general del consumidor se deriva de su condición **maximizadora**, que procura **lograr los máximos beneficios posibles a los menores costos posibles**.

El interés por un intenso proceso competitivo en el mercado es una correspondencia necesaria de la ciudadanía económica pues para el ejercicio de la libertad de elección entre las diferentes alternativas que presenta la oferta a disposición del consumidor, no existe mejor escenario.

Tal como referíamos, corresponde al Estado asegurar el correcto funcionamiento del mercado procurando los mejores espacios, derivados del proceso competitivo, para la libertad de elección del ciudadano como consumidor. En consecuencia, conociendo la distancia entre la competencia perfecta como modelo teórico y la realidad de los mercados, el objetivo de la actividad pública en una economía social de mercado es lograr que, en el proceso competitivo, exista la máxima competencia posible o una competencia efectiva, funcional o practicable (*workable competition*) (Velazco 2005: 42-3), en beneficio del interés general de los ciudadanos.

Entre los instrumentos que persiguen la máxima competencia posible, además de la actividad de fomento de la competencia a cargo del Estado, se encuentra la aplicación de las leyes que

prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas y las conductas desleales en el mercado⁷. Asimismo, entre estos instrumentos se encuentra, por mandato de ley, la eliminación de barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad económica, que, por establecer exigencias injustificadas sobre la actividad empresarial, son capaces de imponer barreras de acceso al mercado o de dificultar la permanencia de los agentes económicos en el mismo; lo que reduce la intensidad del proceso competitivo⁸.

En este contexto, un ejercicio adecuado de la ciudadanía económica implicaría que los consumidores, en lugar de exigir públicamente que bajen los precios de tal o cual producto por medio de algún decreto o acto estatal, exigieran que se den las condiciones necesarias para aumentar la competencia respecto del producto o servicio que les preocupa. Un consumidor informado sobre el funcionamiento del proceso competitivo, conoce que cualquier fijación de precio por debajo del precio de mercado, causado por un acto estatal de fijación de precio, distorsionaría la interacción entre la oferta y la demanda, y trasladaría inevitablemente al consumidor un descenso en la calidad de los productos o servicios ofrecidos pues, en una situación así, la disminución de costos –en detrimento de la calidad– sería la única acción que permite al proveedor procurar el mantenimiento de su nivel de utilidades ante la intervención del precio del producto que ofrece.

En consideración de lo anterior, resulta de la máxima importancia la **educación para el ejercicio de la ciudadanía económica** y que, como consecuencia de ella, los consumidores no tengan la expectativa de que los precios disminuyan por decreto, sino que provoquen, con sus propios actos de consumo, que aumente la competencia. Es decir, que no exijan ante reporteros de televisión, en un mercado de abastos, “que baje el precio del kilogramo de pollo” o “que baje precio del kilogramo de pescado”, sino que actúen con racionalidad económica.

7 En reconocimiento de este interés de los consumidores, la legislación nacional determina como finalidad de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, es decir contrarias a la libre competencia, que dicho instrumento legal “prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”. Cita textual tomada del artículo 1 del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

8 En este contexto normativo dirigido a procurar la máxima competencia posible, esperemos, en interés de los consumidores, contar en el futuro con un control general de concentraciones empresariales, que, con adecuados umbrales, cumpla con asegurar que estas no afecten el proceso competitivo en el mercado. Al respecto, es necesario iniciar un proceso dirigido a definir cuáles debieran ser las características de un mecanismo de control de estructuras para nuestro país. Al respecto, debe considerarse como motivador de esta necesidad que nuestro sistema de defensa de la libre competencia no está completo. Piénsese, por ejemplo, en dos empresas competidoras que desearan fijar precios o repartirse el mercado. Para eludir la prohibición absoluta que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ha definido sobre esta conducta, únicamente requerirían concentrarse y, por fusión, proyectarse como una sola persona jurídica. Otro motivador es la constatación del dinámico proceso de ampliación de mercados que el Perú ha emprendido, materializado en la celebración progresiva de tratados de libre comercio y acuerdos de promoción comercial, que exige que los beneficios que permite el libre comercio no se vean menoscabados por la concentración de poder de mercado, pues ello es capaz de debilitar el proceso competitivo.

Así, cuando suba el precio de un producto, los consumidores deberían evaluar comprar otro producto sustituto. En ese caso, se hace posible que logren disciplinar a los oferentes para que acoten sus utilidades a lo mínimo posible. Los consumidores en conjunto, informados, reflexivos y educados para el consumo, pueden aumentar significativamente el peso específico de su soberanía.

Si un consumidor se queja por el aumento de precio del kilogramo de azúcar pero sigue comprando la misma cantidad de azúcar, envía dos mensajes a los agentes económicos inmersos en el proceso competitivo: (i) primero, que el valor del producto, conforme a la valoración de dicho consumidor, se encuentra aún por encima del precio (si esta valoración se extiende a los demás consumidores, el precio podría aumentar aún, en determinada situación); y (ii) segundo, que si otro agente económico puede ofrecer el mismo producto a un menor precio, será preferido por este consumidor (y seguramente por los demás). Aquí está el germen de la competencia y el mensaje que los precios envían a los productores en un contexto de libre interacción entre oferta y demanda⁹.

De otro lado, la soberanía del consumidor, desde las consideraciones de un consumo responsable, permite que, en el marco de un proceso competitivo, el ciudadano oriente la producción de bienes y servicios, teniendo en cuenta que el consumo genera un condicionamiento subyacente y determinante sobre la producción¹⁰. La oferta de bienes y servicios que no generen impactos nocivos al medio ambiente puede ser estimulada por parte de ciudadanos informados que privilegien con su elección productos cuya producción o consumo no genere contaminación¹¹.

9 Esta libre interacción permite que la formación de los precios ref eje la valoración de los agentes económicos sobre los recursos disponibles, así como los niveles de escasez o de abundancia de los mismos. En una economía social de mercado, el sistema de precios cumple con la función de mostrar las cuotas de satisfacción de cada necesidad en la sociedad, lo que constituye un mecanismo coordinador entre las necesidades y los recursos disponibles para satisfacerlas.

10 “Como es fácil deducir de lo señalado previamente, las decisiones de los agentes económicos, consumidores y proveedores, orientan la distribución de recursos en la sociedad. Sin embargo, existe un condicionamiento subyacente entre estas decisiones, pues aquellas que tomen los proveedores dependerán de las preferencias de los consumidores. Es decir, los proveedores decidirán qué y cómo producir y/o ofrecer a partir de lo que los consumidores necesiten y requieran, dado que no tiene sentido, para una empresa, colocar en el mercado bienes y servicios que nadie demanda y que, por consiguiente, nadie va a adquirir. De ser así, no se concretarían transacciones y la actividad empresarial de quien proceda en ese sentido fracasaría” (Thorne 2010).

11 Solamente el consumo responsable, en el marco de un proceso competitivo, afianzado con espacios de reflexión y con **educación para el ejercicio de la ciudadanía económica**, permitirá evitar que se produzca la adquisición de bienes que implican sobreexplotación de recurso y que superan el contorno objetivo de la necesidad, y son subutilizados. El consumo responsable puede evitar que, en ejercicio de su libertad, un ciudadano adquiera una camioneta de doble tracción (4x4) para uso estrictamente urbano, cuyo escenario más esforzado será la carga de abarrotes en el supermercado.

3.2 Interés por el libre comercio

Un proceso competitivo no es suficientemente intenso si no existe libre comercio¹². Una economía social de mercado resulta significativamente incompleta si los consumidores no pueden tener a su disposición bienes y servicios (transables)¹³ de procedencia extranjera como parte de las alternativas disponibles para satisfacer sus necesidades.

El libre comercio tiene como efecto intensificar el proceso competitivo en los mercados de los Estados que participan de este, sea porque han abierto sus fronteras unilateralmente y/o porque han celebrado un acuerdo comercial con esta finalidad. A mayor flujo comercial, se produce mayor competencia por eficiencia, lo que, a su vez, aumenta el excedente de los consumidores, dado que pueden elegir entre bienes o servicios que pugnan por ofrecerles las mejores combinaciones de precio y calidad¹⁴.

Como expresión de integración económica, el libre comercio genera un proceso competitivo ampliado, lo que permite que la demanda de los consumidores nacionales pueda verse satisfecha no solamente con bienes y servicios nacionales o locales, sino también importados. En este contexto, un ejercicio adecuado de la ciudadanía económica implicaría que así como los productores nacionales y los trabajadores expresan públicamente su preocupación por la competencia que les genera la oferta extranjera por causa del libre comercio, los consumidores expresarán públicamente su interés por la mayor apertura comercial posible, atendiendo a que esta intensifica la competencia, lo que sintoniza con su interés general de procurar el logro de los máximos beneficios posibles a los menores costos posibles¹⁵.

12 Debe considerarse que la Constitución Política del Perú determina al respecto:

“Artículo 63.-

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas” (subrayado añadido).

- 13 Bienes y servicios transables son aquellos que por, su naturaleza y/o precio relativo con respecto a otros, son susceptibles, en mayor o menor grado, de ser objeto de transacciones internacionales.
- 14 Debe tenerse en cuenta que toda conducta contraria a la libre competencia –es decir, conducta anticompetitiva–, tal como reconoce el Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos en su capítulo 13 sobre política de competencia, “tiene el potencial de restringir el comercio e inversión bilateral” y que, en consecuencia, “proscribir dicha conducta, implementar políticas de competencia económicamente consistentes y cooperar [...] ayudarán a asegurar los beneficios de este Acuerdo”. Artículo 13.1 del señalado acuerdo.
- 15 Al respecto, tal como hemos sostenido en otra sede, “el libre comercio aumenta los beneficios que genera el mercado para los consumidores que demandan mercancías y servicios, al asegurarse la libre importación. [...] sin barreras sobre el comercio, los consumidores intermedios o finales nacionales pueden adquirir mercancías y servicios a mejores combinaciones de calidad y precio que antes. Ello debido a que: i) la oferta extranjera logra ser más competitiva y vence en calidad y/o precio a la oferta nacional; o ii) la oferta nacional se ve obligada a ser más competitiva por la amenaza de ser sustituida y mejora las combinaciones de precio y calidad que presenta. En cualquier caso, los consumidores nacionales mejoran su calidad de consumo y/o consumen a menores precios, acrecentando su bienestar. [...] si se trata de un consumidor final que compra alimentos o productos textiles terminados, este puede ahorrar al pagar menores precios, consumir más del mismo bien o, por el mismo precio, recibir mejor calidad” (Stucchi 2008: 54).

En este contexto, impartida una adecuada educación para el ejercicio de la ciudadanía económica, podríamos observar marchas ciudadanas de expresión pacífica en pro del comercio libre con otras naciones. Sobre este interés, los consumidores, informados y educados para el consumo –e incluso agremiados en las asociaciones– serían actores decisivos en el proceso de apertura comercial y seguramente, en el futuro, impedirían convencidos un retroceso en este aspecto, pues la afectación de esta apertura perjudicaría el excedente de todo ciudadano en su condición de consumidor.

En este punto, compartimos la constatación de que “los individuos son los que consumen, los que producen, los que se especializan y los que intercambian bienes y servicios. Los países no consumen, ni producen, ni importan ni exportan bienes y servicios” (Stewart 2005: 13); lo que debe entenderse en el sentido de que, en el marco del libre comercio, el énfasis no se debe colocar en los Estados sino en las personas, que, mediante el intercambio, logran mejores condiciones de bienestar derivadas de la especialización, que es fundamento tanto del comercio interno como del internacional.

En este entendimiento, no se debe dejar de lado que también es interés de los consumidores el libre comercio de bienes y servicios que no se encuentran propiamente dirigidos a su consumo final (insumos, bienes de capital, servicios financieros y de telecomunicaciones, entre otros), pues la competitividad de nuestras empresas nacionales mejora con la importación de bienes y servicios en mejores condiciones de precio y calidad. Ello permite a estas empresas mejorar también sus perfiles de eficiencia y, en consecuencia, estar en capacidad de ofrecer a los ciudadanos bienes y servicios que podrían satisfacer sus necesidades en mejores condiciones.

En consecuencia, al ser el objetivo de la actividad pública, en una economía social de mercado, lograr que en el proceso competitivo exista la máxima competencia posible, como se ha dicho, la opción por el libre comercio resulta un imperativo en beneficio del interés general de los ciudadanos.

4. LOS DERECHOS ESENCIALES DEL CIUDADANO COMO CONSUMIDOR

En general, los derechos del ciudadano en su dimensión de consumidor establecen reglas destinadas a moderar la conducta de las empresas que se constituyen como oferentes de bienes y servicios.

Los derechos esenciales del consumidor son reglas que tienen por finalidad imponer deberes a los proveedores, fundamentalmente con el objetivo de que el excedente del consumidor, en tanto demandante de bienes y servicios, no se vea indebidamente afectado como consecuencia del tráfico comercial que dicho consumidor activa con las empresas que participan en una economía social de mercado. Del mismo modo, los derechos esenciales del consumidor persiguen asegu-

rar, en el marco de una ciudadanía económica, la **elección** como vehículo de su **libertad**, con el propósito de permitirle determinar el camino hacia su bienestar; y, al mismo tiempo, buscan asegurar la **igualdad**, que se ve materializada en la existencia de los mismos **derechos y deberes** para aquellos consumidores que se encuentran en las mismas condiciones.

4.1 Derecho a la información

El consumidor ejerce plenamente la libertad de elección cuando es capaz de valorar las ofertas a su disposición en el mercado, sobre la base de información correcta y suficiente, lo que le permitirá elegir la opción que satisfaga del mejor modo posible sus necesidades.

El derecho a la información que tiene el consumidor se dirige a impedir que un proveedor distorsione u omita información de carácter relevante sobre determinados bienes o servicios y, en consecuencia, altere su valoración sobre la oferta. En otras palabras, el objetivo de este derecho es evitar que se afecte la transparencia del mercado de modo que se distorsionen los procesos de elección racional de los consumidores.

En consecuencia, el vigente Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce el derecho a la información de los consumidores, en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- Derechos de los consumidores

En los términos establecidos en el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

[...]

b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso adecuado de los productos o servicios.

[...]”.

La expresión legal del código citado, en reconocimiento del derecho a la información, indica que esta deberá ser: (i) **oportuna**, con el objetivo de que permita una adecuada valoración al consumidor, en términos de realidad, sobre los atributos de determinada oferta, de manera previa a su elección; (ii) **suficiente**, en términos de que se coloque a su disposición toda la información que resulte **relevante** para su valoración, incluyendo aquella sobre riesgos derivados de los productos que tiene a su disposición y precauciones correspondientes para el uso o consumo de los mismos¹⁶; y (iii) **veraz**, en términos de que la información a la que accede el consumidor sea congruente con la realidad de los atributos que corresponden a los bienes o servicios que se le ofrece.

16 Cfr. título I, capítulo IV, Salud y seguridad de los consumidores, del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

En este sentido, el derecho a la información¹⁷ que se reconoce a los ciudadanos en su naturaleza de consumidores, se dirige a garantizar su derecho a elegir la mejor alternativa que, en su consideración y como consecuencia de su propia valoración sobre parámetros informativos correctos, satisfaga sus necesidades en la mejor combinación de precio y calidad.

4.2 Derecho a la libre elección

Referirnos al derecho a la libre elección necesariamente exige destacar su naturaleza complementaria respecto del derecho a la información analizado en el numeral precedente. Este derecho tiene por finalidad garantizar el ejercicio de la **libertad** –a través de la **elección**–, de manera que cada individuo pueda determinar el camino hacia su bienestar mediante la realización efectiva de actos de consumo.

El reconocimiento del derecho a la libre elección a favor del consumidor implica que su decisión de consumo, como consecuencia de una elección debidamente informada, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, no sea distorsionada, coaccionada o condicionada por el uso de la fuerza, la amenaza o el ardid¹⁸. Ello adquiere significativa importancia en la medida en que un acto de consumo afectado en cuanto al ejercicio de la libre elección, es capaz de impedirle al ciudadano satisfacer su interés individual ante determinada necesidad, y devenir en una afectación indebida –y no tolerable– de su bienestar.

El vigente Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce el derecho de los consumidores a la libre elección, en los siguientes términos:

17 Se debe indicar que el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece las siguientes obligaciones y prohibiciones a los proveedores, como parte de sus disposiciones:

“Artículo 2º.- **Información relevante**

2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

2.2 La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.

2.3 Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor.

2.4 Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de confusión que generarían al consumidor el suministro de información excesiva o sumamente compleja, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado”.

“Artículo 3º.- **Prohibición de información falsa o que induzca a error al consumidor**

Está prohibida toda información o presentación u omisión de información que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos”.

18 Cfr. título III, Métodos comerciales coercitivos del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

“Artículo 1º.- Derechos de los consumidores

En los términos establecidos en el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

[...]

f. Derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informado por el proveedor sobre los que cuenta.

[...]”.

El reconocimiento legislativo precitado del derecho a la elección libre del consumidor se refiere a la facultad del ciudadano de escoger alternativas sobre **“productos y servicios idóneos y de calidad”**. Sobre la idoneidad de los bienes y servicios nos referiremos en el numeral siguiente; sin embargo, en este punto es importante clarificar el verdadero sentido con el cual, a nuestro entender, debe interpretarse la redacción del Código sobre la libre elección de productos de calidad.

Debe entenderse que, en una economía social de mercado, no se exige a los proveedores que ofrezcan bienes y servicios de determinada calidad. Esta, al igual que el precio, se debe determinar como consecuencia de la libre interacción de la oferta y la demanda. No se debe olvidar que las necesidades de los consumidores tienen un efecto condicionante sobre los proveedores, quienes para lograr su preferencia tienen los incentivos suficientes para atender sus demandas en el nivel de calidad exigido por dichas necesidades. En consecuencia, el reconocimiento textual que el citado código realiza sobre el derecho a la libre elección sobre productos y servicios de calidad, debe entenderse como la exigencia de una calidad que no ponga en riesgo la vida y la salud de las personas, ni su integridad física¹⁹.

4.3 Derecho a la idoneidad en los bienes y servicios adquiridos

La idoneidad a la que tiene derecho el consumidor es la adecuación o correspondencia entre aquello que se le ofrece y lo que realmente recibe por parte del proveedor, como consecuencia de una transacción que implica un acto de consumo. Así, por ejemplo, el proveedor puede entregarle información veraz y respetar su libre elección, pero si este no cumple con entregar lo ofrecido en las condiciones pactadas expresa o implícitamente, y en el nivel de calidad esperado, conforme a los usos y costumbres de la plaza, estaría afectando el derecho de idoneidad del consumidor.

Debe tenerse en cuenta que la idoneidad de un bien o un servicio depende significativamente de la información que sobre este haya puesto el proveedor a disposición del consumidor. Ello por cuanto la información determina o acota las expectativas razonables de un ciudadano respecto de aquello que evalúa adquirir para satisfacer alguna de sus necesidades.

19 Cfr. título I, capítulo IV, Salud y seguridad de los consumidores, del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

El vigente Código de Protección y Defensa del Consumidor define la idoneidad como “la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso”; y precisa que “[l]a idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado”²⁰. Asimismo, establece remedios claros en aquellos supuestos en los cuales el derecho a la idoneidad de los consumidores es desconocido, tal como se aprecia a continuación:

“Artículo 1º.- Derechos de los consumidores

En los términos establecidos en el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

[...]

e. Derecho a la reparación o reposición del producto, a una nueva ejecución del servicio, o en los casos previstos en el presente Código, a la devolución de la cantidad pagada, según las circunstancias.

[...]”.

En este sentido, el respeto del derecho a la idoneidad por parte del proveedor, constituye un buen termómetro de su diligencia y, en muchos casos, de su honestidad, cuya observancia contribuye a la legitimidad del intercambio comercial y de la propia economía social de mercado. En este entendimiento, el Código de Protección y Defensa del Consumidor determina que “[e]l proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio; por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y estos [...]”²¹.

En relación con este tema, insistimos en lo ya señalado anteriormente en el sentido de que un consumidor, cuando realiza un acto de consumo, lo hace para satisfacer una necesidad y, en consecuencia, mejorar sus niveles del bienestar. Cuando un bien o un servicio no cumple con ser idóneo, dicho bienestar se ve afectado, ante lo cual el Código de Protección y Defensa del Consumidor ha determinado, como derecho de los consumidores, la reparación o sustitución (reposición) del producto, la nueva y correcta ejecución del servicio o la devolución del precio pagado, según corresponda, teniendo especialmente en cuenta las garantías legales, explícitas o implícitas que sean aplicables²².

20 Artículo 18º del Código de Protección y Defensa del Consumidor

21 Artículo 19º del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

22 Se debe señalar que las garantías legales, explícitas e implícitas, resultan determinantes para el cumplimiento de la idoneidad a la que el consumidor tiene derecho y en salvaguarda de sus expectativas. Al respecto, el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece:

“Artículo 20º.- **Garantías**

Cuando un consumidor paga determinado precio por un bien o un servicio al que atribuye determinado valor, conforme a la información recibida y a lo razonablemente esperado de acuerdo a los usos y costumbres, pero recibe un nivel de calidad o condiciones diferentes a las esperadas, puede ver afectado su excedente. En palabras sencillas, el consumidor termina pagando más por un bien o un servicio por el que, ya conociendo la calidad y/o las condiciones en las que lo ha recibido, habría pagado menos. Por ello, entendiéndose que el ciudadano satisface necesidades mediante sus actos de consumo, la ley le otorga el derecho de obtener el bien o servicio conforme a lo que corresponde razonablemente o a la restitución del precio pagado.

4.4 Derecho a la no discriminación

El ejercicio de la ciudadanía de consumo, desde la dimensión de los actos de consumo, exige **igualdad**, la cual, como se ha señalado, tiene por expresión un mismo conjunto de **derechos y deberes** para cada consumidor que se encuentre en las mismas condiciones. Al respecto, el vigente Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce el derecho de los consumidores a la no discriminación, en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- Derechos de los consumidores

En los términos establecidos en el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

[...]

Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio.

Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:

- a. Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.
- b. Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.
- c. Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado”.

“Artículo 21º.- **Protección de las expectativas del consumidor**

21.1 A falta de garantía explícita, la garantía implícita vincula al proveedor.

21.2 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 acude 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 considera que las partes acordaron que el producto o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios para los cuales estos suelen ser adquiridos o contratados, según lo previsto en el artículo 18º.

21.3 La acreditación de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible, dadas las circunstancias, corresponde al beneficiado por dicha condición en la relación de consumo”.

d. Derecho [...] a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. [...]”.

El impacto que la discriminación ha suscitado en la anulación de la igualdad en el ejercicio de la ciudadanía económica, nos obliga a recordar, con indignación, que en determinados establecimientos (pertenecientes a proveedores de servicios) se discriminaba a los consumidores negándoles el ingreso a dichos establecimientos, así como el acceso a sus servicios, con base en su apariencia racial o condición económica²³. Esta conducta, que fue severamente sancionada por el Indecopi como autoridad nacional de protección del consumidor, redundaba en un desconocimiento de la igualdad de los ciudadanos como consumidores, proyectando un desvalor no solamente capaz de fragmentar nuestra sociedad, sino también capaz de desconocer el derecho a la libre elección por parte de los ciudadanos.

Es un imperativo combatir la discriminación desde todo ángulo y, en particular, desde la defensa de la ciudadanía económica, pues esta es capaz de desconocer la capacidad de consumo en determinadas personas, que son objeto de la diferenciación injustificada dado que no se les permite pagar precios ni acceder a establecimientos o prestaciones que son ofrecidas al público en general, marginándolas y excluyéndolas indebidamente de los beneficios del intercambio²⁴. Además del derecho fundamental que se afecta mediante un acto de discriminación, se afecta la legitimidad de la economía social de mercado como sistema igualitario para permitir la satisfacción de necesidades de todos los ciudadanos. El derecho a no ser discriminado resulta para los consumidores, en consecuencia, un pilar en el ejercicio de la ciudadanía económica en un país multicultural y unido en la diversidad como el nuestro.

23 Cfr. resolución 1415-2006/TDC-Indecopi, emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi con fecha 13 de septiembre de 2006.

24 En correlato del derecho a la no discriminación reconocido a favor del consumidor, el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece obligaciones para los proveedores en los siguientes términos:

“Artículo 38º.- **Prohibición de discriminación de consumidores**

38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.

38.2 Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga”.

“Artículo 39º.- **Carga de la prueba**

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios”.

5. APUNTES FINALES

El ejercicio de los derechos del ciudadano, incluidos sus derechos como consumidor, se ve potenciado por la cercanía de la autoridad que se encarga de la tutela de sus derechos. Esta no solamente defiende sus derechos en el caso concreto, con acciones de oficio o mediante la atención de denuncias particulares²⁵, sino que también su sola presencia y actividad supervisora motiva a quienes ofrecen bienes y servicios a respetar tales derechos. De allí la importancia de continuar expandiendo la presencia nacional del Indecopi como autoridad nacional de protección del consumidor, intensificada en los últimos años, allí donde se realizan transacciones entre consumidores y proveedores.

En este marco, resulta oportuno recordar que la Constitución Política del Perú encomienda al Estado la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios²⁶, lo cual implica no solamente una intensa defensa de todos los derechos que le corresponden, con especial énfasis en sus derechos esenciales: a la información, a la libre elección, a la idoneidad de los bienes y servicios adquiridos y a la no discriminación, en el marco de sus intereses particulares; sino también la salvaguarda de sus intereses generales por un intenso proceso competitivo y por el libre comercio.

Para la defensa de los derechos del consumidor no existe mejor instrumento de base que una **educación para el ejercicio de la ciudadanía económica** que permita a los consumidores entender y asumir a cabalidad su papel en la intensificación del proceso competitivo y el poder de su soberanía en el mercado. Las elecciones informadas de los consumidores son capaces de enviar claros mensajes a los proveedores y condicionar las ofertas que les dirigen para lograr su preferencia.

Al inicio de la presente entrega, nos referimos a la ciudadanía política reconociendo como sus derechos distintivos ser elegido²⁷ y elegir a representantes y gobernantes. Conforme a lo expresado en los puntos precedentes, también podemos reconocer como derecho distintivo de la ciudadanía económica el derecho a elegir (bienes y servicios) con el objetivo de perseguir el bienestar mediante la satisfacción de necesidades propias y familiares. La ciudadanía tiene como una síntesis de su ejercicio la libertad de elección, que debemos proteger y potenciar para lograr los máximos niveles de bienestar individual y colectivo.

25 El Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce el derecho de los consumidores a “la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, celeres o ágiles, con formalidades mínimas, gratuitos o no costosos, según sea el caso, para la atención de sus reclamos o denuncias ante las autoridades competentes”. Artículo 1º del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

26 La Constitución Política del Perú establece:

“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”.

27 Atendiendo al alcance de la obra de la que hace parte esta entrega, no hemos abordado el análisis sobre el ejercicio de la ciudadanía económica desde las dimensiones de la actividad empresarial o sobre la prestación personal de un trabajador, lo cual quedará pendiente, pues esta dimensión nos invita a analizar también el derecho a ser elegido como oferente de bienes y de servicios empresariales o personales.

BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, Gaspar

2004 *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: Ara.

BOBES, Velia Cecilia

2000 “Ciudadanía”. En: BACA OLAMENDI, Laura y Judit BOKSER-LIWERANT (Comp.). *Léxico de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.

STEWART, Rigoberto

2005 *La magia y el misterio del libre comercio*. San José: LIL, p. 13.

STUCCHI, Pierino

2008 “Libre comercio de mercancías y servicios”. En: *TLC Perú – Estados Unidos. Contenido y aplicación*. Lima: UPC.

THORNE, Jaime

2010 “Las relaciones de consumo y los principios esenciales en Protección y Defensa del Consumidor – Reflexiones en torno a un Proyecto de Código de Consumo”. En: *Revista Derecho & Sociedad*, 31.

VELAZCO SAN PEDRO, Luis Antonio

2005 “El Derecho Europeo de la Competencia”. En: *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*. Valladolid: Lex Nova, p. 42-3.

**¡NO ME DEFIENDAS, COMPADRE!
LOS EFECTOS ECONÓMICOS DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN
MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR***

Alberto Rebaza Torres

El autor analiza, desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, diversas disposiciones del actual Código de Protección y Defensa del Consumidor –sin dejar de lado referencias a la anterior legislación–; con especial atención a las normas sobre garantías y el deber de revelar información.

* El presente artículo es una versión modificada del artículo con el mismo título originalmente publicado en *Themis-Revista de Derecho* 32. 1995. Agradecemos a *Themis* por autorizar su publicación en esta obra colectiva.

La intervención del Estado ha sido justificada tradicionalmente en la necesidad de resolver problemas que las personas, en su calidad de ciudadanos o simples agentes económicos, no son capaces de resolver por sí solas (Buchanan 1975).

El clásico ejemplo es el “Estado policía”, el cual, para resolver problemas generados por la falta de respeto a la libertad, la vida o a los derechos patrimoniales de las personas, monopoliza en sus manos la coerción física. La noción básica es que las personas no pueden ni deben tomar la ley por sus manos, por lo que el castigo a quienes violan las normas de convivencia social debe venir tan solo de las manos del Estado. Dentro de dicha concepción también se considera que la solución de controversias debe estar igualmente concentrada en un ente imparcial, el Poder Judicial. Como señala Wagner: “la provisión de seguridad y orden promueve la actividad económica, de la cual es garantía un marco estable de reglas que haga posible a la persona asumir inversiones de largo plazo. Después de todo, la gente no invertirá en construcción de casas si no se siente segura de sus derechos de propiedad con respecto a dichas casas” (Wagner 1989: 3 y ss.).

La misma justificación fue utilizada para otorgar progresivamente mayores facultades y funciones al Estado con respecto al manejo de políticas económicas. En efecto, el concepto de economía social de mercado, economía dirigida o planificada y, de manera extrema, la economía comunista o centralizada, parten de la hipótesis de que el mercado no es capaz de alcanzar objetivos prioritarios como el desarrollo económico de un país y el bienestar de todos sus individuos.

La toma de conciencia con respecto al fracaso del Estado en lograr, por medio de su actuación directa, estos últimos objetivos, ha propiciado la reducción de la regulación estatal (y, por tanto, del intervencionismo). Sin embargo, hoy, dentro de una economía basada fundamentalmente en el mercado, se le ha encomendado al Estado una nueva tarea: velar por el funcionamiento del mercado de manera tal que el interés particular de los agentes económicos y la posición de dominio de las empresas no terminen por arruinar sus virtudes.

En efecto, incluso ahora, cuando la mayoría coincide en que el mercado es el más eficiente medio de asignación de recursos y de satisfacción de necesidades, un número importante de economistas y, sobre todo, de abogados, está convencido de la necesidad y conveniencia de este nuevo rol del Estado y el Derecho.

Mi tesis fundamental es que al igual que la intervención del Estado en la educación o vivienda resultó siendo contraproducente, la legislación de protección al consumidor habrá de correr la misma suerte, pues está sostenida en supuestos incorrectos.

1. JUSTIFICACIÓN Y CRÍTICA A LA INTERVENCIÓN ESTATAL

La clásica justificación a la intervención estatal en materia económica proviene de Pigou, quien sostuvo que aquella debe producirse cuando el costo social de una actividad es mayor que el costo individual de quien la realiza, esto es, cuando se producen “externalidades”. Así, por ejemplo, si determinado alimento causa cierta alergia, el hecho de que el productor no asuma el costo de mejorar su producto (sea pasteurizándolo, agregando preservantes o mejorando el proceso de producción) ni que pague por los daños que cause debido a ello, significa que está transfiriendo (externalizando) parte de los costos que él debiera asumir (prevención o indemnización) a los consumidores, quienes tendrán que comprar las medicinas o, en todo caso, asumir el daño causado (soportar la enfermedad y eventualmente dejar de asistir al trabajo) (Rowley 1978).

Según Pigou, la existencia de dichas externalidades se debe a los altos costos de transacción –y en particular de información– existentes en determinados sectores del mercado, los cuales ameritan que el Estado participe correctivamente para eliminarlos o, en todo caso, reducirlos. También considera Pigou que la existencia de “*free riders*” justifica la intervención estatal debido a que quienes venden un producto o servicio no podrán cobrar a todos los que se benefician de él. El típico ejemplo es la red de alumbrado público, en la que una persona que no cumple con pagar por el servicio se beneficia del simple hecho de que su vecino sí lo haga, dado que al contar con luz pública frente a su casa disfruta de una mayor iluminación en la cuadra, lo que ahuyenta la delincuencia y revierte positivamente en el valor del inmueble, etc.)¹.

La posición de Pigou, aún vigente actualmente en las más importantes leyes marco que regulan nuestra economía, fue demoledoramente criticada por Ronald Coase, premio Nobel de Economía, quien advirtió que, así como el mercado es imperfecto, la intervención estatal también lo es. Más aun, la intervención estatal puede ser más costosa e imperfecta que el mercado al que se quiere corregir. Por lo tanto, Coase propone que se evalúe cuidadosamente si esa intervención estatal resuelve efectivamente mejor que el mercado determinados problemas y si los beneficios que produce son mayores que sus costos. Esta no fue la única contribución de Coase. También

1 Véase, sobre “*free riding*”, Rebaza (1993).

demonstró que la mayor parte de las imperfecciones atribuidas al mercado se deben más bien a que el mercado es impedido de funcionar y corregir sus desperfectos debido a las distorsiones causadas por la propia regulación estatal (Coase 1960).

A continuación, y siguiendo los principios de Coase, intentaremos evaluar la conveniencia del marco legal de protección al consumidor.

2. NORMAS SOBRE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

El Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Supremo 009-2006-EF², intenta compensar una supuesta asimetría entre los ofertantes de productos y servicios, y los consumidores³. La consecuencia inevitable de tal suposición es que la relación entre ofertantes y demandantes se extrae de la esfera del Derecho Civil, es decir del Derecho Privado, en donde se asume que las partes que celebran un contrato son iguales, para incorporarlo en una nueva área del Derecho, el del Consumidor. En este nuevo recinto, se otorga a una de las partes, los consumidores, una serie de ventajas con respecto a la otra parte, los proveedores, pues se asume que estos últimos cuentan con mayor información y mayores medios para lograr que las transacciones se ajusten a sus particulares intereses.

El Derecho aparece, en consecuencia, nuevamente con un rol equilibrante ante posiciones desiguales tenidas como injustas, tal y como en su tiempo lo hicieron la Ley de Inquilinato, la Ley de Reforma Agraria o la Ley de Estabilidad Laboral.

Los efectos de las leyes son imprevisibles. Los objetivos deseados muchas veces no son alcanzados. Así sucedió con la Ley de Inquilinato, que terminó por reducir la oferta de inmuebles para alquiler, perjudicando a gente humilde que pretendía alquilar (Friedman y Stigler 1946), y a propietarios que llegaron a recibir por renta sumas inferiores a las que debían pagar al año por el impuesto al patrimonio predial. En efecto, la reducción de la oferta impidió que personas sin los ahorros necesarios para comprar una vivienda pudieran alquilar, que los propietarios dudaran en arrendar sus inmuebles y que los inversionistas se resistieran a construir proyectos importantes de vivienda. Así sucedió también con la Ley de Estabilidad Laboral, que redujo la demanda de

2 Nota del editor: al momento de escribir este artículo, el nuevo Código de Consumo aún no había sido aprobado, por lo que las referencias legislativas del autor son a la anterior norma. Sin embargo, la nueva norma es sustancialmente igual, por lo que hemos puesto los artículos equivalentes en notas a pie, en cada referencia normativa hecha por el autor.

3 Véase, como ejemplo, el cuarto considerando de la Resolución N° 8 de la Comisión de Protección del Consumidor, publicada el 14-09-1995, en el procedimiento de oficio seguido contra un banco por la inclusión de un seguro obligatorio como parte del contrato de cuenta bancaria con sus clientes. En dicho considerando se señala que "si bien los consumidores suelen adquirir información por medio de su experiencia en el mercado y, en consecuencia, pueden autoprotgerse por medio de sus propias decisiones de intercambio, existen circunstancias en que dicho mecanismo no funciona de manera adecuada precisamente por los niveles de asimetría en la información existente y por el carácter coercitivo o engañoso de las prácticas desarrolladas por algunos proveedores".

mano de obra, lo que benefició a quienes ya contaban con un puesto de trabajo pero perjudicó a aquellos, sobre todo los más jóvenes, que ingresaban al mercado laboral (Instituto Libertad y Democracia 1986).

Las externalidades, es decir los efectos no deseados de una actividad, pueden surgir de un individuo, de una empresa o del Estado. Lo que pretendemos mediante el análisis de las siguientes normas es mostrar las externalidades que ocasiona la legislación de protección al consumidor a los propios consumidores.

2.1 Servicios postventa: suministro de repuestos y reparación

«Artículo 11º.- En el caso de la producción, fabricación, ensamble, importación, distribución o comercialización de bienes respecto de los que no se brinde el suministro oportuno de partes y accesorios o servicios de reparación y mantenimiento o en los que dichos suministros o servicios se brinden con limitaciones, los proveedores deberán informar de tales circunstancias de manera clara e inequívoca al consumidor. De no brindar dicha información, quedarán obligados y serán responsables por el oportuno suministro de partes y accesorios, servicios de reparación y de mantenimiento de los bienes que produzcan, fabriquen, ensamblen, importen o distribuyan, durante el lapso en que los comercialicen en el mercado nacional y, posteriormente, durante un lapso razonable en función de la durabilidad de los productos.

La responsabilidad de probar la comunicación previa a la configuración de la relación de consumo sobre las limitaciones en el suministro de las partes y accesorios, corresponde al proveedor”⁴.

Dentro de los elementos utilizados para calcular el costo de un producto, por ejemplo un automóvil, se encuentra necesariamente la existencia o no de una red de suministro de repuestos, de talleres especializados, y en general de una adecuada red de servicios a escala nacional. Es por ello que hay marcas de automóviles que tienen un extraordinario precio de reventa frente a otras incluso más lujosas.

Un consumidor razonable sabe que, en caso tengan igual precio, un automóvil de marca conocida y de venta extendida en el país le dará en el futuro menos problemas que un automóvil de marca desconocida. Esto último no es desconocido por los distribuidores de vehículos de marcas poco difundidas en el país, quienes suelen compensar este defecto ofertando precios más competitivos. En consecuencia, *ceteris paribus*, dos elementos por tomarse en cuenta en la reducción del precio internacional (pi) de un producto hasta llegar al precio final (pf) en un mercado determinado, son el daño que puede sufrir el consumidor al no obtener los repuestos o servicios necesarios (d) y la probabilidad de que tal situación de necesidad ocurra ($prob$).

4 Nota del editor: este artículo ha sido reproducido de manera exacta en el artículo 9 del nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor.

En consecuencia, el precio final de los automóviles se acercará a un punto de equilibrio cercano, dependiendo del funcionamiento del mercado⁵:

$$pf = pi - (d \times prob)$$

Los consumidores deben tomar la decisión, no el legislador. Un consumidor con aversión al riesgo, optará por la marca conocida pagando el mayor costo que significa contar con repuestos en el futuro. Un consumidor neutral al riesgo, comparará el automóvil de menor prestigio o con menor servicio postventa y se beneficiará del menor precio. El mercado funciona mejor en la medida en que pueda satisfacer cada vez más las distintas necesidades de los consumidores.

El mercado es distorsionado cuando la regulación estatal impide a cierto sector de consumidores asumir el riesgo que desean.

Ahora bien, ¿qué fin persigue la norma al obligar al productor o distribuidor de un bien o servicio a que revele la “debilidad” de su oferta al punto de sancionar su silencio con una garantía tácita evidentemente onerosa? Algunos pensarán que este es un caso en que se justifica la intervención estatal debido a que la información con la que cuenta el consumidor es insuficiente y por tanto el mercado no funciona adecuadamente. De acuerdo con ello, la norma analizada establece que la información relacionada con cualquier defecto referido a los suministros de partes y accesorios o servicios de reparación y mantenimiento de los bienes que se ofrezcan, debe ser trasladada del proveedor al consumidor, con el propósito de que este tome una decisión de consumo con la información necesaria para optimizar sus intereses.

Con respecto a esto último, conviene recordar que el costo de los productos para el consumidor (cc), siguiendo a Stigler (1961), es el precio pagado final (pf) más el costo de búsqueda de información (ci).

$$cc = pf + ci$$

No es que no haya información disponible, sino que la adquisición de la información es onerosa y puede que en ciertos casos no amerite invertir una gran suma en obtenerla. En efecto, la norma impone una obligación y una sanción muy seria al productor o distribuidor por no hacer la revelación de sus debilidades. Pero ¿cuál será el nivel de detalle que pretende el legislador que el productor desarrolle para “alertar” al consumidor? ¿Dónde queda cumplida esa obligación. Pero, peor aun, ¿por qué no le impone las mismas obligaciones al productor que posee un mejor

5 Evidentemente el consumidor comprará siempre y cuando el precio final se reduzca en una cantidad igual o mayor a lo que él considera apropiado, es decir, cuando $Pf' = < pi - (d \times prob)'$, siendo $(d \times prob)'$ calculado subjetivamente por aquel. Por otro lado, el vendedor venderá cuando la reducción en el precio final sea igual o menor a la reducción de precio que él considere apropiada, es decir, cuando $Pf' \geq pi - (d \times prob)$. Sin embargo, el acuerdo habrá de producirse cuando $Pf' = Pf''$.

servicio postventa pero cuyos productos son más caros? ¿Por qué no también le exige que revele que sus precios son mayores y que si su cliente no lo tuvo en claro al momento de efectuar la compra, le debe reembolsar por lo pagado en exceso?

¿Por qué en un caso se imponen cargas a un actor del mercado y no a otro, cuando ambos están compitiendo sobre la base de atributos distintos?

“Artículo 13.- De manera enunciativa, aunque no limitativa, el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no podrán: a. en relaciones contractuales de duración continuada o tracto sucesivo donde haya dependencia o subordinación entre las acciones de consumo, tomar ventaja indebida del oportunismo post contractual, es decir, condicionar la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, salvo que por su naturaleza sean complementarios, formen parte de las ofertas comerciales o, por los usos y costumbres sean ofrecidos en conjunto; [...]”⁶.

El objetivo de la norma es evitar una modalidad de venta atada, en este caso, por ejemplo, que la prestación de un servicio de reparación esté ligada a la venta de los repuestos necesarios para efectuarlo. Se busca evitar que el consumidor tenga que pagar una cantidad por encima del precio de mercado.

La pregunta obvia en estos casos es por qué el consumidor que no está de acuerdo con una situación como la arriba indicada simplemente no opta por elegir a otra persona que brinde el servicio sin ataduras de ningún tipo. En relación con este tipo de casos, en Estados Unidos se ha desarrollado la doctrina del “Tying Contract” (Areeda y Kaplow 1988: 425 y ss.), que también apunta a evitar ventas atadas, pero ella se aplica solamente en aquellos casos en que el proveedor cuente con una posición monopólica que impida al consumidor optar por una propuesta diferente.

Como es obvio, las posiciones monopólicas no son frecuentes, por lo que es un gran error legislar de una manera tan general como en este caso.

Pero, es más, existen razones de eficiencia económica que hacen de la atadura entre prestación de servicios de reparación y la compra obligatoria de repuestos algo bastante común en el mundo comercial. En efecto, si una empresa desea brindar un servicio garantizado de reparación con el objeto de adquirir un prestigio en el mercado, deberá estar segura de que los materiales y productos que serán utilizados tendrán la calidad suficiente como para permitir que la empresa asuma el costo y riesgo que el otorgamiento de la garantía significa.

6 Nota del editor: este artículo ha sido reproducido de manera casi exacta en el numeral 56.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Sin embargo, debemos indicar que la norma en cuestión permite excepciones, por lo que no limita de manera absoluta la posibilidad de que los consumidores se vean favorecidos por distintas ofertas que varíen desde la simple prestación de un servicio, pasen por la prestación de servicio atada con o sin garantía, hasta la prestación del servicio no atado con garantía.

“Artículo 34.- Cuando un producto objeto de reparación presente defectos relacionados con el servicio realizado y éstos sean imputables al prestador del mismo, el consumidor, tendrá derecho dentro de los treinta (30) días contados a partir de la recepción del producto a que se le repare nuevamente sin costo adicional”⁷.

Las negativas consecuencias que surgen de esta norma se deben a razones similares a las mencionadas con motivo del artículo 11°. Es decir, se impide que los consumidores opten entre productos más baratos pero sujetos a un riesgo (que no haya repuestos o que no esté garantizado el servicio) y productos caros libres de riesgo (marcas conocidas con suministro asegurado de repuestos o servicios garantizados por un plazo determinado).

Cuando el consumidor de un servicio recibe el producto reparado sin garantía alguna, está asumiendo el costo de la inspección y de los desperfectos ocultos, muy probablemente a cambio de un menor precio. Puede ser distinto, y un consumidor razonable lo sabe bien, que le presten a uno un servicio en una empresa grande, con sofisticados talleres y gran número de personal, que en una empresa pequeña con menores costos y sofisticación. Pero el consumidor asume esa diferencia por la segunda opción.

La existencia de una garantía (sea legal o voluntaria) implica mayor cuidado en la reparación y también mayores costos (en personal y en repuestos). Pero esto no es gratuito. Esto se traducirá inevitablemente en un mayor precio.

El error de la norma es que no permite elegir al consumidor. Es, paradójicamente, contraria a la esencia del mercado, en donde se supone que el consumidor se encontrará en mejor situación en la medida en que tenga mayores opciones.

Conviene, por tanto, reflexionar sobre este elemento tan visible de la legislación bajo comentario: la imposibilidad de pactar en contrario. Al declararse de orden público, pues justamente presupone una desigual posición contractual, despoja a los individuos del derecho de pactar en contra de aquello que los legisladores consideraron conveniente para ellos.

7 Nota del editor: este artículo ha sido reproducido de manera exacta en el numeral 23.2 del nuevo código.

2.2 Información en castellano

“Artículo 16°.- Toda información sobre productos de manufactura nacional proporcionada a los consumidores deberá efectuarse en términos comprensibles en idioma castellano y de conformidad con el sistema legal de unidades de medida. Tratándose de productos de manufactura extranjera, deberá brindarse en idioma castellano la información relacionada con las condiciones de las garantías, las advertencias y riesgos previsibles, así como los cuidados a seguir en caso de que se produzca un daño”⁸.

Este artículo persigue suministrar al consumidor la mayor cantidad de información posible, impidiendo que esta se reduzca mediante el uso exclusivo de un idioma distinto. La norma es bienintencionada, pero crea también externalidades negativas a las empresas.

Hace años, en Chile, donde existía una norma similar, la cadena de restaurantes McDonald's, cuya preocupación por la higiene y el cuidado en el proceso de producción es indiscutible, fue multada por no haber impuesto sobre los pequeños sobres de mostaza, mayonesa, y ketchup, calcomanías que informasen a los clientes sobre las características alimenticias, nutritivas y dietéticas de dichos productos.

La empresa argumentó, sin éxito lamentablemente, que si bien ellos no colocaban calcomanías en cada uno de los cientos de miles de sobrecitos que se consumen semanalmente en sus locales, en cada uno de sus establecimientos habían colocado varios afiches con la información respectiva.

Lo que sucede es que hay un problema de costos que la norma no contempla en el Perú ni en Chile. En efecto, una cosa es poner información en cada uno de los productos cuando se trata de un televisor, un automóvil o una máquina, y otra, cuando se trata de cientos de miles de pequeños envases o empaques, es llegar al absurdo de proceder a estampar información en todos y cada uno de ellos.

El problema radica en que regulaciones como esta comparten una marcada subestimación con respecto a los consumidores. La normatividad vigente los trata como incapaces relativos⁹. Si un consumidor no puede leer la información contenida en el empaque de un producto, debería desconfiar del producto y optar por no consumirlo. En buena cuenta, nadie más interesado que las empresas mismas en atraer al consumidor mediante la mayor cantidad de información. Si

8 El nuevo código contempla una norma equivalente: “Numeral 2.2.- La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano”.

9 El artículo 46 del Código Civil establece quiénes son incapaces relativos, incluyendo junto a los toxicómanos, los retardados mentales y los ebrios habituales, a los mayores de 16 años pero menores de 18. A su vez, el artículo 227 señala con respecto a estos últimos que las obligaciones que ellos contraigan son anulables. Esta misma consecuencia se produce cuando se incumple el código a pesar de que quien contrata es una persona mayor de 18 años y responsable de sus actos (pero no para los legisladores).

no puede leer el envase, el consumidor está confiando en el prestigio y reputación del lugar, en donde los productos que ofrece deben ser acordes con ese prestigio o reputación. Para ser consistentes, entonces también debería exigirse que se brinde información sobre la procedencia de la carne con la que se hacen las hamburguesas, la fórmula del pan y demás.

Los consumidores deben ser responsables de sus actos y asumir los costos de su negligencia. Romper este principio creando derechos en favor de los consumidores no hace otra cosa que promover la negligencia entre ellos. Las exoneraciones de responsabilidad fomentan la negligencia tanto en los agentes económicos que causan el daño como en aquellos que lo sufren pero que pudieron evitarlo.

Los legisladores olvidan que el prestigio de los productos, empresas y marcas es un fenómeno que no se explica solamente por la publicidad que pagan. En efecto, la publicidad es el elemento más visible, pero el prestigio de una marca permanece por el esfuerzo que las empresas realizan en proporcionar productos o servicios de calidad. Esta es la información más importante para los consumidores. No hay otra razón más importante para explicar por qué millones de personas almuerzan diariamente alrededor del mundo en restaurantes McDonald's sin prestar atención a la información existente en sus envases.

2.3 Exhibición de precios

“Artículo 17°.- Los establecimientos comerciales deberán exhibir en sus vitrinas, de manera fácilmente perceptible para el consumidor, los precios de los productos exhibidos en ellas. Asimismo, los establecimientos en los que ofrezcan productos o servicios a los consumidores, deberán contar con una lista de precios, en la que consten los de todos los productos y servicios ofertados, la misma que deberá proporcionarse a todo consumidor que lo solicite”.

No someter al consumidor a la presión que significa entrar a una tienda en donde vendedores entrenados prácticamente obligarán a aquel a adquirir un bien que se encuentra por encima de sus posibilidades, es el objetivo de esta norma. Para ello, en el artículo 17 de la ley anterior se obligaba a los vendedores a exhibir los precios en las vitrinas de sus establecimientos, de tal modo que se alerte al consumidor de lo que le espera una vez traspasado el umbral de una tienda¹⁰.

10 Nota del editor: el nuevo código no mantiene esa obligación; sin embargo, sí se refiere al deber de consignar los precios de manera fácilmente perceptible. “Numeral 5.1.- Los establecimientos comerciales están obligados a consignar de manera fácilmente perceptible para el consumidor los precios de los productos en los espacios destinados para su exhibición. Igualmente, deben contar con una lista de precios de fácil acceso a los consumidores. En el caso de los establecimientos que expenden una gran cantidad de productos o servicios, estas listas pueden ser complementadas por terminales de cómputo debidamente organizados y de fácil manejo para los consumidores”.

Pareciera que para el legislador el aspecto externo de la tienda no es suficiente para alertar al consumidor, tampoco el distrito o barrio donde se encuentra esta, ni la publicidad que realiza.

El problema no es simplemente que tenga que ponerse el precio de los productos ofertados. El asunto más grave es la interpretación que efectúa el Indecopi, y en particular la Comisión de Protección al Consumidor, con respecto a qué debe entenderse por “fácilmente perceptible para el consumidor”.

El resultado es inevitablemente perverso. Al resolver caso por caso, la Comisión crea inseguridad jurídica entre las empresas, pues las opiniones podrán variar como varían los miembros de ella. Si establece medidas exactas, colores permitidos y diseños aceptados, la creatividad de los anunciantes será parametrada.

2.4 La responsabilidad civil contractual y extracontractual frente a las normas especiales de protección al consumidor

Los otros artículos sustantivos de la anterior Ley de Protección al Consumidor son aplicaciones específicas de las normas de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual del Código Civil al ámbito de protección al consumidor. Los siguientes son algunos ejemplos de ello.

“Artículo 7°.- Los proveedores están obligados a cumplir con las normas de seguridad, calidad y rotulado del producto o servicio, en lo que corresponda”.

“Artículo 8°.- 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”.

“Artículo 9°.- 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 el modo correcto de la utilización del producto o servicio”¹¹.

“Artículo 10°.- En 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,

11 Nota del editor: actualmente en el artículo 25 del nuevo código: “Los productos o servicios ofertados en el mercado no deben conllevar, en condiciones de uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes”, y el artículo 104, que se refiere a la responsabilidad administrativa del proveedor por ocasionar riesgos injustificados.

disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores oportunamente con las advertencias del caso”¹².

“Artículo 15°.- El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada, muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes.

Está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos”¹³.

“Artículo 19°.- Cuando se expende al público productos con alguna deficiencia, usados, reconstruidos o remanufacturados, deberá informarse claramente esta circunstancia al consumidor y hacerlo constar en los propios artículos, etiquetas, envolturas o empaques, y en las facturas correspondientes”¹⁴.

“Artículo 20°.- La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las características y funciones propias de cada producto y las condiciones y garantías ofrecidas, dan lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”¹⁵.

La única virtud de esta norma es que permite la difusión de los derechos que los consumidores tienen, no necesariamente como producto de ella sino, en realidad, como consecuencia de un sistema jurídico que protege a una parte cuando la otra incumple sus obligaciones.

Sin embargo, es obvio que la razón fundamental que explica la existencia de comisiones y de un tribunal en el Indecopi no es la elaboración de normas específicas en materia de protección al consumidor sino la falta de confianza en el Poder Judicial.

12 Nota del editor: una norma equivalente se encuentra en el nuevo código, “Artículo 28.- En caso de que se coloquen productos o servicios en el mercado, en los que posteriormente se detecte la existencia de riesgos no previstos con anterioridad o imprevisibles, el proveedor está obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro en el plazo inmediato; entre ellas, notificar a las autoridades competentes esta circunstancia, retirar los productos o servicios, disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores, a la brevedad, de las advertencias del caso. La prueba de las medidas adoptadas corresponde al proveedor. [...]”.

13 Nota del editor: existen diversas disposiciones relacionadas a la información en el nuevo código, su veracidad, claridad, etc., especialmente entre los artículos 1 y 17, con especial referencia al 3.

14 Nota del editor: de manera similar al artículo 11 del nuevo código, en el cual se agrega que: “El incumplimiento de esta exigencia es considerado contrario a la buena fe en el comportamiento exigible al proveedor”.

15 Nota del editor: como ya lo señalamos, el nuevo código contempla una serie de disposiciones en relación con publicidad.

3. NORMAS SOBRE PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Por otro lado, el Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, contiene algunas disposiciones relacionadas con aspectos que hemos analizado en los puntos anteriores del presente artículo.

A continuación mencionaremos aquellas disposiciones y luego discutiremos algunos elementos que deberían ser tomados en cuenta por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal.

“Artículo 16º.- Actos contra el principio de autenticidad.- 16.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal”.

“Artículo 17º.- Actos contra el principio de legalidad.-

17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes:

- a) Omitir la advertencia a los consumidores sobre los principales riesgos que implica el uso o consumo de productos peligrosos anunciados;
- b) Omitir la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado;
- c) Omitir el equivalente del precio en moneda nacional en caracteres idénticos y de tamaño equivalente a los que presenten el precio de un bien o servicio en moneda extranjera, cuando este es anunciado”.

“Artículo 18º.- Actos contra el principio de adecuación social.-

Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto: a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

“Artículo 19º.- Ejercicio de la libertad de expresión empresarial y sus límites.-

19.1.- El desarrollo de actividad publicitaria permite el ejercicio de la libertad de expresión en la actividad empresarial y es vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución Política del Perú.

19.2.- El ejercicio de la libertad de expresión empresarial no debe significar la realización de actos de competencia desleal que afecten o limiten el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en una economía social de mercado, ni que afecten el derecho a la información sobre los bienes y servicios que corresponde a los consumidores, conforme a lo garantizado por la Constitución Política del Perú”.

La publicidad es un elemento vital dentro del funcionamiento del mercado. Como se sabe, una de las razones principales por las que el mercado es el mejor sistema de asignación de recursos es que permite, como ningún otro, transmitir información acerca de los precios, cualidades y diferencias entre los productos, así como las preferencias, gustos y temores de los consumidores. El sistema de precios permite a los productores y consumidores adoptar las decisiones más convenientes. Los primeros modificarán el precio dependiendo de la acogida de sus productos. Los segundos comprarán, o no, en la medida en que el valor que ellos le atribuyen al producto por comprar sea mayor que el precio de mercado.

La publicidad es el medio principal mediante el cual el productor informa al consumidor sobre las cualidades de su producto y le proporciona los datos requeridos para efectuar sus decisiones de consumo.

Como mencionamos anteriormente, Stigler señala que el costo de un producto para el consumidor es el precio más el costo de búsqueda de información. En ese sentido, la publicidad es un medio que permite reducir los costos de información al consumidor, puesto que facilita su obtención.

Ahora bien, en la medida en que la publicidad reduce los costos de búsqueda de información, la búsqueda aumenta al ser más barata, fomentando una mayor competencia entre los proveedores pues se ven obligados a dar más información. Por tanto, a mayor publicidad, mayor competencia entre las empresas.

Debe analizarse hasta qué punto conviene una regulación que de una u otra manera pueda traer como consecuencia la reducción de la publicidad por temor a sanciones. Es nuestra impresión que los legisladores subestiman los recursos legales que la ley ofrece a todo aquel que ha sido víctima de un engaño, subestiman los mecanismos propios de autocorrección que un mercado competitivo posee y, sobre todo, subestiman la inteligencia del consumidor.

La competencia es, en nuestro concepto, la mejor arma contra el abuso publicitario. Cualquier anuncio que intente engañar a un consumidor con respecto a las características de un producto, su precio o las condiciones de venta, no solo significa un potencial perjuicio al consumidor sino también a las empresas competidoras, puesto que son víctimas de competencia desleal por parte de aquella que engaña o induce al error. Todos sabemos que para el consumidor los costos de quejarse y obtener una indemnización suelen ser mayores que el beneficio que finalmente pueda recibir. Sin embargo, poca importancia se da a la presencia de empresas competidoras que por razones de escala sí poseen los incentivos económicos necesarios para demandar a aquellas que hacen mal uso de la publicidad.

La reputación empresarial es también un elemento que merece ser tomado en cuenta. En los Estados Unidos, los productos son clasificados, para efectos de cuestiones referidas a publicidad, en: “*search goods*” (bienes que pueden ser evaluados mediante un análisis objetivo anterior a

la compra; por ejemplo: un carro, trigo, papel), “*experience goods*” (bienes que tienen que ser adquiridos y probados para saber si se ajustan al gusto de uno; por ejemplo: vinos, galletas o detergentes) y “*credence goods*” (que son bienes que incluso luego de ser consumidos no pueden ser totalmente evaluados por el consumidor como buenos o no; por ejemplo: los servicios legales o médicos).

Sin embargo, en todos ellos la reputación empresarial juega un rol decisivo si está inmersa en un marco verdaderamente competitivo.

En la primera clase de productos, la reputación es menos importante en los productos estandarizados, en donde el cumplimiento de determinados requisitos técnicos y comerciales es más importante que otra cosa. Por ejemplo, en la importación de trigo lo relevante es el certificado sanitario y la carta de crédito. Sin embargo, en otros productos de la misma clase, la reputación resulta gravitante. Es fácil advertir el precio del prestigio observando cómo marcas coreanas de automóviles compiten con un menor precio contra marcas europeas o japonesas de mayor prestigio en el país.

En el caso de los “*experience goods*”, el prestigio influencia de manera decisiva a los consumidores, quienes optan a ciegas por ciertos productos, fundamentalmente por la fama de la marca o la empresa. Frente a distintas marcas de mostaza, mayonesa o vinos, el consumidor promedio tiende a comprar, o por lo menos a reputar como producto superior, aquellos identificados con una marca o empresa conocida.

Y, desde luego, lo mismo sucede con los servicios profesionales, en los que el prestigio termina siendo quizás hasta más importante que el precio. La especialidad o complejidad de la disciplina jurídica, médica, u otras, obstruye una evaluación objetiva del trabajo efectuado por un profesional. A ello se suma la subjetividad del ejercicio propio de la profesión, en la que no existe una sola posición o manera de enfrentar un problema.

Pero la reputación normalmente no se crea sola. Es consolidada mediante un esfuerzo publicitario. Es un hecho conocido que las empresas de mayor prestigio son precisamente las que publicitan más.

Los excesivos controles sobre la publicidad con respecto a la verificabilidad de la información que contiene pueden tener efectos contraproducentes. Requerir mucha información en la publicidad y exigir que el anunciante esté en capacidad de probar lo dicho, puede causar una reducción de la carga publicitaria (la demanda por servicios de publicidad se reducirá) o desviar los anuncios hacia generalidades. Esto no favorece al consumidor pues la información a su disposición se reducirá. Debe tomarse en cuenta que todo riesgo sobre lo que puede o no puede hacerse en materia de publicidad, no hace otra cosa que aumentar el costo de ella, lo que lleva inevitablemente a su reducción, y significa, por tanto, menos competencia entre las empresas, y, finalmente, mayores precios.

Lilian Bevier rescata el proceso natural de autocontrol en la información contenida en la publicidad, al resaltar que las empresas son conscientes de que cuanto mayor es para los consumidores el costo de verificación de la veracidad publicitaria, menor es la tendencia entre los consumidores a creer en las aseveraciones de las empresas y, por lo tanto, también menores son los incentivos en las empresas por efectuar este tipo de afirmaciones, al reducirse la posibilidad de lucrar mediante esta estrategia (Bevier 1994). Por ejemplo, la simple afirmación de que un producto es mejor que el resto es absolutamente inocua si se trata de productos en los que la comparación es imposible. Difícilmente un consumidor verdaderamente creería un eslogan que afirmase que Coca Cola es la mejor. Los consumidores están en capacidad de interpretar la publicidad y sus prácticas, por lo que al consumir Inca Kola no creerán que están bebiendo una bebida inferior, sino distinta.

Los legisladores no toman en cuenta que mentir no es un buen negocio para las empresas. En primer lugar, la información con respecto a un proceso judicial seguido por tan solo un consumidor contra determinada empresa puede tener efectos devastadores para esta última, por el temor y rechazo que pueden surgir en el público. En segundo lugar, en los casos de productos que son comprados de manera permanente o periódica, la mentira es una pésima idea, puesto que la publicidad podrá convencer al público de que pruebe el producto una vez pero no de que se mantenga consumiéndolo.

Ahora bien, es cierto que mediante la publicidad las empresas pueden llegar a mentir o engañar, pero también es cierto que como consecuencia de la intervención, la carga de información puede reducirse en perjuicio de los consumidores. Esta fue la disyuntiva que en los Estados Unidos enfrentó la Corte Suprema en el caso *Morales vs. Transworld*, en el que se declaró expresamente la conveniencia de permitir cierta cantidad de engaño en la publicidad, por ejemplo, que no se mencionara que los precios no incluían impuestos o que había ciertas restricciones a las promociones ofrecidas, con el objeto de promover mayor competencia de precios¹⁶.

No debe olvidarse que la publicidad se desarrolla dentro de límites muy rígidos: el espacio y el tiempo. Evidentemente todos queremos mayor información, pero debe tomarse en cuenta cuál es el costo de suministrar dicha información para las empresas. No todas las empresas pueden poner avisos de una página en los periódicos ni pasar comerciales de un minuto y medio. Por el contrario, las empresas tienen que comprimir la información más importante en espacios pequeños o en pocos segundos.

Habíamos dicho que otro elemento menospreciado es el nivel de autoprotección del consumidor frente a lo que lee o ve. Se asume, equivocadamente en nuestro concepto, que el consumidor tiende a creer a ciegas toda la carga publicitaria. Pero, más aun, no se suele tomar en cuenta el tipo de consumidor involucrado en cada caso. No es el mismo tipo de consumidor promedio

16 *Morales vs. Transworld Airlines Inc.* Corte Suprema de los Estados Unidos 1992. 112S.Ct.2031.

el que está comprando un chocolate, un carro deportivo o una maquinaria textil. El nivel de sofisticación del consumidor promedio de un producto debe ser evaluado permanentemente. En efecto, a mayor sofisticación del consumidor es aconsejable una mayor libertad en la actividad publicitaria, puesto que la posibilidad de engaño o defraudación se reduce de manera directamente proporcional.

Evidentemente, el hecho de que la publicidad sea cierta produce beneficios: los consumidores podrán tomar mejores decisiones pues se encontrarán mejor informados. Pero también produce costos: al exigirse que la información no solo sea cierta sino también comprobable, se aumenta el costo de hacer afirmaciones comerciales y, por lo tanto, aumenta el costo para una empresa de comparar sus productos con los de sus competidores, todo lo cual lleva no solo a una disminución de la competencia entre las empresas existentes en un momento dado, sino también a una disminución en la entrada de nuevas empresas.

4. CONCLUSIÓN

Así como el mercado, la regulación estatal es también imperfecta. Conviene, por tanto, evaluar en cada caso si la intervención estatal no causa mayores problemas que aquellos que pretende resolver. Creo que eso sucede precisamente con gran parte de los artículos del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor que han sido comentados. El consumidor a la larga va a ser perjudicado por normas que buscaron favorecerlo, haciendo vigente una vez más la famosa frase “No me ayudes, compadre”.

BIBLIOGRAFÍA

AREEDA, Phillip y Louis KAPLOW

1988 *Antitrust Analysis*. Little, Brown and Company.

BEVIER, Lillian

1994 Apuntes del curso “Legal Regulation of the Competitive Process”, University of Virginia School of Law.

BUCHANAN, James

1975 *The Limits of Liberty*. University of Chicago Press.

COASE, Ronald

1960 “The Problem of the Social Cost”. En: *The Journal of Law and Economics*, 1.

FRIEDMAN, Milton y George STIGLER

1946 “Techo o control de alquileres: el problema de la vivienda”. En: *Popular Essays of Current Problems*, Vol. II, Nº 2. The Foundation for Economic Education.

INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA

1986 *La Ley de Estabilidad Laboral*.

REBAZA, Alberto

1993 “Hacia una verdadera protección del derecho de propiedad”. En: *El Derecho Civil peruano: perspectivas y problemas actuales*. Fondo Editorial de la PUCP.

ROWLEY, Charles

1978 Prólogo. En: CHEUNG, Steven. *The Myth of Social Cost*. Cato Institute.

STIGLER, George

1961 “The Economics of Information”. En: *Journal of Political Economy*, 69.

WAGNER, Richard

1989 “Contractarian State, Welfare State, and Constitutional Order”. En: *To Promote The General Welfare*.

**MECANISMOS PARA LA
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

LA HISTORIA DEL INDECOPI EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR PERUANO: LOS PRIMEROS DIECIOCHO AÑOS

César G. Ordinola Guerra *

El Indecopi ha tenido a su cargo gran parte de la responsabilidad en términos de protección y defensa del consumidor en el Perú, en los últimos años. A pesar de las críticas al sistema de protección al consumidor, la institución ha tenido una participación muy activa y muchas veces destacable, que es preciso tomar en cuenta. En ese sentido, el autor realiza un recuento de la protección al consumidor en el Indecopi repasando las iniciativas pro consumidor y el impacto que estas han tenido, a través de estadísticas oficiales de la institución.

* Los comentarios vertidos en el presente artículo son efectuados a título personal y no involucran en modo alguno al Indecopi ni a sus órganos funcionales.

“La tarea de Indecopi no será tan solo la de estructurar el juego a corto plazo por medios formales, sino, a la larga, la de persuadir a la población de que el sistema es justo”.

Douglass North

En el presente artículo realizaremos un recorrido por la historia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Indecopi) y su difícil rol en la protección del consumidor en el Perú. De esta manera, intentaremos revisar las principales normas y actividades que han configurado en conjunto el sistema de protección al consumidor peruano, poniendo énfasis en la experiencia que nuestra agencia de competencia ha acumulado en sus primeros dieciocho años de existencia.

Para efectos prácticos, fraccionaremos la historia del Indecopi en dos etapas, evaluando en cada uno de estos períodos el contexto normativo vigente así como las actividades más destacadas desarrolladas por esta entidad en relación con la protección al consumidor en el Perú. Asimismo, en la parte final se precisarán los aspectos que consideramos que serán los futuros retos que deberá enfrentar la protección al consumidor en el país, tomando en consideración la promulgación del Código de Protección y Defensa del Consumidor y el reconocimiento expreso del Indecopi como la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor dentro del Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor.

1. 1992-1999: LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, LA CREACIÓN DEL INDECOPI Y LOS PRIMEROS PASOS EN LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL PERÚ

1.1 Marco normativo

1.1.1 El Decreto Legislativo 716

El antecedente directo del Decreto Legislativo 716 fue el Decreto Supremo 036-83-JUS, mediante el cual se dictaron una serie de disposiciones orientadas a la protección de los consumidores. La referida norma contenía una serie de imprecisiones que generaron su nula aplicación por los

operadores jurídicos de la época. Asimismo, poseía un tono claramente intervencionista a nivel económico, tal como puede constatarse al verificar la existencia de una prohibición absoluta del monopolio o la posibilidad que el Estado ejerza un control de precios de los bienes ofertados en el mercado, atendiendo a la “incidencia significativa en el gasto familiar”, al “carácter básico del producto o servicio en relación a la economía nacional”, entre otros factores.

Sin embargo, en el presente caso es imposible desvincular al Decreto Supremo 036-83-JUS del contexto político que atravesaba el Perú a principios de la década de 1980. Con una nueva Constitución recién aprobada en el año 1979, nuestro país dejaba atrás un sistema político marcado por las dictaduras militares y un severo intervencionismo estatal en la economía, e intentaba insertarse en el mundo occidental. El balance final de la década nos dejó un Estado fragmentado, con altos índices de violencia producto de la guerra interna del país contra el terrorismo, una crisis económica generalizada en toda la región y la desconfianza de la población en general sobre las normas, el sistema de justicia y el modelo económico en sí mismo.

Al respecto, sobre dicha época, Rojas (2004: 16-7) anota que “el sistema político y las políticas económicas del Perú también han experimentado variaciones asombrosas. [...] el gobierno del Perú siempre ha sido muy centralizado, y como muchos países del área, el Perú tiene una fuerte tradición de la participación del estado o del control del mismo en la actividad económica. Comenzando en 1963, el Perú se enfocó particularmente en un modelo de desarrollo económico de ‘sustitución de importaciones’ que incluye la manipulación del comercio y la tasa de cambio así como una extensa regulación de precios e ingreso. En los años 70, el gobierno militar del Perú fortaleció lazos con el mundo comunista, llegando a ser el mayor cliente militar de la Unión Soviética en América Latina. En 1979 se adoptó una nueva Constitución y en 1980 el nuevo gobierno elegido democráticamente comenzó a buscar relaciones más cercanas con sus vecinos y otros países occidentales. Sin embargo, [...] en 1985 el Perú retornó al no alineamiento, al populismo económico y a políticas ‘anti-imperialistas’. Junto con la creciente violencia del ‘Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso’ de tendencia maoísta y de una grave epidemia de cólera, estas políticas económicas contribuyeron a la virtual desintegración de la economía, del sistema de partidos políticos y el estado”.

Asimismo, en relación con la protección al consumidor se afirma que “antes de 1991, el consumidor tenía tremendamente limitado su derecho a elegir, pues su elección estaba supeditada muchas veces a la decisión del Estado, que determinaba qué era bueno para todos. En diferentes dependencias gubernamentales, funcionarios del Estado determinaban precios, calidad de productos, subsidios, condiciones de contratación, etc. Se enfrentaba escasez, poca variedad de productos, especulación, acaparamiento, ausencia de calidad y no existía –ni en las empresas ni en los consumidores– una cultura de servicio al consumidor, pues las empresas no se consideraban obligadas a darlo y los consumidores no nos considerábamos en situación de exigirlo. El consumidor no tenía conciencia de sus derechos ni de su capacidad de influir con sus decisiones en la conducta de las empresas. No había, salvo algunos esfuerzos heroicos de

organizaciones de defensa de los consumidores, instancias donde recurrir a plantear quejas o reclamos. Si bien siempre ha existido el Poder Judicial, acceder a la tutela de este resultaba demasiado costoso para un reclamo de unos cuantos soles. Por otro lado, se estaba expuesto a una publicidad poco regulada y engañosa. No había programas de radio y televisión que se preocuparan de los derechos de los consumidores, como los hay hoy de manera diaria, ni líneas telefónicas '800' para llamar en caso se tenga un problema con el producto, ni fechas de vencimiento en el rotulado y envases. Es decir, no contábamos aún con una cultura generalizada de servicio al consumidor" (Indecopi 2000a: 21).

Posteriormente, en los inicios de la década de 1990, el Estado peruano impulsó una serie de decretos ley y normas adicionales que debían establecer los pedestales del modelo de economía que finalmente se instauró en la Constitución de 1993. Cáceres (1998: 9-10) señala que "en forma simultánea a la implementación de un programa de estabilización, en 1990, el gobierno inició un amplio programa de reformas estructurales, con el fin de sentar las bases de una economía de mercado. Así, durante los primeros años de la década del noventa, el marco normativo e institucional en el cual se desarrollaba la actividad económica del país se modificó radicalmente, redefiniéndose la relación entre sector público y privado y revalorándose el mercado y la competencia como elementos esenciales para una asignación eficiente de recursos en la economía. Como parte del proceso de reformas se modificó el marco general de la actividad económica. En particular, se creó una nueva Ley de Inversión Privada, se modificó el marco normativo para la Inversión Extranjera y se introdujo normas de protección del mercado. Asimismo, se redefinió el rol del Estado en la economía, iniciándose un amplio programa de privatización de empresas públicas, brindando acceso al sector privado a la provisión de servicios públicos, que hasta entonces eran de ámbito exclusivo del Estado. Por otro lado, el proceso de reformas cubrió una serie de áreas específicas como el comercio exterior, mercado financiero, mercado laboral, sectores productivos (sector agrario, pesca, minería e hidrocarburos) y servicios públicos e infraestructura. En lo que respecta al comercio exterior se realizó una reforma arancelaria y para arancelaria, a la vez que se reorganizó el sistema aduanero. En lo que respecta al mercado financiero se liberalizó el régimen que regulaba las operaciones de las empresas financieras y de seguros, se suprimió los controles a las tasas de interés, se eliminó la banca estatal de fomento y se reformó la ley del mercado de valores. En cuanto al mercado laboral, se flexibilizó las normas relativas a la estabilidad y participación laboral, se introdujo un mecanismo de compensación por tiempo de servicios y se reformó el sistema de seguridad social. En lo que respecta a las normas dirigidas a sectores productivos y de servicios específicos, se flexibilizó los regímenes de propiedad, brindando acceso e igualdad de trato al inversionista privado y extranjero, y se eliminó una serie de regulaciones y trabas burocráticas que limitan el desempeño eficiente de los mismos".

Uno de los dispositivos de esta tendencia fue el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor, a través de la cual se derogó expresamente el Decreto Supremo 036-83-JUS, estableciendo los derechos de los consumidores y las obligaciones de los proveedores que operaban en el mercado libremente.

De acuerdo con el Indecopi (2000a: 46-8), los principales derechos consagrados en el Decreto Legislativo 716 fueron:

- i) El derecho a elegir libremente entre los productos o servicios que se ofrecía en el mercado.
- ii) El derecho a recibir información suficiente y verdadera antes de adquirir un producto o servicio.
- iii) El derecho a ser advertido sobre peligros y riesgos que los productos conlleven.
- iv) El derecho a conocer las condiciones de pago que incluye el precio al contado, el precio total al crédito, el número de cuotas y el monto de cada una, la tasa de interés efectiva que se le aplica al crédito, antes de realizar la compra o contratación.
- v) El derecho a recibir un comprobante de pago como prueba de haber realizado la compra de un bien o de haber adquirido un servicio.
- vi) El derecho a ser escuchado por el proveedor si tuviera alguna queja o reclamo del servicio recibido o el producto comprado.

El texto original de la Ley de Protección al Consumidor de noviembre del año 1991 brindaba competencia a la Dirección General de Defensa del Consumidor del entonces vigente Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales para sancionar en el ámbito administrativo los probables incumplimientos de los proveedores a la naciente normativa de protección al consumidor. La facultad aquí señalada permitía a dicha instancia administrativa imponer multas que no debían superar las cincuenta (50) unidades impositivas tributarias.

Sin embargo, pronto el propio Estado verificaría que una verdadera revolución en la economía requería el establecimiento de una entidad que se encargara de vigilar el mercado y que, asimismo, debía sancionar directamente las infracciones que los proveedores podían cometer en el normal desarrollo de sus actividades, a través de las cuales se perjudicaba a los consumidores que poco a poco empezaban a recobrar la confianza en el sistema económico y en las instituciones públicas.

1.1.2 El Decreto Ley 25868

En noviembre del año 1992, el Decreto Ley 25868 creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) como un organismo dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, otorgándole personería jurídica de derecho público y autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa.

Es pertinente señalar que el sector al cual el Indecopi ha estado adscrito ha ido variando con el tiempo. De esta manera, el artículo 1° de la Ley 26923, publicada el 3 de febrero de 1998, determinó que la agencia de competencia peruana quede adscrita a la Presidencia del Consejo

de Ministros. Luego, el artículo 2° del Decreto de Urgencia 025-98 del 18 de junio de 1998 varió esta adscripción al Sector Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. Posteriormente, el artículo 2° de la Ley 27111, publicada el 16 de mayo de 1999, estableció que quedara adscrita nuevamente al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. Finalmente, el artículo 42° del Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros, aprobado mediante Decreto Supremo 083-2002-PCM y publicado el 22 de agosto de 2002, adscribió el Indecopi a la Presidencia del Consejo de Ministros, situación que se mantiene hasta la fecha.

En el Decreto Legislativo 25868 se estableció que el Indecopi era el organismo encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger: (i) el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal, y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores; (ii) los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones; (iii) la calidad de los productos; entre otros. Se fijó que la agencia de competencia tuviera sede en la ciudad de Lima, y que pudiera establecer oficinas a lo largo de todo el territorio nacional.

Asimismo, el artículo 18° de la norma bajo comentario determinó dentro de la estructura funcional del Indecopi la creación de seis comisiones destinadas a “la protección de la competencia y de los derechos de los consumidores”, entre las que se encuentra la Comisión de Protección al Consumidor. Este artículo fue ulteriormente modificado por el Decreto Legislativo 788 y definitivamente alterado por el Decreto Legislativo 807, el cual fijó en siete el número de comisiones destinadas a “la protección de la competencia y de los derechos de los consumidores, así como a facilitar a los agentes económicos el acceso, permanencia y salida del mercado”.

De esta manera, la Comisión de Protección al Consumidor se constituyó como el órgano colegiado al que le corresponde velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor aprobada mediante el Decreto Legislativo 716. Ello tal como lo establece el artículo 23° del Decreto Ley 25868 al precisar que la referida comisión asumía las funciones señaladas en los artículos 38° y 42° de la Ley de Protección al Consumidor, inicialmente asignadas a la Dirección General de Defensa del Consumidor del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.

De otro lado, el referido Decreto Ley precisó que los procedimientos administrativos que se seguirían ante las comisiones creadas en el interior del Indecopi podrían ser iniciados de oficio por la secretaría técnica adscrita a cada comisión y también por los interesados o perjudicados, o por representantes de las asociaciones o entidades gremiales de los afectados; ello brindaría la posibilidad de que los ciudadanos puedan poner en conocimiento de la autoridad las presuntas infracciones que los proveedores podían cometer en los temas vinculados a protección al consumidor.

Indudablemente, el Decreto Ley 25868 constituye una de las principales normas que han sido emitidas en nuestra historia republicana, al constituir la fundación de la agencia peruana en temas vinculados a la libre competencia en el mercado y también al ser el primer paso para acercar la protección al consumidor al ciudadano común y corriente. Ello es corroborado por Cáceres (1998: 12) al señalar que “el rol de organizaciones como Indecopi dentro de esta transición hacia un entorno más competitivo se centra no solo en la defensa de la leal y honesta competencia sino también en la reducción de los costos de transacción existentes en la economía. En general, uno de los roles del Estado en este nuevo entorno debe ser garantizar el *enforcement* o cumplimiento de los contratos a través del fortalecimiento de instituciones y la protección de los derechos de propiedad. El Indecopi, no solo en materia de protección de los derechos de propiedad intelectual, sino de los derechos del consumidor a obtener información veraz acerca de los productos que consumen o de las empresas a una sana competencia; contribuye a reducir los costos de transacción”.

1.1.3 La Constitución Política del Perú de 1993

En diciembre del año 1993, la reforma política del Estado y la recomposición del Poder Legislativo luego de la disolución del Congreso de abril de 1992, confluyeron para la emisión de la actual carta política del país: la Constitución Política de 1993, norma cumbre que determina las siguientes reglas para el marco económico del Perú:

- i) Se establece que el régimen económico del país es una economía social de mercado, a través de la cual el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.
- ii) Se reconoce que la iniciativa privada es libre y que existe pluralismo económico.
- iii) Se señala que el aparato estatal estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, salvaguardando la moral, la salud y la seguridad pública.
- iv) Se determina que el Estado tiene un rol promotor de las pequeñas empresas en todas sus modalidades.
- v) Se estipula que el Estado puede realizar actividad empresarial, directa o indirecta, únicamente de forma subsidiaria, siempre que esté autorizado por ley expresa y por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.
- vi) Se precisa que el Estado facilita y vigila la libre competencia, combatiendo las prácticas que la limiten y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.
- vii) Se consagra la libertad de contratar como una garantía para que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Asimismo, el artículo 65° de la Constitución indica expresamente que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y

servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, y velando de forma particular por la salud y la seguridad de la población.

Sobre el particular, compartimos la noción de Kresalja y Ochoa (2009: 314), quienes señalan que: “el artículo 65 se ubica dentro de los Principios Generales del Régimen Económico, y establece un principio concreto: la defensa del interés de los consumidores y usuarios como obligación del Estado, reconociendo implícitamente la elaboración doctrinal internacional en la materia y lo consagrado en numerosos documentos aprobados por organismos internacionales. [...] Ello es de particular importancia, pues significa que en caso de duda sobre la interpretación de una norma determinada cuando sea de aplicación a consumidores y usuarios, debe tenerse presente el referido principio constitucional, un reconocimiento a la posición preeminente y de tutela del Estado en esta materia”.

Por ello, el papel que el Indecopi ha desarrollado durante su existencia debe ser analizado bajo la óptica del rol defensor que posee el Estado en relación con la protección al consumidor, el mismo que ha sido establecido a nivel constitucional.

1.1.4 Los Decretos Legislativos 788 y 807

En diciembre de 1994, mediante el Decreto Legislativo 788, se declaró en reorganización el Indecopi, a efectos de disponer la descentralización de sus funciones y la ampliación de la cobertura de sus servicios a todo el país, a través de mecanismos como la delegación de funciones.

En abril del año 1996, luego de haber evaluado los primeros tres años de actividad de la institución y tomando en consideración que la agencia de competencia debía ser dotada de mayor efectividad y eficacia en sus acciones de monitoreo y sanción, el Estado promulgó el Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.

Los ejes del Decreto Legislativo 807 son los siguientes puntos:

- i) Se reformó parte de la normativa vigente, a efectos de generar un marco institucional adecuado para el funcionamiento de la economía social de mercado.
- ii) Se otorgaron seguridades a los agentes económicos frente a los procedimientos administrativos a cargo del Indecopi, unificando, simplificando y organizando la normativa procedimental que existía en dicha época para agilizar los procedimientos vinculados a protección al consumidor y competencia desleal.
- iii) Se precisaron las facultades de las comisiones y oficinas de la agencia de competencia.
- iv) Se incrementó la magnitud de las sanciones existentes.

Consideramos que las modificaciones y precisiones señaladas configuraron una norma necesaria para brindar seguridad jurídica a todos los operadores que de alguna u otra forma se encuentran

vinculados a las actividades que desarrolla el Indecopi. Ello puede ser comprobado en la medida en que incluso tras la aprobación del actual Código de Protección y Defensa del Consumidor, el Decreto Legislativo 807 aún se mantiene vigente.

1.1.5 Posteriores modificaciones al Decreto Legislativo 716

La inicial Ley de Protección al Consumidor sufrió sus primeras modificaciones a través de las Leyes 26506, 27049 y 27251.

La Ley 26506 adicionó al Decreto Legislativo 716 el artículo 7A, estableciendo la obligación de los proveedores de informar al consumidor, a través de sus listas de precios, rótulos, letreros o etiquetas, el precio total del bien o servicio que ofrecen, incluyendo el impuesto general a las ventas que corresponda.

De otro lado, la Ley 27049 realizó una precisión al literal d) del artículo 5° de la Ley de Protección al Consumidor y adicionó el artículo 7B a esta, señalando que todos los consumidores tienen el derecho a la protección de sus intereses económicos mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, y que no pueden ser discriminados por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier otra índole.

La Ley 27251 modificó el texto original del artículo 2° del Decreto Legislativo 716, estableciendo que la protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en la Constitución de 1993 y consagrando el principio según el cual las normas vinculadas a la defensa del consumidor deben ser interpretadas en el sentido más favorable para el consumidor. Cabe señalar que este precepto, denominado posteriormente “Principio Pro Consumidor”, ha sido considerado uno de los pilares rectores del sistema de protección al consumidor, tal como lo demuestra su inclusión expresa en el artículo V del Título Preliminar del recientemente aprobado Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Asimismo, la Ley 27251 adicionó el literal g) al artículo 5° y un último párrafo al artículo 24° de la Ley de Protección al Consumidor, los cuales consagraban el derecho que posee el consumidor a efectuar pagos anticipados.

1.2 Acciones realizadas por el Indecopi

Desde sus inicios, en marzo de 1993, el Indecopi se constituyó como una de las instituciones públicas de mayor credibilidad entre la sociedad civil. Concebido bajo un modelo de eficiencia, rápidamente adquirió fama de ser una entidad transparente y confiable, con procedimientos que gozaban de celeridad y predictibilidad (Rojas 2004: 19). Ello conllevó que, por ejemplo, en

la denominada “Encuesta de poder” realizada por la empresa Apoyo S.A. en los años 1994 a 1999, el Indecopi ocupara, en la categoría “Instituciones más eficientes”, el quinto lugar en el año 1994, el tercero en el año 1995, el segundo en los años 1996 y 1997, la cuarta posición en el año 1998 y el primer puesto en el año 1999; de acuerdo al siguiente detalle:

Puesto	1994	1995	1996	1997	1998	1999
1°	Sunat	Sunat	Sunat	Sunat	Sunat	Indecopi
2°	La Iglesia	IPSS	Indecopi	Indecopi	Foncodes	Sunat
3°	Dincote	Indecopi	IPSS	Wong	Wong	Defensoría
4°	Fuerzas Armadas	Iglesia católica	BCR	Municipalidad de Lima	Indecopi	Wong
5°	Indecopi	Municipalidad de Miraflores	Sunad	Telefónica	Sunad	Banco de Crédito

La memoria institucional 1992-1999, elaborada en febrero del año 2000 por la agencia de competencia, señala que los primeros siete años del Indecopi pueden ser resumidos en las palabras “desarrollo” y “confianza”, en los siguientes términos: “Desarrollo en el proceso de integrarnos como país al mundo globalizado y en la tarea de aprender a desenvolvemos dentro de la leal y honesta competencia en el mercado, así como desarrollo de la capacidad para afrontar el reto de brindar cada vez más y mejores servicios públicos de calidad a un mayor número de peruanos. Y confianza en que garantizando la libertad de opción de los peruanos dentro del mercado contribuimos a generar bienestar para todos, y a la vez, confianza en que el Estado peruano es capaz de responder técnica y profesionalmente a las expectativas de la ciudadanía frente a los retos que plantea la globalización” (Indecopi 2000b: 9).

En relación con la protección al consumidor, la referida memoria institucional señala que desde la creación del Indecopi como la agencia de competencia, existió una transformación en el mercado peruano, al establecerse una cultura basada en la libertad de elegir los productos y servicios que diariamente contratamos. Para ello, se instauraron como principios rectores de su actuación: (i) la promoción de la autonomía privada y la voluntad de las partes; (ii) el control *ex post* de las actividades empresariales; (iii) la creación de incentivos para corregir las imperfecciones del mercado; y (iv) la búsqueda de calidad en los servicios y bienes de las empresas.

Dentro de las líneas generales de acción que la institución desarrolló en estos primeros años, uno de los pilares fundamentales fue el proporcionar al consumidor información acerca de sus derechos y también sobre los productos y servicios a los que accedía. La memoria institucional precisa que “el Indecopi considera de suma importancia informar a la colectividad no solo sobre los principios que inspiran la economía de mercado sino también acerca de las labores que se realizan por la defensa de la leal y honesta competencia y la protección de la propiedad intelectual, para lo cual es fundamental el apoyo de los medios de comunicación. A través de la información

los peruanos ganamos confianza en nosotros mismos, lo que constituye el primer paso para poder confiar en los demás y crear una auténtica cultura de mercado en la sociedad peruana. El Indecopi desarrolla una labor educativa y de difusión de las ideas básicas del mercado que, en última instancia, apunta a consolidar la democracia económica: una herramienta esencial para el desarrollo del país. Por este motivo, el Indecopi ha diseñado mecanismos de incentivos para que otras instituciones del sector privado o público hagan difusión de las temáticas relacionadas con su mandato institucional, como el control de balanzas en coordinación con las municipalidades o la implementación del ‘colómetro’ con la Asociación de Bancos. Asimismo, el Indecopi ha establecido programas de difusión en universidades con el fin de incorporar dichas temáticas a la currícula de cursos nuevos o cursos ya existentes” (Indecopi 2000b: 31).

Uno de los ejemplos de difusión de información establecido por el Indecopi lo constituyó la edición y publicación, entre diciembre de 1993 y marzo de 1996, del boletín *Con/Sumo Cuidado*, el cual “nació bajo la perspectiva de poner a disposición del público información que facilite la toma de decisiones de consumo en el mercado. Los objetivos específicos fueron los siguientes: (i) Proporcionar información legal pertinente sobre los derechos del consumidor, (ii) Informar acerca de las características de los bienes y servicios que se vendían en el mercado; (iii) Propiciar la organización de los consumidores a fin de que estos sean capaces de defenderse y; (iv) Prevenir a la población sobre productos que no cumplían con los requerimientos de calidad y sanidad exigidos. Dentro de su contenido, el Boletín destacaba una sección dedicada a mostrar los resultados de exámenes comparativos de productos y servicios, los cuales tenían como propósito presentar información objetiva de los mismos y que el consumidor elija la alternativa que se adecue a sus necesidades, preferencias y presupuesto. Estos análisis comprendían aspectos tales como la cantidad, la calidad y la sanidad del producto, así como su precio de venta al público. Los análisis de sanidad eran realizados en laboratorios especializados que habían sido acreditados por el Indecopi” (Indecopi 2004: 37).

Mención aparte merece el programa **Indecopi Educa**, implementado en julio del año 1993 mediante un convenio con el Ministerio de Educación, a través del cual se buscó “tender puentes entre el proceso educativo y las reformas económicas y legislativas que se han realizado en el país, en el entendido de que para desarrollar empresas más eficientes es necesario formar ciudadanos más exigentes, que conozcan sus derechos y sepan ejercerlos” (Indecopi 2000b: 32). Entre 1996 y 1999, la agencia de competencia capacitó a cerca de 12.000 docentes de los niveles inicial, primaria, secundaria y ocupacional, en un total de 14 departamentos del país, contribuyendo así a la formación de los educadores del país en temas de consumo.

De otro lado, en junio de 1994, a través de un convenio con la Comisión de Promoción del Perú (PromPerú), el Indecopi participó en la creación del **Servicio de Protección al Turista**, red diseñada para brindar “asesoría e información general, además de recibir y hacer seguimiento de las denuncias presentadas por turistas peruanos y extranjeros en el país” (Indecopi 2000b: 33). Se implementaron diversos módulos de atención en el Aeropuerto Jorge Chávez de Lima y en

el Aeropuerto Velasco Astete de Cusco, y se puso a disposición de los consumidores un servicio telefónico de atención permanente.

Otro logro notable de esta primera etapa del Indecopi lo constituye el programa **Ambulanza**, originado en el año 1996 y que operaba realizando visitas a diferentes mercados de abastos, instalando módulos en los cuales los consumidores podían verificar el peso de los productos que habían adquirido y así determinar si se les había brindado la cantidad correcta. Entre 1996 y 1999, **Ambulanza** registró 346 visitas a mercados, y se realizaron 42.264 pesadas en su totalidad, las cuales contribuyeron a empezar a generar una conciencia de consumo en los ciudadanos.

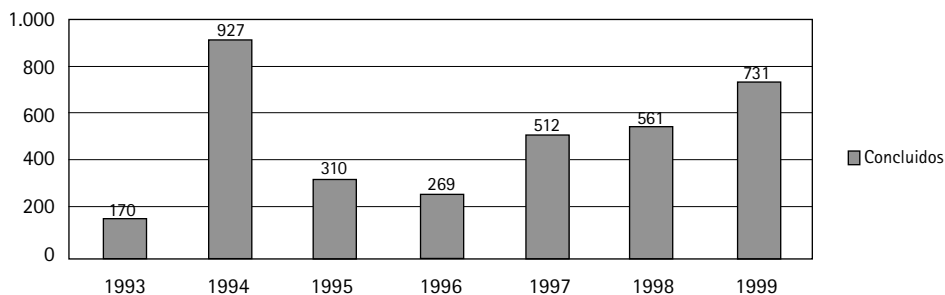
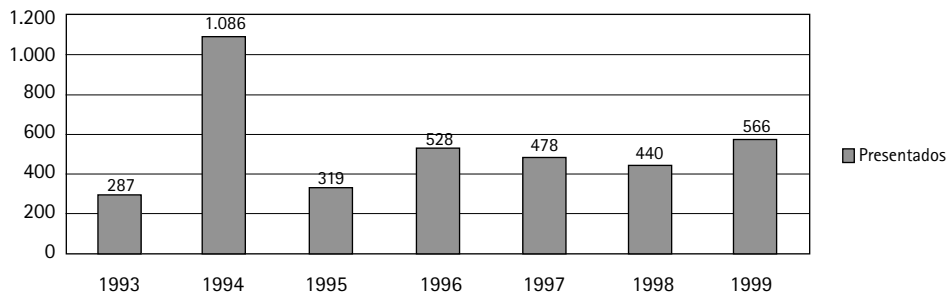
Asimismo, en búsqueda de la descentralización de los servicios y en ejercicio de la facultad establecida por el Decreto Legislativo 788, el Indecopi creó un modelo de descentralización de funciones basado en el contrato mercantil de franquicia. De esta manera, canalizó la participación directa y activa de la sociedad civil a través de diversas entidades sin fines de lucro, intentando aumentar su cobertura nacional. Al mes de diciembre de 1999, existían Oficinas Descentralizadas del Indecopi en los departamentos de Loreto, Piura, Lambayeque, Cajamarca, La Libertad, Lima, Junín, Cusco, Arequipa, Puno y Tacna.

En relación con las controversias de consumo, la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi se constituyó como la instancia “encargada de velar por los derechos y obligaciones de los consumidores en cumplimiento del Decreto Legislativo 716. Además de atender los reclamos y brindarles información, la Comisión está facultada para efectuar operativos imprevistos, selectivos y aleatorios con el objeto de constatar las infracciones que se cometan en perjuicio de los consumidores y verificar que la calidad y cantidad de los bienes y servicios adquiridos por ellos se ajusten a lo ofrecido. La Comisión invita al consumidor y al proveedor del producto o servicio adquirido a llegar a un arreglo amistoso y sencillo. Si este acuerdo no se da, el consumidor puede presentar una denuncia escrita [...]” (Indecopi 2000b: 57-8).

Debe precisarse que durante estos primeros años, la Comisión de Protección al Consumidor no tenía competencia directa para disponer la sustitución o reparación del producto, la devolución del pago o la indemnización por daños y perjuicios a favor del consumidor, materias que permanecían en su totalidad dentro de la esfera del Poder Judicial.

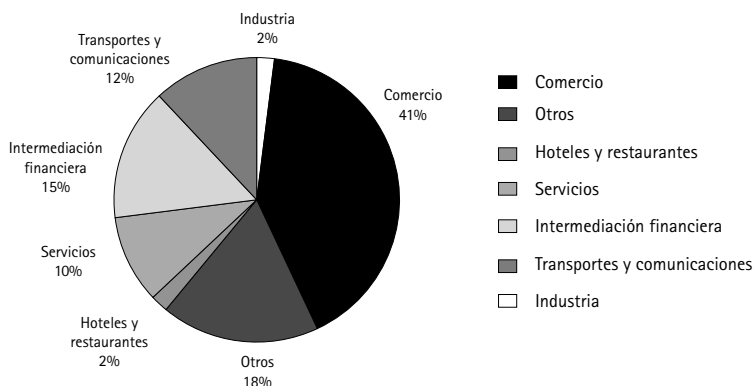
Los procedimientos iniciados ante la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi durante los años 1993 a 1999 fueron 3.704, de los cuales se concluyeron 3.480 (Indecopi 2000b: 58), de acuerdo con el siguiente cuadro:

PROCEDIMIENTOS ANTE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: 1993-1999



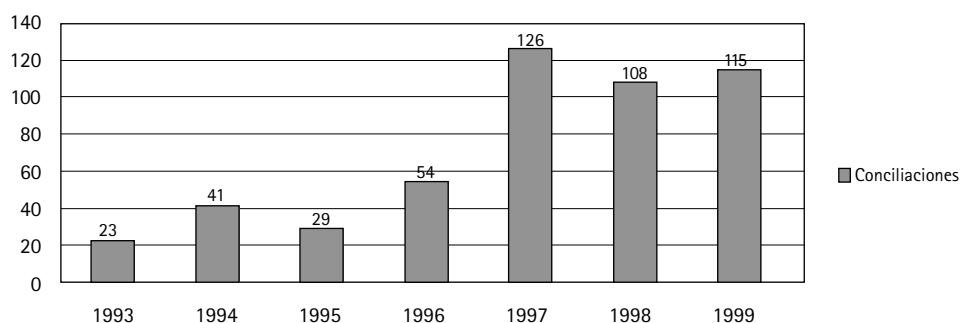
Cabe precisar que del monto total de procedimientos iniciados ante la Comisión de Protección al Consumidor en el referido período, los rubros más denunciados fueron los de comercio en general, intermediación financiera y servicios (Indecopi 2000a: 81), tal como se muestra a continuación:

RUBROS DENUNCIADOS ANTE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR 1993-1999



Es importante resaltar que de la totalidad de procedimientos presentados ante la Comisión de Protección al Consumidor, 496 concluyeron utilizando la conciliación como un método alternativo de solución del conflicto (Indecopi 2000a: 69), de acuerdo con el siguiente detalle:

CONCILIACIONES ANTE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR



Asimismo, en el período 1993 a 1999, la Comisión de Protección al Consumidor sancionó con una “advertencia al proveedor” en 54% de los casos declarados fundados (Indecopi 2000a: 77). Ello en la medida en que, en la primera etapa, la agencia de competencia quiso dar preponderancia a un rol promotor en su labor de supervisión de los derechos del consumidor.

Pensando en brindar soluciones más rápidas al consumidor y brindar información al mercado en general, desde el año 1997 el Indecopi implementó el Sistema de Apoyo al Consumidor (SAC) –denominado actualmente Servicio de Atención al Ciudadano–, cuya finalidad es facilitar el acceso a información a los agentes del mercado respecto de sus derechos y deberes, así como de los mecanismos existentes para hacerlos valer. El SAC fue creado a partir de “la fusión de lo que anteriormente era Aló Indecopi y el servicio gratuito de atención al consumidor que manejaba la Comisión de Protección al Consumidor, los mismos que ya venían funcionando en Lima y Provincias” (Indecopi 2004: 24).

El SAC hasta la fecha opera a escala nacional, tanto por atención directa como a través de líneas telefónicas gratuitas que atienden las 24 horas del día y por correo electrónico. En sus primeros tres años de existencia, se ha verificado un total de 159.950 atenciones (Indecopi 2000a: 50).

De otro lado, entre 1996 y 1999 se registró el mayor número de precedentes de observancia obligatoria que se ha emitido en materias vinculadas a la normativa de protección al consumidor. La Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi emitió los siguientes pronunciamientos:

Nº de resolución	Fecha de publicación	Nº de expediente	Denunciante	Denunciada	Materia(s)
085-1996/TDC	30-11-1996	005-1996/CPC	Humberto Tori Fernández	Kouros E.I.R.L.	Deber de idoneidad / Garantía implícita y producto defectuoso / Carga de la prueba / Valor probatorio de los ofrecimientos de conciliación
095-1996/TDC	18-12-1996	202-96/CPC	Comisión de Protección al Consumidor	Smithkline Beecham I.A.C. y Laboratorios Industriales Hersil S.A.	Advertencias y retiro del mercado de productos defectuosos
101-1996/TDC	01-01-1997	102-95/CPC	Cheenyi E.I.R.L.	Kónica S.A.	Noción de consumidor final
102-1997/TDC	25-04-1997	327-96/CPC	Liliana Carbonel Caveró	Finantour S.R.L.	Derecho a la información / Carga de la prueba sobre el defecto / Deber de idoneidad del bien o servicio
277-1999/TDC	02-09-1999	217-1997/CPC	Shirley Sánchez Cama	Juan Edgardo Cantuarias Pacheco y Corporación José R. Lindley S.A.	Competencia de la Comisión de Protección al Consumidor

Los referidos precedentes asentaron los primeros criterios que los operadores jurídicos empezaron a aplicar en relación con las normas de protección al consumidor. Así, se definieron conceptos claves que debían ser interpretados de manera uniforme, como el deber de idoneidad, el derecho a la información, la competencia de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi, la noción de “consumidor final” y la forma como debía analizarse la dinámica probatoria de los procedimientos por infracción a la normativa de protección al consumidor.

Como puede apreciarse, los primeros años del Indecopi estuvieron dedicados a promover su rol como “árbitro” del libre juego de la oferta y la demanda, generando diversos canales de comunicación y difusión de los derechos de los consumidores. Las experiencias de los programas **Indecopi Educa**, el **Servicio de Protección al Turista y Ambulanza**, aunadas a los esfuerzos por descentralizar los servicios de la institución en el ámbito nacional, demuestran claramente que la agencia de competencia peruana empezaba sus actividades en la historia económica del país intentando fundar una **cultura** y una **conciencia de consumo**, mediante las cuales se generaban consumidores que debían conocer y ejercer libremente sus derechos.

Las cifras de los procedimientos iniciados, las multas otorgadas y las consultas que el naciente SAC atendía, prueban el rol promotor del mercado que adoptó la agencia de competencia al inicio de sus actividades, y demuestran que el Perú empezaba a generar un verdadero sistema de protección al consumidor, el cual educaba, resolvía controversias y brindaba información a la generalidad de ciudadanos (consumidores y proveedores), para que, en su conjunto, se generara bienestar social.

Sin embargo, poco tiempo pasó para detectar que no bastaba con únicamente resolver una controversia de consumo sancionando a los empresarios, sino que debía buscarse una fórmula que permitiera al ciudadano que iniciaba un procedimiento administrativo, sentir tangiblemente la solución a su problema.

El propio Indecopi, a través del Documento de Trabajo 001-2000, *Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: diagnóstico y propuesta*, estableció que el “sistema de protección al consumidor con que cuenta el Perú es uno de los más modernos de la región. Sin embargo, aún está incompleto. El marco legal ha creado mecanismos para sancionar las prácticas que atenten contra los derechos del consumidor. Se han creado además instancias donde los consumidores pueden conciliar con los empresarios soluciones satisfactorias para ambas partes. Pero si el consumidor tiene que exigir la devolución de su dinero o el cambio de un producto, se ve forzado a recurrir al Poder Judicial así se trate de causas de menor cuantía. Los costos que esto implica y el tiempo que esto demanda hace que muchas veces la violación de los derechos del consumidor sea en efecto sancionada por el Estado pero que el consumidor no vea solucionado su problema en concreto” (Indecopi 2000a: 5).

El reto del Indecopi se trasladaba entonces a diseñar un sistema de protección al consumidor que permitiera brindar a los consumidores soluciones más directas en relación con sus problemas de consumo. Por ello, las principales propuestas que manejó la institución fueron (Indecopi 2000a: 6):

- i) Establecer la posibilidad de que el Indecopi ordene, entre otras medidas, la reposición y reparación de productos, la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor u otras medidas que puedan revertir los efectos de la conducta infractora que se sancione.
- ii) Precisar que el Indecopi podría sancionar a los proveedores que incumplan cualquier acuerdo conciliatorio que celebren con los consumidores.
- iii) Conceder mérito de ejecución a los mandatos de la agencia de competencia, a efectos de asegurar el cumplimiento de la resolución de la controversia.
- iv) Generar mecanismos de apoyo de las asociaciones de consumidores y la promoción de un sistema de protección al consumidor.
- v) Fortalecer el sistema contra prácticas comerciales coercitivas.
- vi) Descentralizar las funciones de la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor, a efectos de generar mecanismos que permitan brindar cobertura a la demanda de ciudadanos en todo el país.
- vii) Modificar las normas procedimentales de las denuncias por infracción a la normativa de protección al consumidor, a efectos de facilitar la tramitación de las mismas, brindando mejores garantías tanto a los consumidores como a los proveedores, con miras a fortalecer la predictibilidad de las decisiones que se adopten.

Lo expuesto permite considerar que el Indecopi detectó los primeros problemas que presentaba el diseño inicial del sistema de protección al consumidor; por lo que, de acuerdo a su experiencia y basándose en datos objetivos, promovió la reforma de parte de la normativa de defensa del consumidor, confiando en que dichas propuestas conllevarían una mayor participación por parte del aparato estatal y de la misma sociedad civil.

El punto de quiebre se produjo con la posibilidad de otorgar medidas correctivas a favor del consumidor. Sin embargo, lo que en un inicio fue concebido para acercar la justicia de consumo al ciudadano y brindarle una solución más efectiva, terminó posteriormente por limitar su acceso a una justicia célere, arrastrando al Indecopi a un proceso de **judicialización** permanente hasta la fecha. Nos encargaremos de analizar dicha problemática en el siguiente punto.

2. 2000-2010: LAS MEDIDAS CORRECTIVAS, LAS REFORMAS LEGISLATIVAS Y LA CRISIS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2.1 Marco normativo

2.1.1 La Ley 27311

En julio del año 2000, La Ley 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, modificó diversos artículos del Decreto Legislativo 716 y del Decreto Legislativo 807. Asimismo, determinó que en las operaciones comerciales en las que un consumidor suscriba títulos valores emitidos de forma incompleta, el proveedor deberá brindar información adecuada acerca de cómo serán completados los títulos valores en caso de resultar necesaria su ejecución.

De otro lado, esta norma precisó que la acción para sancionar las infracciones a la Ley de Protección al Consumidor prescribe a los dos años. Asimismo, encargó al Poder Ejecutivo la expedición de un Texto Único Ordenado de las normas que regulan el Sistema de Protección al Consumidor.

Sin embargo, la principal innovación de la Ley 27311 fue establecer la posibilidad de que el Indecopi dicte medidas correctivas a favor del consumidor, sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes. Así, la institución tenía la posibilidad de acercar la protección al consumidor al ciudadano que sometía una controversia de consumo ante la autoridad administrativa, brindándole la posibilidad de obtener un pronunciamiento que ordene una obligación específica al proveedor denunciado, vinculada a retrotraer los efectos que la conducta infractora pudo haber ocasionado.

Al margen del clásico debate existente en la doctrina sobre el posible carácter indemnizatorio de las medidas correctivas, debe resaltarse que esta facultad otorgada a la Comisión de Protección al Consumidor es probablemente el elemento catalizador que determinó la creciente masificación de las denuncias por infracción a la normativa de protección al consumidor a escala nacional. Ello, resulta comprensible en la medida en que gracias a la posibilidad de conseguir una medida correctiva, los ciudadanos obtuvieron un incentivo real y perceptible para utilizar el sistema administrativo de protección al consumidor: a partir de la Ley 27311, el Estado les podía otorgar un beneficio real y directo en un procedimiento diseñado para concluirse en algunos meses, lo que constituía una opción más beneficiosa que iniciar un proceso para solucionar un conflicto de menor cuantía en el Poder Judicial.

2.1.2 El Decreto Supremo 039-2000-Itinci

El 11 de diciembre del año 2000, se publicó el Decreto Supremo 039-2000-Itinci, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716, a través del cual se intentó compendiar toda la normativa que había modificado la Ley de Protección al Consumidor hasta dicha fecha.

Consideramos que la compilación efectuada fue deficiente, en la medida en que mantuvo vigentes las normas satélite que coexistían con el Decreto Legislativo 716, sin poder generar un documento único de consulta para los operadores jurídicos que reuniera todas las disposiciones relativas a las normas de protección al consumidor.

2.1.3 Posteriores modificaciones y normas complementarias

Posteriormente a la emisión del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor, existieron diversas normas que modificaron su contenido, entre las que destacan:

- i) La Ley 27598, de diciembre del año 2001, mediante la cual se adicionaron los artículos 24-A y 24-B a la Ley de Protección al Consumidor, sobre métodos de cobranza.
- ii) La Ley 27846, de septiembre del año 2002, a través de la cual se precisaron los alcances del artículo 40° del Decreto Supremo 039-2000-Itinci, sobre la posibilidad de que las asociaciones de consumidores promuevan procedimientos por infracción a las normas de protección al consumidor.
- iii) La Ley 27917, de diciembre del año 2002, en la que se modificaron y precisaron los alcances del artículo 42° de la Ley de Protección al Consumidor, estableciéndose expresamente que las medidas correctivas tienen como finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiese ocasionado en el mercado o evitar que se produzca nuevamente en el futuro, sin que posean naturaleza indemnizatoria o resarcitoria.
- iv) La Ley 28300, de julio del año 2004, norma que sustituyó el artículo 7A del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor.

Asimismo, surgieron dos normas complementarias de especial relevancia: la Ley 27498, Ley que regula las centrales privadas de información de riesgos y de protección al titular de la información; y la Ley 28587, Ley complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de Servicios Financieros.

2.1.4 El Decreto Supremo 077-2005-PCM

A través del Decreto Supremo 077-2005-PCM se aprobó el segundo Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi. Dicho cuerpo normativo fue finalmente sustituido por el Decreto Supremo 009-2009-PCM, vigente desde el 18 de febrero de 2009.

2.1.5 Decreto Legislativo 1033

El Decreto Legislativo 1033, de junio del año 2008, fue emitido dentro del paquete de normas que se promulgaron con miras a la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos de América. Esta norma sustituyó al Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, con miras a consolidar el fortalecimiento de la institución así como su modernización como entidad pública.

2.1.6 El Decreto Legislativo 1045

El Decreto Legislativo 1045, Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, aprobado en junio del año 2008, fue la segunda norma vinculada a la regulación sobre protección al consumidor que se promulgó en el marco de la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos de América.

En ese sentido, podemos resaltar las siguientes modificaciones:

- i) Se modificó la definición legal de consumidor, estableciéndose que los microempresarios podían ser considerados como consumidores y, en consecuencia, acceder a la protección especial en la vía administrativa, siempre y cuando evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio.
- ii) Se estableció que la normativa de protección al consumidor defendía al consumidor que actuaba en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias de la relación de consumo potencial o establecida en la que se encontraba inmerso.
- iii) Se elevó el tope de la multa que la Comisión de Protección al Consumidor podía imponer a los proveedores como consecuencia de una infracción a la normativa de protección al consumidor; fue fijado en un máximo de trescientas (300) unidades impositivas tributarias.
- iv) Se consideró la posibilidad de sancionar a las personas que ejerzan la dirección, administración o representación de un proveedor, siempre y cuando participen con dolo o culpa inexcusable en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.
- v) Se adicionaron nuevas obligaciones a los proveedores, como el sistema de atención de reclamos, la observancia de un registro que el Indecopi implementaría para excluir a destinatarios de publicidad masiva, entre otros.

2.1.7 El Decreto Supremo 006-2009-PCM

En enero del año 2009, se publicó el Decreto Supremo 006-2009-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor, a través del cual –de manera similar al

Decreto Supremo 039-2000-Iltinci– se unificaron las modificaciones que había sufrido el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716.

2.2 Acciones realizadas por el Indecopi

El rol de la agencia de competencia peruana desde el año 2000 se encontró claramente marcado por “promover una asignación eficiente de recursos en el mercado, a través de intervenciones que atenúen los efectos de las asimetrías de información, los elevados costos de procesamiento de la misma en ciertos mercados y los daños potenciales asociados a la provisión de bienes o servicios en condiciones no idóneas o sin brindarle al consumidor la información veraz y oportuna” (Indecopi 2004: 11).

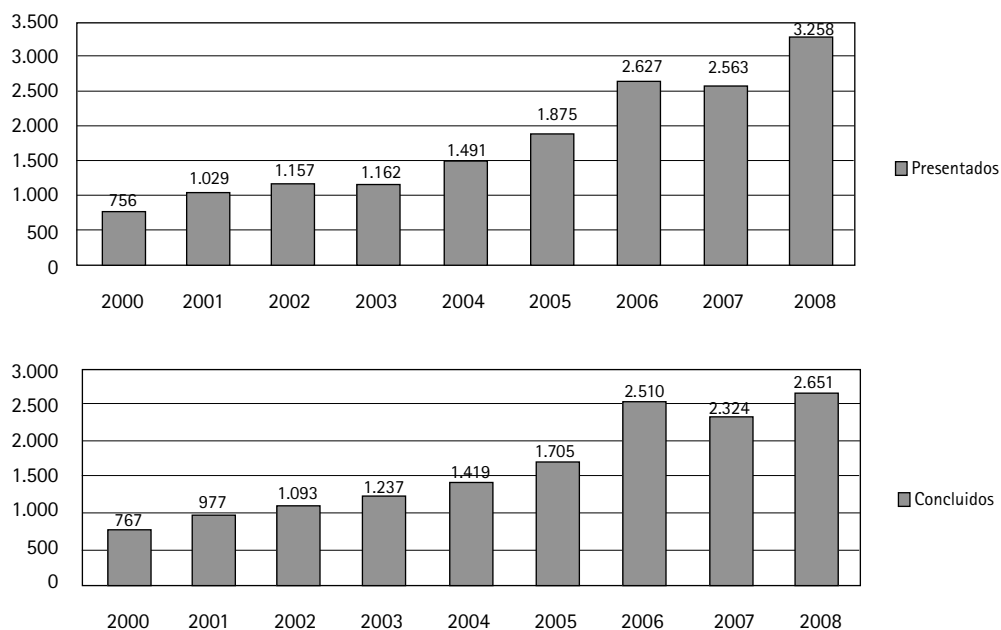
En ese sentido, en relación con las controversias a nivel administrativo, centralizó las mismas en dos canales de atención claramente definidos: (i) la Oficina de Servicios al Consumidor y Atención de Reclamos (Oscar) –anteriormente denominada Sistema de Apoyo al Consumidor, y actualmente denominada Servicio de Atención al Ciudadano– y (ii) la Comisión de Protección al Consumidor.

En relación con el primero de estos canales, “a partir del año 2001, el Indecopi relanzó su plataforma de atención de usuarios bajo la denominación OSCAR [...], instalando cuatro nuevas oficinas en la ciudad de Lima en los conos (Los Olivos, San Juan de Lurigancho y Villa El Salvador) y en el centro de la ciudad (Lima Cercado). La ubicación de las nuevas oficinas en estas zonas obedeció a la necesidad de brindar mayor atención a los estratos socioeconómicos C y D, [a] quienes debido a su condición y ubicación, les resultaba muy costoso acudir a los mecanismos de atención que hasta ese momento disponía el Indecopi” (Indecopi 2004: 26).

En relación con el SAC, es pertinente señalar que desde su creación hasta la actualidad ha generado un espacio eficiente para poder brindar asesorías gratuitas a los usuarios del Indecopi y además se ha constituido en un mecanismo alternativo de solución de conflictos de consumo que promueve la conciliación entre consumidores y proveedores.

De otro lado, en relación con la Comisión de Protección al Consumidor, los procedimientos iniciados ante dicha instancia durante los años 2000 a 2008 fueron 15.970, de los cuales se concluyeron 14.959 (Indecopi 2006: 107, 2007: 117, 2008: 134), de acuerdo al siguiente detalle:

PROCEDIMIENTOS ANTE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: 2000-2008



Como se puede apreciar, la carga procedimental de la Comisión de Protección al Consumidor ha sufrido un drástico aumento en comparación con los niveles registrados hasta el año 2000. Ello tiene una clara explicación en la posibilidad que tiene la referida instancia desde el año 2001 para ordenar medidas correctivas a favor de los consumidores, facultad que ha generado incentivos en la población para recurrir al sistema de protección al consumidor en el ámbito administrativo.

De otro lado, es pertinente señalar que en relación con el **Servicio de Protección al Turista**, red diseñada en el año 1994, el Indecopi participó en la unión de esta iniciativa con el **Servicio de Información al Turista** que manejaba PromPerú, y se creó así **iPerú, información y asistencia al turista**, “servicio donde el turista puede solicitar información turística objetiva y asistencia en caso los servicios turísticos recibidos no sean provistos de acuerdo a lo contratado” (Indecopi 2004: 28).

El programa **Indecopi Educa** continuó sus labores, y se destaca que entre los años 2000 y 2003 se dictaron charlas de orientación a 21.824 docentes en el ámbito, los que sumados a los 12.000 iniciales del período 1996-1999, constituyeron más de 33.000 maestros capacitados en temas de protección al consumidor y competencia (Indecopi 2004: 33).

Desde el año 2003, se implementó el programa **Indecopi Empresa**, “orientado básicamente a Mypes, pequeñas unidades productivas que en el caso del Perú, por lo general, tienen poco acceso a información respecto a la normatividad de competencia, protección al consumidor y propiedad intelectual. En efecto, Indecopi Empresa, sin dejar de lado los temas de protección al consumidor, aborda aspectos relacionados con acceso al mercado, marcas y calidad de productos, especialmente. Cabe destacar que este programa trabaja directamente con gremios y asociaciones de micro y pequeñas empresas. A diciembre del 2003, Indecopi Empresa ha capacitado a 1.320 empresarios” (Indecopi 2004: 34).

En relación con sus labores de fiscalización, en el año 2000 la Comisión de Protección al Consumidor inició una campaña de fiscalización en la venta de combustibles líquidos en grifos y estaciones de servicios a escala nacional. La referida campaña tenía como objetivos: “(i) verificar la cantidad vendida con la ofrecida y; (ii) verificar la calidad de los combustibles” (Indecopi 2004: 36).

A finales del año 2003, el Indecopi publicó en diversos medios de comunicación escrita un Colómetro de Transporte, cuya finalidad era “ofrecer información al público sobre el desempeño de las empresas de transporte interprovinciales. En ese sentido el Colómetro brinda información sobre el nivel de riesgo que presenta cada empresa sobre la base de acciones realizadas por estas en perjuicio de sus clientes (léase infracciones de tránsito cometidas, sanciones aplicadas por la autoridad, accidentes registrados y número de víctimas). De esta forma el Colómetro constituye una herramienta que permite motivar a las empresas a prestar un servicio eficiente, en la medida que su desempeño es comparado y expuesto al público” (Indecopi 2004: 38).

En el año 2006 se lanzó el programa **Formando Pequeños Consumidores**, “dirigido a escolares de los últimos grados de educación primaria a nivel nacional, para instruirlos sobre sus derechos como consumidores y fomentarles el respeto a la legalidad y a los derechos de propiedad intelectual. Este programa benefició a 83 143 alumnos de las ciudades de Arequipa, Cajamarca, Cusco, Iquitos, Lima, Tacna y Trujillo” (Indecopi 2007: 30).

Desde el año 2007 hasta la fecha, se implementó la campaña **Indecopi a tu alcance**, “con el objetivo de difundir los servicios que brinda la institución y acercarla al público masivo. Se instalaron módulos informativos en diversos lugares de Lima, así como también en Chincha e Ica” (Indecopi 2007: 72).

Asimismo, en el año 2007 se desarrolló el I Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor, “reunión que fue organizada por el Indecopi y en la que participaron los titulares de las agencias gubernamentales de protección al consumidor de los siguientes países: El Salvador, Costa Rica, Guatemala, Panamá, México, Estados Unidos, España, Portugal, Brasil, Argentina, Chile, Uruguay, Colombia, República Dominicana, Nicaragua, Ecuador y Perú. [...] El Indecopi, en nombre del Perú, asumió la Presidencia Pro Témpore del Foro, por un año, y como conclusión del encuentro se elaboró la Declaración de Lima, suscrita por todos los países

participantes, la cual contiene 16 acuerdos que comprenden diversos compromisos y actividades que serán desarrollados por los países miembros” (Indecopi 2007: 100).

En el mes de julio del año 2009, el Indecopi implementó, en cumplimiento de lo establecido en el Decreto Legislativo 1045, el **Registro “Gracias... no insista”**, administrando un registro de números telefónicos fijos y celulares, así como de direcciones de correos electrónicos, proporcionados por consumidores que no desean recibir publicidad masiva de bienes y servicios a través de dichos canales de comunicación. Luego de su primer año de existencia, más de 40.000 consumidores han registrado más de 150.000 datos en el **Registro “Gracias... no insista”** (Indecopi 2010a).

De otro lado, entre el año 2000 y el año 2010 la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi emitió los siguientes precedentes de observancia obligatoria:

Nº de resolución	Fecha de emisión	Nº de expediente	Denunciante	Denunciada	Materia(s)
422-2003/TDC	03-10-2003	535-2001/CPC	Reynaldo Moquillaza S.R.L.	Milne & Co. S.A.	Noción de consumidor final
197-2005/TDC	16-02-2005	112-2004/CPC	Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios	Supermercados Santa Isabel S.A. e Industrias Pacocha S.A.	Publicidad en envase / Delimitación de competencia en materia de rotulado
202-2010/TDC	29-01-2010	003-2009/CPC-CAJ	Comisión de Protección al Consumidor (Cajamarca)	Promotora de Servicios Brisa E.I.R.L.	Cobro anticipado de pensiones de enseñanza

De los precedentes de observancia obligatoria previamente citados, el que más impacto ha generado en el rol del Indecopi como autoridad de consumo en el Perú ha sido el dictado en el año 2003, a través del cual se amplió la denominada “noción de consumidor final”, para incluir dentro de la categoría de consumidores a las micro y pequeñas empresas. Este cambio es de una especial relevancia en la medida en que, tal como anotan Aldana y Gagliuffi (2004: 47), “la determinación de la noción o concepto de Consumidor Final se constituye como un aspecto de especial importancia a efectos de establecer el marco de aplicación subjetiva de la legislación de protección al consumidor, esto es, para identificar a aquellas personas que se encuentran dentro del ámbito de protección de la norma”.

De acuerdo a lo expuesto, se puede verificar que la actuación de la agencia de competencia durante este segundo período mantuvo el rol de promotor de la información hacia los consumidores, generando espacios y programas de comunicación con miras a consolidar la **cultura de consumo** en el país.

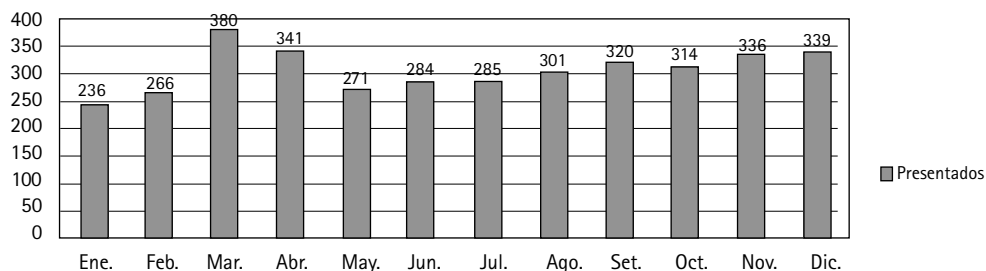
Sin embargo, en el ámbito resolutivo, el incremento en las denuncias presentadas por los consumidores, aunado a las restricciones presupuestas que sufrió la institución desde el año 2003, llevaron a que se empiece a disminuir la celeridad resolutiva de las controversias planteadas por

los ciudadanos y las asociaciones de consumidores que poco a poco empezaron a contribuir con el sistema de protección al consumidor. Al respecto, Rojas anota que “el Indecopi también enfrenta serios problemas presupuestarios. En 2003, el gobierno dejó de proporcionar financiamiento público al Indecopi. Previamente a ese año, el Tesoro nunca había proporcionado más del 30 por ciento del presupuesto. Desde mediados de los 90 el presupuesto provenía mayormente de las tasas que cobraba por registros de propiedad intelectual y trabajo relacionado con insolvencias, más los muy escasos trámites de control de concentraciones que ha recibido relacionadas con las adquisiciones en el sector eléctrico. [...] En el pasado, algunos consideraban el auto-financiamiento del Indecopi como un beneficio ya que podría hacer que el Indecopi tuviera independencia financiera del gobierno, pero se ha hecho evidente que ahora que el sistema le da al Indecopi un incentivo para centrarse en (y cobrar en exceso por) sus servicios y en cobrar grandes multas. No hay evidencia de que Indecopi haya impuesto o incrementado multas con el fin de financiar sus actividades. [...] Este problema de recursos es exacerbado por el hecho de que las Comisiones del Indecopi fueron creadas en gran medida con el objeto de proporcionar una alternativa a los juzgados del Perú” (Rojas 2004: 23-4).

En el ámbito de la Comisión de Protección al Consumidor se ha detectado un proceso de **judicialización** que ha conllevado que las denuncias administrativas a cargo de dicha instancia se resuelvan de forma menos célere, alejando de esta manera la justicia de consumo según la cual fue diseñado originalmente todo el sistema de protección al consumidor, con el inmediato y consecuente problema de enfrentar la crítica general de la sociedad.

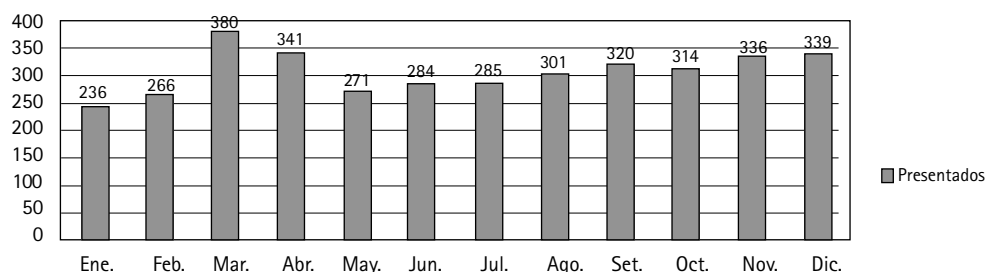
Ello puede encontrar una explicación en el aumento que se ha registrado en el número de denuncias interpuestas por consumidores ante el órgano colegiado que resuelve las controversias de consumo. Dicho incremento puede ser fácilmente verificado en el año 2009, tal como la propia entidad documenta en sus estadísticas (Indecopi 2010b):

PROCEDIMIENTOS INICIADOS ANTE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: 2009



Adicionalmente, debe considerarse que el poder resolutivo de la Comisión de Protección al Consumidor en el año 2009 no ha logrado revertir el número total de denuncias interpuestas por cada mes, como se ve a continuación:

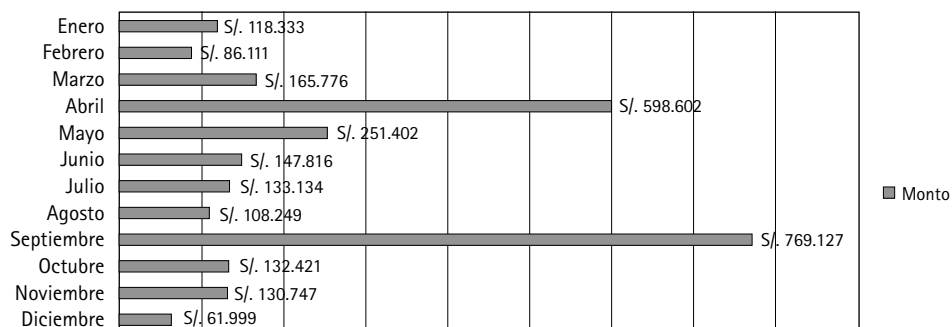
PROCEDIMIENTOS CONCLUIDOS ANTE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: 2009



Un análisis comparativo de los cuadros previamente reseñados demuestra cuantitativamente que la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi afrontó durante todo el año 2009 un aumento en el número de denuncias interpuestas por los ciudadanos, incrementando su fuerza resolutoria en algunos meses (febrero, junio y setiembre), sin lograr un balance en el que los procedimientos concluidos (3.327) superen a los procedimientos iniciados (3.673). Ello podría explicar la falta de celeridad en la tramitación de los procedimientos, en la medida en que mientras exista un saldo negativo creciente entre los procedimientos iniciados y los procedimientos concluidos, los primeros que dejen de ser resueltos empezarán a acumularse, generando un retraso sostenido en los últimos.

Sin embargo, y pese al problema anteriormente anotado, debe precisarse que los mejores esfuerzos del Indecopi por hacer efectiva la justicia de consumo se evidencian en el monto de las medidas correctivas otorgadas a los consumidores en el año 2009, las cuales han superado su totalidad los dos millones y medio de nuevos soles (Indecopi 2010b):

MONTO DE MEDIDAS CORRECTIVAS OTORGADAS EN EL AÑO 2009 (EN NUEVOS SOLES)



S/. 0 S/. 100.000 S/. 200.000 S/. 300.000 S/. 400.000 S/. 500.000 S/. 600.000 S/. 700.000 S/. 800.000 S/. 900.000

De otro lado, sin aún haber consolidado los cambios presentados por el Decreto Legislativo 1045 y con el creciente problema en la resolución de los procedimientos administrativos a cargo de la Comisión de Protección al Consumidor, el Indecopi debería enfrentar un reto aun mayor: la participación en la elaboración del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que empezó a gestarse a finales del año 2009.

Los principales desafíos de la institución en relación con la emisión de esta nueva norma era asegurar el reconocimiento expreso de los derechos de los consumidores que previamente la legislación contemplaba, así como aumentar aquellos aspectos reconocidos en su extensa jurisprudencia. Asimismo, el código que se empezaba a elaborar debía propugnar el reconocimiento que el Indecopi requiere para poder cumplir cabalmente su función en relación con la protección al consumidor en el Perú.

3. EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y LOS RETOS QUE ENFRENTARÁ EL INDECOPI

En agosto del año 2010, el Congreso de la República aprobó, a través de la Ley 29571, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, norma que recoge y agrupa la mayor parte de regulación sobre protección al consumidor que se ha emitido a la fecha. Asimismo, establece nuevos derechos y obligaciones para los consumidores y proveedores, respectivamente.

El Indecopi participó activamente en la gestación de este nuevo cuerpo normativo. Ello en la medida en que, pese a los problemas de la elevada carga procedimental que maneja, la agencia de competencia aún mantiene la reputación de ser una entidad técnica e imparcial en las diversas materias que tiene a su cargo.

Pese a los cuestionamientos que ha tenido la elaboración del Código y a la variedad de temas que se ha regulado, creemos pertinente señalar que la norma recoge los principales criterios jurisprudenciales que el Indecopi ha desarrollado a lo largo de su existencia, consolidando los derechos previamente regulados y creando nuevos escenarios de protección para la autoridad de consumo del país. En este punto, consideramos que la labor legislativa desarrollada ha sido en su gran mayoría positiva y que se ha tomado en cuenta las diversas opiniones de todos los sectores involucrados en la protección al consumidor en el país: consumidores, proveedores y el Estado.

La importancia de esta norma es evidente, y así lo entendió la doctrina especializada en temas de protección al consumidor. Como señalaba Gómez al comentar el anteproyecto del código, “los peruanos sí necesitamos un Código de Consumo que incentive comportamientos responsables y eficientes tanto en proveedores como en consumidores; que promueva la competencia a través de una mayor provisión de información y la libertad de elección de consumidores; que proteja

los derechos de estos sin afectar la competitividad económica, necesaria para continuar con un crecimiento económico sostenible; que unifique en un solo cuerpo legal la actual legislación dispersa, lo que permitirá reducir los costos de búsqueda y aplicación de la ley, incentivando su cumplimiento; y que resuelva el problema vinculado a la responsabilidad civil, de modo que los consumidores gocen de un sistema efectivo de reparación patrimonial frente a los daños causados en las relaciones de consumo. [...] La dación de un Código de Consumo debería tener por objeto consolidar y unificar las normas de protección al consumidor actualmente dispersas, llenando los vacíos aún existentes, fortaleciendo la institución competente (el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Indecopi) y logrando que los consumidores gocen de mecanismos eficaces de resarcimiento frente a los daños causados. Si estos objetivos no parecen muy ambiciosos, no hay razón para preocuparse, solo significa que el Código [...] está colocando ladrillos adicionales sobre la pared que empezó a construirse hace 18 años” (Gómez 2010: 100-1).

Sobre la relación entre el rol del Indecopi en la defensa de los derechos de los consumidores y el esquema diseñado por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, consideramos que existen dos puntos clave que la nueva norma ha establecido claramente:

- i) El reconocimiento expreso del Indecopi como la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor.
- ii) El establecimiento de un Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor.

Al respecto, reconocer al Indecopi como la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor revitaliza y reafirma el rol defensor que la institución ha desarrollado en sus dieciocho años de experiencia en el mercado, permitiendo que se le abran nuevos horizontes, con miras a extender sus servicios de manera eficiente y célere. En este punto también debe resaltarse el establecimiento de un procedimiento especial de 30 días cuya reglamentación aún se encuentra pendiente pero que creemos que permitirá acercar nuevamente la justicia de consumo a la población peruana.

De otro lado, la creación del Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor podría beneficiar a la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor en la medida en que a través de este sistema de principios, normas, procedimientos y políticas públicas se deberá intentar garantizar el cumplimiento de la normativa de protección al consumidor a lo largo del país, aplicada por las diversas entidades del Estado y los diversos niveles de gobierno, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

Sin embargo, también estimamos que el panorama futuro para el Indecopi será óptimo si es que existe la suficiente voluntad política para brindar a nuestra Autoridad Nacional de Protección del Consumidor las herramientas mínimas que requiere para masificar sus servicios y contar con el personal adecuado que pueda satisfacer dicha demanda de la ciudadanía.

Sobre el particular, y coincidiendo con la postura de Thorne, estimamos que “la vigencia de un Código de Protección y Defensa del Consumidor debe convertirse en un instrumento que permita facilitar y agilizar la actuación de los distintos agentes del mercado que participan en las relaciones de consumo, defendiendo los intereses y derechos de los consumidores. Sin embargo, ello no debe configurar un acceso al mercado y obstáculos a la dinámica comercial que, por el aumento de costos de observancia de la ley –que no resulten indispensables para salvaguardar los derechos del consumidor– impidan a las microempresas y pequeñas empresas actuar como proveedores en el mercado” (Thorne 2010: 68).

De esta forma, el principal reto que deberá enfrentar el Indecopi en la aplicación del Código será lograr un equilibrio entre los derechos que a todos los consumidores les asisten y el mantenimiento de un mercado dinámico y creciente en términos económicos. Consideramos que no corresponde al Indecopi asumir una postura paternalista y reemplazar las decisiones que los consumidores libremente tomamos en el mercado; todo lo contrario, la labor que la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor debe asumir es asegurar que todos consumamos en el ejercicio de nuestra libertad, velando para que la información que los proveedores trasladen sea oportuna y veraz, corrigiendo los errores que se pueda cometer en el camino y promoviendo una verdadera **cultura de consumo** tanto entre los ofertantes como en los demandantes de los bienes y servicios que todos adquirimos en el mercado. Sin embargo, los esfuerzos que realice la institución deberán requerir el apoyo suficiente en cuanto a infraestructura y mano de obra se refiere, a efectos de consolidar a nuestra agencia de competencia como un eficaz órgano resolutorio de las controversias de consumo, a la par que se consolide como una entidad que promueve la información de los derechos y responsabilidades de los agentes del mercado.

Los primeros dieciocho años del Indecopi nos han demostrado que una institución pública independiente puede realizar actividades promotoras e informativas de los derechos que todos los peruanos tenemos. Asimismo, la experiencia de nuestra agencia de competencia demuestra que con el soporte logístico adecuado, la justicia que los consumidores buscan al recurrir al Estado puede lograrse de forma más rápida y eficaz en la vía administrativa que en la vía judicial. Finalmente, los programas e iniciativas que el Indecopi ha desarrollado han contribuido a acortar la brecha de información asimétrica que naturalmente poseen los consumidores frente a los proveedores en el mercado. Incentivar este último rol es tan importante como reforzar las capacidades resolutorias de la institución, en la medida en que la información adecuada en las manos de los consumidores puede disminuir los diversos costos que todos los agentes económicos asumen en sus relaciones de consumo y, a la larga, aumentar el bienestar de los más de 28 millones de peruanos que diariamente consumimos masivamente productos y servicios en el mercado.

BIBLIOGRAFÍA

ALDANA, E. e I. GAGLIUFFI

2004 “La noción de consumidor final: el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Protección al Consumidor según el nuevo precedente de observancia obligatoria del Indecopi”. En: *Ius et Veritas*, 29. Lima.

CÁCERES, A.

1998 *Competitividad y competencia*. Lima: Indecopi.

GÓMEZ, H.

2010 “Comentarios al Anteproyecto de Código de Consumo”. En: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 7, N° 25. Sociedad de Economía y Derecho UPC.

INDECOPI

2010a *Más de 40 mil consumidores se inscribieron en registro “Gracias... No Insista”*. Consultado el 30 de julio de 2010 <http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?PFL=0&NOT=202>.

2010b *Estadísticas del primer, segundo, tercer y cuarto trimestre de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi*. Consultadas el 30 de julio de 2010. <http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/8/par/ESTA_1TRI_2009_CPC/1erTrimestre.pdf>, <http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/8/par/ESTA_2TRI_2009_CCD/2doTrimestre.pdf>, <http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/8/par/ESTA_3TRI_2009_CPC/3erTrimestre.pdf>, <http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/8/par/EST_4TO_TRI_2009_CPC/4toTrimestre.pdf>

2008 *Memoria institucional del Indecopi 2008*. Lima: Indecopi.

2007 *Memoria institucional del Indecopi 2007*. Lima: Indecopi.

2006 *Memoria institucional del Indecopi 2006*. Lima: Indecopi.

2004 *Nuevos desafíos y retos pendientes en las políticas de protección al consumidor en el Perú*. Documento de Trabajo 001-2004, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi. Lima: Indecopi.

2000a *Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: diagnóstico y propuesta*. Documento de Trabajo 001-2000, elaborado por el Área de Estudios Económicos del Indecopi. Lima: Indecopi.

2000b *Memoria institucional del Indecopi 1992-1999*. Lima: Indecopi.

KRESALJA, B. y C. OCHOA

2009 *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

NORTH, D.

1995 *Importancia de las instituciones en el desarrollo de una economía de mercado*. Lima: Indecopi e Instituto Apoyo.

ROJAS, J. F.

2004 *Legislación y política de la competencia en el Perú*. Lima: Indecopi.

THORNE, J.

2010 “Las relaciones de consumo y los principios esenciales en protección y defensa del consumidor. Reflexiones en torno al Proyecto de Código de Consumo”. En: *Derecho & Sociedad*, 34. Lima.

EL SISTEMA DE ARBITRAJE DE CONSUMO DEL PERÚ

Arturo Álvarez Alarcón

El profesor español nos da una mirada del sistema de arbitraje de consumo tomando en cuenta la exitosa experiencia española sobre el tema y refiriéndose especialmente a los principios que deben inspirar un sistema de arbitraje. En el artículo se considera, además, diversas normas específicas incluidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor y, en general, la conveniencia de un sistema de arbitraje gratuito, promocionado por el Estado.

PLANTEAMIENTO

El pasado mes de julio del 2010, el Congreso de la República del Perú ha aprobado el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante CPDC), en desarrollo así del artículo 65 de la Constitución Política del Perú, donde se señala que la protección del consumidor es un principio rector de la política social y de mercado.

Esto constituye un avance indudable para los consumidores peruanos en cuanto que en el texto se reconocen los derechos que tienen. Pero no es menos importante que dentro del texto se establecen igualmente derechos y se prevé instituciones destinadas a hacer efectivos realmente aquellos derechos. En este sentido, y en lo que interesa al presente trabajo, el artículo II del Título Preliminar dice:

“El presente Código tiene la finalidad que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y **que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección**, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, **la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código**”.

La ley profundiza en este principio de la efectividad de los derechos de los consumidores determinando en el art. VI.6, relativo a las políticas públicas, que:

“**El Estado garantiza mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores.** Para tal efecto, promueve que los proveedores atiendan y solucionen directa y rápidamente los reclamos de los consumidores, el uso de mecanismos alternativos de solución como la mediación, la conciliación y el arbitraje de consumo voluntario, sistemas de autorregulación; así como garantiza el acceso a procedimientos administrativos y judiciales ágiles, expeditos, y eficaces para la resolución de conflictos y la reparación de daños. Igualmente facilita el acceso a las acciones por intereses colectivos y difusos”.

Y este principio y compromiso del Estado sobre la efectividad de los mecanismos de solución de los conflictos de consumo se traduce en un concreto derecho de los consumidores, cuando en el artículo 1 del CPDC, en su apartado 1.1.g, se reconoce expresamente que los consumidores tienen derecho “A la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, céleres o ágiles, con formalidades mínimas, gratuitos o no costosos, según sea el caso, para la atención de sus reclamos o denuncias ante las autoridades competentes”.

Pues bien, con el objetivo de atender a este derecho que se reconoce a los consumidores, el texto del flamante código contiene un capítulo enteramente dedicado a la **Justicia de consumo**, en cuyo primer subcapítulo se trata del Sistema de Arbitraje de Consumo. En el *Análisis de las iniciativas legislativas y propuesta de la Comisión*, que se contiene en el Dictamen de los Proyectos de Ley 3580/2009-CR y 3954/2009-PE, se manifiesta que “En cuanto a la Justicia de Consumo se ha recogido el Sistema de Arbitraje de Consumo, que ha sido muy activo en la experiencia española”.

Es precisamente esta afirmación la que orienta todo el presente trabajo, con el propósito de hacer una primera y urgente valoración del texto legal recién nacido, poniéndolo en relación con la ya larga experiencia española en esta materia, que ha sido secundada por Portugal y Argentina, con sus propias particularidades.

El texto legal que se comenta dedica los artículos 137 a 144 a la regulación del Sistema Arbitral de Consumo, recogiendo en ellos únicamente las bases de una posterior regulación que será necesariamente desarrollada por la autoridad administrativa. Así, las disposiciones complementarias finales primera y tercera contemplan que tal mandato corresponde al Poder Ejecutivo. Concretamente, se ordena que “En el plazo de ciento ochenta (180) días calendario contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, el Poder Ejecutivo expedirá las disposiciones reglamentarias para el Sistema de Arbitraje de Consumo creado en los artículos 137 al 144 [...]”.

Se trata, pues, ahora, de colaborar con esta tarea encomendada al Ejecutivo analizando las consecuencias de los principios señalados en el CPDC y señalar las necesidades normativas que se debe satisfacer reglamentariamente. Modestamente eso es lo que se pretende con este trabajo, aportando conocimientos y experiencia¹.

1 Arturo Álvarez Alarcón. *El sistema español de arbitraje de consumo*. Madrid: Instituto Nacional de Consumo, 1999; “La protección de los consumidores y usuarios: intereses individuales e intereses de grupo”. En: Alonso-Cuevillas Sayrol, Jaime (Coord.). *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*. Vol. 1, Barcelona, 2000, p. 227-43; “El sistema de Arbitraje de Consumo en España como método de solución de litigios de consumo”. En: *Foro del Jurista*, 23. *Métodos alternativos de solución de conflictos*. Antioquia, Colombia: Cámara de Comercio de Medellín, 2002.

I. LOS PRINCIPIOS DEL ARBITRAJE DE CONSUMO

Señala el artículo 137 del CPDC, cuando proclama la creación del Sistema de Arbitraje de Consumo, que mediante el mismo se pretende la resolución de los conflictos entre consumidores y proveedores de manera sencilla, gratuita, rápida y vinculante. En el artículo 140 del mismo texto legal se indica que “La sumisión de las partes al Sistema será voluntaria y por escrito o en cualquier otro medio fehaciente”.

En estos preceptos se contiene los principios que deben inspirar las normas reglamentarias que ulteriormente sean elaboradas por el Ejecutivo para desarrollar el Sistema de Arbitraje de Consumo, pero que también deben ser tenidas en cuenta por los sujetos que vayan a aplicarlo (juntas arbitrales y árbitros). Además, se deberá tener en cuenta los que se señalan en el Decreto Legislativo 1071, del 2008, que norma el arbitraje, pues constituye el marco dentro del cual necesariamente debe encajarse el arbitraje de consumo.

1.1 Sencillez

Habida cuenta de las características de los litigios en materia de consumo, que ordinariamente son de escasa cuantía, y de la escasa información –y con frecuencia poca formación– de los consumidores, la mejor forma de protegerlos es facilitando el acceso a este método alternativo de resolución de los conflictos, que debe ser sencillo en cuanto a los requisitos para la realización del convenio arbitral, para instar el arbitraje e introducir las pretensiones, que deben tramitarse por un cauce elemental, que no precise de conocimientos jurídicos.

La sencillez en el diseño del arbitraje repercutirá en los principios de rapidez y gratuidad. Ciertamente, si el procedimiento arbitral es sencillo, no será necesario tener conocimientos jurídicos de la materia y no será preciso que el consumidor acuda asistido de abogado, con el consecuente ahorro de costes. La sencillez en los trámites no equivale a rapidez, pero es cierto que la facilita.

1.2 Gratuidad

Este principio necesita alguna matización, pues nada hay realmente gratis. Del mismo modo que ocurre en el Sistema Arbitral de Consumo de España, la gratuidad se proclama en el sentido de que el arbitraje no debe costarle dinero a los litigantes, al menos al consumidor, pero sin duda que tiene un precio, pues los funcionarios que intervienen en su tramitación y la infraestructura serán costeados por la administración, sea la estatal o sea de inferior rango.

A tal fin, es interesante que la resolución de los conflictos sea atribuida a órganos arbitrales tripartitos, en los que estén presentes un representante de los consumidores y otro de los empresarios

o proveedores, y en los que la presidencia corresponda a un miembro de la administración. De ese modo, la falta de conocimientos de los litigantes, sobre todo en el lado del consumidor, es un inconveniente que se ve atenuado por la presencia de tales representantes quienes, por su pertenencia a asociaciones que defienden los intereses de los consumidores y de los empresarios, aportarán de oficio los conocimientos necesarios sobre los derechos correspondientes, particularmente los contenidos en el propio CPDC.

Será pues la administración la que sufrague los gastos del arbitraje; los de administración, comprensivos de los de notificaciones, secretaría, etc.; y también los de los miembros del órgano arbitral.

En este sentido, la norma que desarrolle el Sistema Arbitral de Consumo deberá prever el modo en que la Autoridad Nacional de Protección y Defensa del Consumidor, y los gobiernos regionales y locales, con los cuales coordine la constitución de las juntas arbitrales en cada localidad, podrán acordar hacer frente a los gastos derivados del funcionamiento del Sistema.

Además, no es cuestión de índole menor la relativa a las pruebas periciales. Para que la gratuidad sea real, teniendo en cuenta que en numerosas ocasiones la prueba pericial puede ser definitiva para resolver la cuestión litigiosa y que esta no es barata, será necesario adoptar algún tipo de medidas para hacer frente a estos gastos, los cuales, además, no son previsibles en cada ejercicio anual, pues dependerá de la índole de litigios que en cada ocasión se planteen.

Una forma de abaratar el gasto por este concepto es que la administración regional o local que sustente la junta arbitral aporte sus propios funcionarios especializados para que efectúen las pericias necesarias. En esta misma línea, sería posible también acudir a una cooperación entre administraciones, de modo que cuando la administración sustentadora del arbitraje de consumo no cuente con el elenco de funcionarios con la formación necesaria para emitir el dictamen, podrían ser los de otra administración colaboradora quienes lo aportaran, naturalmente mediando los acuerdos y convenios entre administraciones que fueran precisos.

En este sentido, no debiera descartarse una colaboración con las universidades mediante los convenios adecuados, particularmente las que sean técnicas, quizás mediante pactos particulares pero también por acuerdos promovidos o liderados por la propia Autoridad Nacional de Protección y Defensa del Consumidor.

En todo caso, ya veremos cómo se articula todo esto, ya que el Congreso de la República ha ordenado al Poder Ejecutivo que no incremente su presupuesto a causa del Sistema Arbitral de Consumo, pues en la Disposición Complementaria Final Primera se ordena que “La implementación y ejecución del Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor y del Sistema de Arbitraje de Consumo se sujeta al presupuesto institucional de las entidades involucradas sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público”.

1.3 Rapidez

Alude este principio al tiempo necesario para producir la resolución del litigio. La norma española en este punto señalaba un plazo de cuatro meses, prorrogable por otros dos, aunque la mayoría de los laudos se pronuncian en un plazo inferior a dos meses. Sin embargo, el nuevo Real Decreto regulador del arbitraje de consumo español ha extendido el plazo hasta seis meses, con igual posibilidad de prórroga.

Es la práctica, y no la previsión normativa, lo que hace que realmente el arbitraje de consumo sea considerado un éxito. Como se puede apreciar, cuatro o seis meses son plazos realmente breves, pero es la eficiencia demostrada por los órganos que lo han desarrollado lo que hace que realmente el arbitraje de consumo sea un sistema con éxito para los consumidores, pues la rápida resolución de los conflictos que lo aproxima a su nacimiento produce entre las partes una satisfacción muy lejana de la que se alcanza con la vía judicial.

En este punto conviene señalar algo que normalmente no se mide. El arbitraje comienza jurídicamente cuando los árbitros han sido nombrados. Sin embargo, el lapso que va desde que el consumidor presenta su reclamación hasta que los árbitros son designados y realmente comienza el arbitraje, también cuenta, al menos para el consumidor. Este, ignorante de cuestiones jurídicas, no distingue si los primeros compases que siguen a su solicitud de arbitraje son propiamente actos arbitrales o preparatorios de este. Pero para él se trata siempre de tiempo que va transcurriendo desde que se acercó a la junta arbitral en pos de una solución a su conflicto. Este lapso normalmente no es tenido en cuenta en las estadísticas realizadas, ni se puede contar legalmente para hablar de incumplimiento en la obligación de dictar el laudo. Pero no puede dejar de ser contemplado por quien tiene la responsabilidad de desarrollar reglamentariamente esta materia, pues afecta al interés del consumidor en lo que toca a los medios eficientes de solución de los conflictos de consumo.

En este sentido, contrariamente a lo que ocurre en la norma española, la Ley de Arbitraje del Perú ordena que “las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje” (Art. 33°). Por tanto, la fecha a partir de la cual debe medirse la rapidez o lentitud en el funcionamiento del sistema es la de la presentación de la solicitud arbitral, no la del nombramiento de los árbitros.

1.4 Voluntario

Como no podía ser de otra manera, dada la naturaleza jurídica del arbitraje, que se funda en la confianza que las partes depositan en el árbitro, la sumisión a este método de resolución de las controversias de consumo es voluntaria. Así se señala como principio inspirador, pero también lo dice expresamente el artículo 140 del CPDC:

“La sumisión de las partes al Sistema Arbitral de Consumo es voluntaria y debe constar por escrito en cualquier medio fehaciente”.

II. CLÁUSULA ARBITRAL Y CLÁUSULA ABUSIVA

La forma más frecuente de convenir el sometimiento de las partes a un arbitraje es mediante una cláusula arbitral, incluida en el contrato principal. Sin embargo, está consolidado ya en la doctrina y en la mayoría de los textos legales que este sometimiento no puede aceptarse porque dada la situación debilitada del consumidor a la hora de celebrar el negocio principal, su voluntad no es realmente eficaz, por lo que este pacto, que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de índole fundamental, debe tenerse como cláusula abusiva y, por tanto, sancionado con una ineficacia absoluta.

Lamentablemente, el texto definitivo aprobado del Código de Protección y Defensa del Consumidor ha suprimido la norma que contenía el artículo 89.m del proyecto presentado al Congreso de la República, y que calificaba de “cláusula abusiva de ineficacia absoluta” la sumisión a arbitraje ordinario, esto es, a arbitraje que no sea el de consumo.

Si se parte de la situación de desequilibrio en la que se ve inmerso el consumidor, cualquier cláusula que imponga alguna clase de restricción en sus derechos debe ser contemplada con recelo por el jurista. Mucho más si la cláusula contractual contiene el sometimiento al arbitraje, pues por esta vía el consumidor no está renunciando a un derecho cualquiera, sino al fundamental derecho a la tutela jurisdiccional. Es decir, conociendo cómo es la realidad de las relaciones de consumo, la cláusula arbitral en un contrato de consumo significa que el proveedor está imponiendo al consumidor que cualquier conflicto que brote entre ellos no se solventará ante los tribunales, sino ante el tribunal o cámara de arbitraje que el propio proveedor le está señalando.

Esta actitud es francamente sospechosa, por lo que está sobradamente justificado que los legisladores proscriban las cláusulas arbitrales en los contratos de consumo, con carácter general, y dejen un espacio exclusivamente para los arbitrajes de consumo, que se conciben precisamente para recomponer el desequilibrio existente en las relaciones de esta índole.

En este sentido, es clara la argumentación contenida en el preámbulo del Real Decreto Legislativo 1/2007, de España, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias:

“Conforme a la regulación adoptada, los pactos de sumisión al arbitraje se conducen al momento en el que el consumidor puede evaluar correctamente el alcance de la decisión que, en la mayor parte de los casos, se ve obligado a adoptar, y que es aquél en el que surge la controversia. Se eleva con ello la protección del usuario ante fórmulas arbitrales no siempre lícitas y se garantiza la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente. Esta regla se completa

con la determinación de la nulidad de los pactos suscritos contraviniéndola, en aplicación de las previsiones de la propia Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios sobre la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la ley al consumidor. La tipificación de su vulneración, como infracción de consumo, se deduce claramente del artículo 49, apartado 13, en el que se califica como tal el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley y disposiciones que la desarrollen”.

En todo caso, esto es lo que no se puede olvidar y de ahí la gravedad de este asunto, una cláusula arbitral no puede ser contemplada como una cláusula contractual más: por ella se impone la renuncia a un derecho fundamental. Convendría, sin duda, una revisión en este punto.

III. LA ADHESIÓN DEL PROVEEDOR AL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

El artículo 140 impone la sumisión en forma escrita o en cualquier medio fehaciente. Es necesario hacer concordar este requisito con el mecanismo de adhesión de los proveedores al sistema de arbitraje del artículo 141 del CPDC, pues la exhibición del distintivo, por sí misma y tal como se regula en los artículos citados, no parece equivaler a una sumisión escrita.

Efectivamente, en el mencionado artículo 141 se establece que los proveedores que se adhieran al sistema podrán hacer exhibición del distintivo correspondiente, pero no se determinan los efectos de esa exhibición, particularmente en lo relativo a si la exhibición constituye una oferta para contratar, en este caso para celebrar un contrato de sumisión arbitral.

Obsérvese que se trataría de un elemento muy importante para el consumidor, pues al hacerse la exhibición del distintivo, el proveedor está haciendo una oferta al consumidor para que acepte someterse al arbitraje de consumo. Es decir, si esta cuestión del uso del distintivo y de la adhesión del proveedor al sistema se regula adecuadamente, se deja en las exclusivas manos del consumidor la perfección del convenio arbitral.

Parece que es esta la intención del legislador, siguiendo el modelo que se ha impuesto en el sistema instaurado en España y que ha tenido un éxito magnífico², pero lo cierto es que no está claro en la redacción del precepto citado, del código peruano, que la exhibición del distintivo por el proveedor vaya a tener los mismos efectos respecto de la sumisión al arbitraje que los predicados en el Real Decreto regulador del Sistema de Arbitraje de Consumo de España³. Deberá ser bien precisa en este punto la norma reglamentaria que lo desarrolle.

2 En la *Memoria* del Sistema Arbitral de Consumo correspondiente al año 2007, última publicada por el Instituto Nacional de Consumo de España, se recoge que al finalizar dicho año se habían adherido al sistema un total de 141.410 empresas y profesionales.

3 Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (BOE de 25 de febrero de 2008), artículos 24 y 25.

En cualquier caso, el artículo 13° de la Ley de Arbitraje del Perú, en sus párrafos 3 a 6, aporta la suficiente flexibilidad como para que esta peculiar forma de convenio arbitral propia del arbitraje de consumo pueda tener su encaje en dicha ley. Ciertamente, el proveedor que se adhiere al arbitraje de consumo lo hace de modo escrito y el consumidor, cuando presenta su solicitud de arbitraje contra el proveedor adherido, también lo hace por escrito. A ello conviene añadir que la exhibición del distintivo del Sistema Arbitral de Consumo es una forma fehaciente también de manifestación de la voluntad del proveedor de sumisión a esta peculiar forma de arbitraje.

3.1 Vinculante

Este principio es relativo a la fuerza vinculante del resultado del arbitraje, en definitiva al efecto de cosa juzgada y a la adquisición del valor procesal de título ejecutivo. Y lo que dispone el CPDC es claro con este principio inicialmente proclamado, ya que el artículo 144 de dicho texto legal señala que tanto el laudo arbitral como el acta suscrita por las partes, en la que se contenga el acuerdo celebrado entre ambos litigantes, constituyen Título Ejecutivo de conformidad con la norma general del artículo 688 del Código Procesal Civil peruano.

Se puede apreciar que el carácter de Título Ejecutivo se le otorga no solo al laudo que los árbitros dicten, sino también al pacto que las partes puedan alcanzar durante la tramitación del arbitraje, en una suerte de conciliación o, quizás mejor, transacción, que se debe reflejar en el acta que se levante de la sesión en la que se ponga de manifiesto tal pacto. El pacto se concretará en el acta que se levante, pero no se señala quién es el encargado de confeccionarla; posiblemente lo sea el secretario, pero se trata de una figura que no es mencionada en el CPDC. Al ser ejecutiva el acta sin necesidad de trasladar el acuerdo a la misma, se está excluyendo toda función controladora del árbitro sobre el pacto.

Para reforzar la ejecutividad, en el citado artículo 138 del CPDC se establece una sanción:

“El incumplimiento de un acuerdo conciliatorio o laudo celebrado entre consumidor y proveedor constituye una infracción al presente Código. En estos casos, si el obligado a cumplir con un acuerdo o laudo no lo hace, se le impone automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se toman en cuenta los criterios establecidos en el artículo 112° de este Código. Dicha multa debe ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días de notificada, vencido el cual se ordena su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, el Indecopi puede imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla con lo acordado. Las multas impuestas no impiden al Indecopi imponer una multa o sanción distinta al final de un procedimiento, de ser el caso. Asimismo, el Indecopi es competente para ordenar las medidas correctivas enunciadas en el presente Código. Este artículo es de aplicación para todos los acuerdos conciliatorios válidos celebrados entre consumidor y proveedor, incluidos aquellos obtenidos ante instituciones sin convenio con el Indecopi”.

Este precepto debe ser sometido a una interpretación que, ojalá, se lleve a efecto en las normas que desarrollen el CPDC. La duda que cabe plantear es si este precepto sancionador se aplicará solo al incumplimiento del proveedor o también al incumplimiento del consumidor. Hay que plantear esta cuestión porque el laudo puede contener una condena al consumidor en los casos en que se haya formulado reconvencción o cuando sea el proveedor el demandante, posibilidades ambas que tratamos en otro apartado de este mismo trabajo.

Además, no hay que olvidar que en el caso de pacto entre las partes, pueden establecerse también obligaciones para el consumidor, que serán elevadas a la condición de ejecutivas sin control del árbitro ni de ningún otro mediador, y su incumplimiento será sancionable.

Una interpretación teleológica del artículo 144, conjuntamente con el 112 al que se remite, a la vista de los principios y del espíritu protector de los consumidores, que impregnan el CPDC, conduce a concluir que por dichas normas se está atribuyendo al Indecopi (no a los árbitros ni al juez de la ejecución) la facultad de sancionar únicamente al proveedor y nunca al consumidor. En este sentido, obsérvese que en el artículo 112 nunca se hace referencia al consumidor como presunto incumplidor. Queda pendiente determinar el modo en que se constata el incumplimiento a los efectos de poder aplicar la sanción: ¿es necesaria una declaración judicial? ¿Basta con una comunicación de la Junta Arbitral de Consumo? ¿Será el Indecopi el que provea un mecanismo de control y vigilancia del cumplimiento de los laudos y acuerdos?

Esta referencia a las facultades sancionadoras del Indecopi plantea la cuestión de la fuerza vinculante del laudo en relación con la administración, dado que el artículo 140 del CPDC dice que “El laudo arbitral que se emita en un arbitraje de consumo no será vinculante para la autoridad administrativa”. Téngase en cuenta que el laudo es ejecutable, es decir, que el juez mismo queda vinculado por el laudo. ¿Cómo no va a quedar vinculada la administración si lo está la jurisdicción? Posiblemente esta disposición debe ser matizada en el sentido de que por sí misma no puede considerarse como hecho juzgado a los efectos de una eventual infracción y la consecuente sanción.

3.2 Los principios de la Recomendación de la Comisión de la Unión Europea en materia de órganos extrajudiciales

En el ámbito de la Unión Europea se han producido sendos documentos que, si bien no constituyen norma, sí son tomados como referencia para contrastar la calidad de los órganos que intervienen en materia de consumo cumpliendo funciones mediadoras o de resolución de los conflictos, de modo extrajudicial. Se trata de la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, **relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo** y de la Recomendación de la Comisión 2001/310/CE, de 4 de abril, **relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo**.

Evidentemente, las indicadas Recomendaciones no son aplicables al Perú, pero sí constituyen un parámetro con el cual comparar las instituciones propias y poderlas evaluar. La autoridad de la Recomendación 2001/310/CE es de tal índole que ha continuado usándose luego como hito de referencia en otra clase de litigios, distintos de los de consumo, por cuanto se estima que los principios que se contienen en la misma son adecuados para cualquier clase de órganos con funciones extrajudiciales. Así, por ejemplo, en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Ambas Recomendaciones coinciden en la necesidad de velar por la **independencia e imparcialidad** de los órganos intervinientes, señalando no solo la desafectación de sus miembros respecto de las personas y objeto litigioso, sino también la inamovilidad en sus cargos.

El **principio de transparencia** adquiere una gran importancia en esta materia, pues solo por su respeto las partes, tanto los consumidores como los proveedores, sentirán hacia el arbitraje de consumo lo que debe constituir su fundamento: confianza. Si no hay transparencia, de modo que los datos sobre sus actuaciones permanecen en penumbra, difícilmente el sistema gozará del prestigio moral que debe alcanzar para que los ciudadanos acudan a él esperando encontrar un verdadero método de solución de sus problemas.

Eficacia, equidad, voluntariedad (“libertad”, dice en una inapropiada traducción el Reglamento 98/257), **contradicción, representación y legalidad**, constituyen otros requisitos, enunciados a modo de principios, que deben ser respetados para que el sistema que se diseñe alcance un “marchamo” de calidad deseable, que le permita ganar el prestigio necesario interna e internacionalmente.

Sería deseable que las normas reglamentarias que el Ejecutivo peruano producirá para desarrollar el Sistema de Arbitraje de Consumo se elaboraran teniendo presentes estas Recomendaciones, junto con otras aportaciones que estime pertinentes, habida cuenta de que las mismas han sido elaboradas recogiendo las experiencias que ya se tiene acumuladas en materia de protección a los consumidores mediante soluciones extrajudiciales a sus reclamaciones.

IV. CLASE DE ARBITRAJE

Son numerosas las clasificaciones que se hacen del arbitraje. No se trata ahora de hacer una incursión sobre el tema, sino de tratar de descubrir qué clase de arbitraje es el que el CPDC del Perú quiere que sea desarrollado dentro del Sistema de Arbitraje de Consumo.

Sin entrar en discusiones dogmáticas, a la vista de lo que se señala en el artículo 7º de la Ley de Arbitraje de Perú, el Sistema Arbitral de Consumo constituye una suerte de arbitraje institucional, al estar organizado y administrado por una institución arbitral diferente del tri-

bunal arbitral, que es la junta de arbitraje, que se concibe como una institución pública con funciones arbitrales.

4.1 Derecho o equidad

El CPDC no señala si la decisión del conflicto se adoptará en Derecho o en equidad. A este respecto, la Ley de Arbitraje del 2008, en su artículo 57, establece como norma general el arbitraje de Derecho (Art. 57.1), sin perjuicio de que las partes puedan expresamente autorizar a los árbitros para que resuelvan en equidad o en conciencia (Art. 57.3).

El artículo 33 del Real Decreto 231/2008, regulador del sistema en España, dice que: “El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho”. Es decir, como vemos, se invierte el principio general, pero es conforme con la Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003), que dice que: “Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello”.

Como se puede apreciar, el marco legal es muy similar en ambos ordenamientos. Corresponde ahora al Ejecutivo peruano decidir si mantiene lo que dice la Ley (la norma general es el arbitraje de Derecho) o lo altera mediante las normas reglamentarias, al modo en que se ha hecho en el sistema seguido en España.

En el sistema español no se excluye el arbitraje de Derecho, sino que la norma general es el de equidad, y queda siempre la posibilidad de que las partes puedan pactar el de Derecho, previéndose también qué hacer si una prefiere el de Derecho y otra el de equidad (Art. 33 del Real Decreto 231/2008).

No obstante, hay que reconocer que el propio sistema conlleva –conscientemente o no– cierta huida del arbitraje de equidad, cuando en el artículo 136 se dispone que: “La Autoridad Nacional de Protección Defensa del Consumidor se encarga de establecer los lineamientos generales de las normas para establecer un sistema de información oportuna y eficiente que permita armonizar criterios legales en todas las Juntas Arbitrales de Consumo a nivel nacional”.

Otro tanto ocurre en el sistema español, pues el Art. 9 del RD 231/2008 ordena que: “La Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo es un órgano colegiado, adscrito funcionalmente al Instituto Nacional del Consumo a través de la Junta Arbitral Nacional, con competencia para el establecimiento de criterios homogéneos en el Sistema Arbitral de Consumo [...]”.

El establecimiento de unos “lineamientos generales” (Perú) o de unos “criterios homogéneos” (España), si se refieren a la forma en que se debe resolver ciertos litigios, a modo de una suerte de jurisprudencia, estará limitando la equidad, formando un cuerpo normativo propio.

Es verdad que esto último no se dice ni en la normativa española ni en la peruana, pero el riesgo existe porque la posibilidad existe, salvo que la normativa reglamentaria evite esta posibilidad, lo que no se ha hecho en el R.D. español.

4.2 Unidireccional o bidireccional

Con esta disyuntiva se está planteando la cuestión de si el arbitraje de consumo puede servir también para atender las pretensiones de los proveedores o únicamente las de los consumidores.

Se ha venido caracterizando el arbitraje de consumo como unidireccional en cuanto que solo servía a las reclamaciones de los consumidores, y el proveedor no podía hacer valer las suyas.

Las pretensiones pueden llevarse al arbitraje en dos momentos diferentes. Mediante la solicitud de arbitraje o escrito similar, como si se tratara de una demanda; o mediante reconvencción. Si se admitiera la reconvencción, el arbitraje ya no sería unidireccional, pues se admitiría otra pretensión (la del empresario-proveedor) en sentido contrario a la original y primeramente interpuesta.

En el código recién aprobado se prevé un arbitraje para la resolución de los conflictos de consumo, pero no para atender las reclamaciones de los consumidores exclusivamente. Obsérvese lo que dice el artículo 137 del CPDC:

“Créase el Sistema de Arbitraje de Consumo con el objetivo de resolver de manera sencilla, gratuita, rápida y con carácter vinculante, los conflictos entre consumidores y proveedores”.

De este modo, se permite que se pueda resolver también las cuestiones que susciten los proveedores contra los consumidores.

En España, en la derogada Ley General para la Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, de 1984, se decía en el artículo 31:

“Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes **las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios**, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución”.

Se puede observar que en virtud de esta norma, únicamente los consumidores o usuarios podrían presentar quejas o reclamaciones (pretensiones) en el arbitraje de consumo. De acuerdo con esta norma se desarrolló el Sistema de Arbitraje en España. En su desarrollo práctico se suscitó el problema de las reclamaciones de los empresarios contra los consumidores morosos, pues no

parecía justo que el consumidor pudiera presentar una reclamación contra el empresario pero que este en la misma sede no pudiera reclamar lo que el consumidor le debiera. Así que en la práctica se vinieron admitiendo las pretensiones de los empresarios, vía reconvencción.

El nuevo marco legal, derogatorio de la Ley de 1984, no ha variado sustancialmente, pues el artículo 57 del Real Decreto Legislativo 1/2007 dice:

“El Sistema Arbitral del Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, **se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios** [...]”.

Y el R.D. 231/2008, regulador del Sistema Arbitral de Consumo, es fiel a este mandato, de modo que continúa siendo el consumidor el único que puede presentar reclamaciones (pretensiones) capaces de poner en marcha el arbitraje de consumo (Art. 34), sin perjuicio, eso sí, de que el empresario pueda formular reconvencción (Art. 43).

El Ejecutivo peruano debe ser cauteloso en el desarrollo reglamentario del Sistema de Arbitraje de Consumo. Aunque el Código de Protección y Defensa de los Consumidores no limite esta clase de arbitraje a las reclamaciones de los consumidores con exclusión de las que tengan los proveedores, así lo debe regular. Si permite que los empresarios también puedan usar esta vía privilegiada para presentar en primera instancia sus reclamaciones contra los consumidores, no se estará cumpliendo con lo que realmente se exige.

No se puede olvidar lo que en el propio código se indica como su fundamento esencial: el artículo 65 de la Constitución Política del Perú, donde se señala que es la protección del consumidor. Así pues, el sistema no se crea para proteger los derechos de los proveedores, sino de los más debilitados de los consumidores.

Existe otro argumento que no se puede despreciar, este de índole práctica. Si se facilita a los empresarios una vía ágil para sus propias pretensiones, la usarán, no quepa la menor duda, con lo que el sistema colapsará por saturación al no poder digerir tanta demanda.

CONCLUSIÓN

Numerosas cuestiones quedan pendientes aún de comentar, pero el presente trabajo tiene que tener un fin, que se quiere alcanzar señalando alguna conclusión. La conclusión primera es que esta iniciativa legislativa constituirá, sin duda, un gran avance en la protección de los derechos de los consumidores en el Perú. Pero inmediatamente se aprecia, esta es la conclusión principal, que lo que se recoge en el nuevo código en orden al Sistema de Arbitraje de Consumo queda pendiente de una norma reglamentaria que el Ejecutivo peruano debe desarrollar. Es en sede

reglamentaria donde se regularán numerosas cuestiones que serán decisivas para determinar el éxito o el fracaso de esta nueva institución, la cual, como se ha dicho al principio, ha sido positiva en España, de donde es originaria, así como en Portugal y en Argentina.

UNA MIRADA CONSTITUCIONAL A LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Juan Manuel Sosa Sacio

Desde su entrada en funciones, el Tribunal Constitucional (TC) peruano ha tenido una presencia importante en el panorama político y judicial del Perú. El ámbito de la protección al consumidor no ha sido una excepción, donde el TC, a partir de sus resoluciones, ha marcado una pauta sobre los que debemos entender como “derechos de los consumidores”, dotándolos de contenido en situaciones concretas.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno del consumo así como la defensa de los consumidores y usuarios son asuntos complejos que pueden ser abordados desde diversas disciplinas y perspectivas. En este sentido, un análisis multidisciplinario es altamente deseable para abordar bien estos temas. Sin embargo, debido a nuestra especialización no podríamos realizar una empresa de tales proporciones. Nuestro encargo ha sido menos ambicioso pero más responsable: realizar una aproximación a la defensa de los consumidores desde la perspectiva del Derecho Constitucional y los derechos fundamentales.

A estos efectos, y atendiendo que a lo largo de la obra colectiva se ofrecen enfoques diversos, nos hemos concentrado de manera específica, cuando no exclusiva, en tratar lo que desde el Derecho Constitucional puede afirmarse sobre el tema que nos convoca. Así visto, nuestro estudio se ubica en el marco del constitucionalismo contemporáneo, es un análisis sobre todo a partir de la Constitución peruana y nuestro régimen económico, utiliza autores cuyo enfoque permite tal análisis y –ya que finalmente se trata de la principal fuente de interpretación constitucional– se basa principalmente en la jurisprudencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional, sistematizándola y presentándola desde una perspectiva crítica.

Por último, con el ánimo de no defraudar, es necesario mencionar que no abarcamos todos los temas posibles, sino que nos hemos concentrado en los de mayor importancia e interés para esta obra. Así visto, no agotamos el asunto de la regulación de los servicios y la agencia de competencia (solo presentamos el tema al referirnos a las exigencias que recaen en el Estado), ni desarrollamos extensamente el contenido de nuestra Constitución económica como contexto para la defensa de los consumidores (únicamente hacemos las referencias suficientes, atendiendo a la finalidad de la obra y a que el tema ha sido bastante trabajado por la doctrina constitucional nacional).

I. RELACIONES DE CONSUMO Y ESTATUS DE CONSUMIDOR EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

1. Constitucionalismo contemporáneo y relaciones de consumo

El constitucionalismo, como técnica de control y limitación del poder, no ha sido lineal. Han existido en su interior distintos movimientos constitucionales que han respondido a las necesidades e intereses de su tiempo (constitucionalismo liberal, constitucionalismo social, constitucionalismo democrático). En todo caso, a la luz de lo avanzado, lo que sí podría afirmarse del constitucionalismo es que ha permitido la ampliación y la democratización de las libertades y los derechos básicos.

Ahora bien, el constitucionalismo contemporáneo –denominado por lo general “neoconstitucionalismo”¹– tiene diversas características; entre ellas, la principal podría ser que se trata de un “constitucionalismo de derechos” (Prieto 2004: 49). Al respecto, se señala que en el neoconstitucionalismo los derechos fundamentales tienen un especial valor e importancia, son directamente exigibles (aunque la norma que los reconozca no contemple expresamente tal garantía) y tienen estructura de principios que requieren de una especial interpretación; todo lo cual coloca además a los jueces en una especial posición al ser ellos quienes finalmente señalen el contenido de los derechos y aseguren su tutela.

En el sentido expuesto, se ha entendido a los derechos como reductos inderogables para la defensa de las personas, “cotos vedados”, “esferas de lo indecible” o “triumfos” frente al poder (público o privado)², e incluso como “leyes de los más débiles”. En este último sentido, se ha considerado que los derechos fundamentales “se afirman siempre como *leyes del más débil* en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia” (Ferrajoli 2004: 54). En efecto, ya que los más débiles en una sociedad son igualmente seres humanos valiosos, merecen protección ante la posible hostilidad o abuso de quienes tienen poder. Esto puede constatare con respecto a todo tipo de derechos; así, desde el derecho a la libertad e integridad personal frente a posibles arbitrariedades del monarca (por ejemplo, protegido con el añejo *writ of habeas corpus*), pasando por los derechos sociales y emblemáticamente los derechos laborales (ante posibles abusos del empleador, considerando que la relación laboral es de desventaja para una de las partes), hasta los derechos culturales de las minorías étnicas y los pueblos originarios (por ejemplo, ante imposiciones de culturas e idiosincrasias mayoritarias).

Contemporáneamente, tenemos que el papel de consumidor es también uno de desventaja y menor fuerza frente a los proveedores y prestadores; además, es uno del que no podemos

1 Aunque esta noción puede adquirir varios significados. Nos hemos referido a algunos de ellos en Sosa (2009).

2 Véase Dworkin (1989: 37), Garzón (1989: 209-13) y Ferrajoli (2008: 120-5).

sustraernos³. En efecto, bien visto, las necesidades humanas son mayoritariamente satisfechas mediante relaciones de consumo, por lo que, entre las diversas dimensiones del ser humano, su rol como consumidor o usuario (Alpa 2004: 21) adquiere una especial relevancia y merece una singular protección (Gutiérrez 2004: 106).

Pero esto no significa que, a la luz del constitucionalismo actual, se conciba al ser humano en sus actividades económicas solo en competencia y como un maximizador de beneficios (*homo oeconomicus*). La imagen del ser humano para el constitucionalismo comprende diversas dimensiones: se conjuga la libertad personal con el lazo a la comunidad, el beneficio personal y la unión comunitaria, la racionalidad y la emotividad (Häberle 2002: 103)⁴. Asimismo, contemporáneamente se ha destacado la necesaria dimensión ética de la economía, lo que implica que la riqueza y el bienestar, antes que en riqueza monetaria acumulada o titularidades en potencia (derechos), debe considerarse en función, por ejemplo, de mayores cuotas de libertad humana y capacidades básicas satisfechas (Sen 1999: 25)⁵.

En este sentido, se ha señalado también que el modelo económico por antonomasia del Estado constitucional es el de “economía social de mercado”, que coloca a las actividades económicas –productivas, de intercambio, distributivas, etc.– al servicio del ser humano y no al revés⁶. Ello, en lo concerniente a las relaciones de consumo, implica que: “[e]l consumidor –o usuario– es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios”⁷, y que corresponde al Estado tener “como horizonte tuitivo la defensa de [sus] intereses”⁸.

2. Noción constitucional de consumidor

Tras lo anotado, corresponde preguntarnos qué significa ser consumidor para el ordenamiento constitucional. El asunto no es baladí y menos uno principalmente teórico; por el contrario, de ello depende a quién se tutela especialmente así como las posibles formas de protección.

3 En adelante, únicamente por un asunto de redacción, cuando nos refiramos a “consumidor” por lo general aludiremos tanto a “consumidores” como a “usuarios”.

4 Del mismo autor: “El ser humano no puede ser degradado a un mero factor económico” (p. 107). “Para el Estado Constitucional el ser humano no es *solo homo oeconomicus*, sino también *homo ludens*, *homo faber*, etc. Hay que advertir especialmente de las unilateralizaciones de un *economicismo* en la medida en que se *hace una lectura* del ser humano restringida a sus intereses económicos particulares” (p. 108).

5 Sobre este “enfoque de las capacidades”, véase Sen (2000: 16-9) y Nussbaum (2007: 288).

6 Cfr. Landa (2006: 514).

7 STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f.j. 28.

8 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 9.

En efecto, si entendemos por consumidor, por ejemplo, solo al destinatario final que no se dedica a una actividad productiva, los protegidos serán muy pocos; al contrario, si se entiende que consumidor puede ser todo aquel que adquiere un producto o servicio, el espectro de potenciales consumidores es infinitamente amplio. En igual sentido, si se considera que el consumidor es uno “razonable”, se presume que este tuvo (o debió tener) cuidado y cierta diligencia al adquirir un bien o servicio, por lo que no podría reclamar ante su negligencia o falta de información; y, más bien, si consideramos al consumidor “promedio”, será protegido incluso ante situaciones de aparente descuido, o posible exceso por parte de las empresas, si son cuestiones de las que no se hubiera percatado un consumidor común en condiciones normales.

Ahora bien, de la lectura literal de la Carta Fundamental no puede deducirse una imagen acabada de consumidor⁹. Ha sido más bien el Tribunal Constitucional, al interpretar diversas disposiciones de la Constitución económica, que ha ido configurando la noción constitucional del consumidor.

Como veremos a continuación, el Colegiado constitucional ha transitado desde una noción restringida de consumidor a otra bastante amplia; asimismo, explicaremos que el estándar de consumidor que se ajusta más a la Constitución es el del “consumidor promedio”.

2.1 El consumidor como parte débil de la relación de consumo

Inicialmente la jurisprudencia constitucional expuso una visión limitada del consumidor como simple eslabón final de la cadena productiva (noción objetiva del acto de consumo), concibiendo al Estado como mero facilitador de dicho papel. En este sentido, consideraba al consumidor como una pieza más del mercado, entendiendo que, junto con la tutela que la Constitución otorga a los demás agentes económicos, “con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario”¹⁰.

De esta forma, lo consideró simplemente como “el fin de toda actividad económica”¹¹, pero no como su finalidad en sentido ético, sino porque este es “quien concluye el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar”¹². Así, el consumidor era concebido como una persona natural o jurídica beneficiaria de algún producto o destinatario de algún servicio¹³, cuya relación se establece “en virtud de un acto jurídico oneroso” y “con cargo a un

9 Como explicaremos mejor luego, el artículo 65 de la Constitución contiene básicamente principios y mandatos para el Estado, mas no alude a quién es consumidor ni a cuáles son sus derechos.

10 STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f.j. 27.

11 STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f.j. 28.

12 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 7.

13 STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f.j. 29. Esto, además, es conforme a la versión de la Ley de Protección al Consumidor establecida por el Decreto Legislativo 716.

aprovechamiento, ya sea personal, familiar o de su entorno inmediato”¹⁴. Lo anotado, es claro, no revela una concepción del consumidor como contratante débil frente al poder fáctico de las empresas proveedoras (Gutiérrez 2004: 107). Es más, la perspectiva descrita permite que micro o pequeños empresarios, que adquieran bienes o servicios para sus actividades comerciales pero que no pertenezcan al giro ni a la especialidad de su empresa, queden desprotegidos como consumidores¹⁵.

No obstante ello, tiempo después el Tribunal vira su comprensión del consumidor, entendiendo que la defensa de sus intereses es más bien “consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras”¹⁶ (noción subjetiva del acto de consumo). De esta forma, ahora sí concibe a los consumidores ya no como un eslabón más (el último) de la cadena de producción-consumo, sino como su eslabón más débil (Amaya 2004):

“El status de consumidores no es el de ser sujetos pasivos de la economía que observan con indiferencia o impotencia el modo como los agentes económicos desarrollan sus actividades o entran en disputa, sino el de ser destinatarios fundamentales de las relaciones que la sustentan y, por supuesto, de aquellas que la justifican en el marco del Estado social y democrático de derecho”¹⁷.

Ha entendido, asimismo –y tal vez de manera análoga a como se entiende a la persona humana frente a la comunidad política (sociedad y Estado)–, que las actuaciones en el mercado, en especial la referida a los servicios esenciales, no solo no deben violentar los derechos e intereses de los consumidores, sino que estos deben tenerse en cuenta y ser especialmente protegidos.

En este sentido, el Colegiado se ha pronunciado en diversas ocasiones:

“Un Estado de derecho que proclama como valor primordial la defensa de la persona, no puede desatenderse de mecanismos con los que efectivamente se garantice su protección adecuada. Cualquiera que fuese el medio en el que se desenvuelva o se desarrolle la persona, no se le puede atropellar en sus derechos esenciales exponiéndola a riesgos o perjuicios innecesariamente ocasionados por las propias personas, por las organizaciones colectivas que los conforman, o por el propio Estado en cualquiera de sus corporaciones. [En este contexto,] la doctrina constitucional considera la protección al usuario, mediante la cual no solo se tiene derecho a recibir servicios esenciales, sino también a que estos sean dispensados en condiciones óptimas o, al menos, favorables. De asumirse que lo único que importa es el

14 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, *loc. cit.* En el mismo sentido estaba el precedente de observancia obligatoria Res. 0422-2004/TDC-Indecopi, que reiteró los Lineamientos de la Comisión de Protección al Consumidor Res. 001-2006-LIN-Indecopi.

15 Incluso el actual Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor, Decreto Supremo 006-2009-PCM –norma que plantea una visión restringida de consumidor–, señala que comprende “excepcionalmente, a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio”.

16 STC Exp. 0018-2003-AI/TC, f.j. 2. No se diferencia entre asimetría informativa o estructural.

17 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 21.

servicio y no la manera como este se brinde, simplemente se estaría pasando por encima de la Constitución”¹⁸.

No cabría, en el sentido indicado, aludir a un Estado neutro en materia de protección de derechos de los consumidores y usuarios, es decir, equidistante entre los intereses involucrados en las relaciones de consumo. Como se ha señalado, el Estado no es solo un árbitro sino un defensor del consumidor (Rojas 2009: 42), cuya defensa debe entenderse mejor como protección de la dignidad de la persona que consume (Rojas 2009: 41)¹⁹. Y es que el consumidor en definitiva es una persona y, en tal sentido, para el constitucionalismo es esencial reconocer como parte de su contenido innegociable “la protección que se exige a los poderes públicos respecto a los derechos fundamentales de la persona humana, y de las distintas dimensiones en las que concurre de manera concreta en un mercado libre de intercambio de bienes y servicios. En efecto, todos los seres humanos somos consumidores y usuarios, y todas las actividades económicas que el hombre realiza en una u otra medida están destinadas a la satisfacción de necesidades”²⁰.

Teniendo en cuenta ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que los problemas de competencia, o entre empresas en general, deben leerse también a la luz de eventuales afectaciones a usuarios y consumidores:

“[A]unque suele ser común que muchos de los problemas vinculados a la defensa de los derechos constitucionales de naturaleza económica sean enfocados únicamente desde la óptica de quienes corporativamente o en calidad de empresas ofertantes de bienes o servicios participan en el mercado, resulta bastante cuestionable que tan arraigada orientación desemboque en una posición donde la perspectiva de los consumidores o usuarios resulten minimizadas o simplemente ignoradas. [Al respecto,] si los destinatarios finales de los bienes y servicios que proveen las empresas son inobjetablemente los consumidores, las controversias generadas entre ellas y que incidan en dichos protagonistas, deben ser enfocadas en dirección a la defensa o protección que la propia norma fundamental se encarga de reconocer [...] El ordenamiento [...] los privilegia reconociéndoles un catálogo de atributos y una esfera de protección fundamentada en la relevante posición que ocupan”²¹.

Además, el Tribunal Constitucional habría descubierto una dimensión –por llamarle de alguna forma– “material” en la prestación de servicios y provisión de bienes. A este respecto, ha afirmado que las relaciones de consumo para la Constitución y, más aun, que la consideración hacia los consumidores únicamente es “compatible con aquellas fórmulas que permitan garantizarles

18 STC Exp. 1006-2002-AA/TC, f.j. 2, d y e.

19 Rojas (2009: 41): “[H]emos perdido de vista que el consumidor es –primero– persona y que, como tal, es el centro de todo proceso económico, social o político que discurra en nuestra sociedad. La persona es la que consume y es ella el fin de toda acción de la sociedad y del Estado; la preservación de su dignidad es una tarea que no debe conocer de limitación o menoscabo alguno”.

20 STC Exp. 02005-2009-PA/TC, f.j. 56.

21 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 20-21

un trato razonable y adecuado, por parte de quienes los abastecen de productos o les brindan servicios”²².

De esta forma, para el Tribunal, la relación sinalagmática entre productores y consumidores adquiere una peculiar sustancia, que considera ajustada a los mandatos constitucionales. Por ello entendería, por ejemplo, que no basta solo con el cumplimiento “formal” de un servicio legalmente regulado, sino que es necesario que este “haya sido ejercido de una forma eficiente o idónea, conforme lo impone la Constitución”²³. E incluso que “el trato a dispensarse [a los consumidores y usuarios] no puede reducirse a un simple esquema de relaciones contractuales o económicas, donde lo que importa es el cumplimiento de obligaciones por lo que estas numéricamente representan”²⁴.

2.2 El estándar de consumidor como consumidor promedio

Como se sabe, los tribunales administrativos nacionales plantean el estándar de “consumidor razonable”. La conocida Res. 001-2001-LIN-CPC/Indecopi señala expresamente que:

“El principal criterio de interpretación que utiliza la Comisión [de Protección al Consumidor] es el del ‘consumidor razonable’. Se trata del estándar utilizado por la Comisión para la solución de cada caso concreto, analizando qué es lo que esperaría un consumidor razonable en la circunstancia controvertida.

Ello, porque toda la normativa de protección al consumidor se encuentra dirigida a proteger a consumidores razonables, es decir, *a aquel consumidor que actúa con una diligencia ordinaria previsible en ciertas circunstancias*.

Este estándar no es el de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso o de uno racional, calculador y frío capaz de analizar cada detalle de las opciones que se le presentan, sino, de una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se puede exigir a cualquier persona que realiza una operación de intercambio en el mercado” (cursivas nuestras).

Asimismo, la legislación vigente sobre la materia²⁵, el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor, Decreto Supremo 006-2009-PCM, señala que esta norma “protege al consumidor que *actúa en el mercado con diligencia ordinaria*, de acuerdo a las circunstancias” (cursivas nuestras). A partir ello, es obvio, que por “consumidor diligente” puede entenderse “consumidor razonable” (y la idea de *homo economicus*) (Vega 2009: 22).

22 STC Exp. 1036-2002-AA/TC, f.j. 2, f.

23 STC Exp. 1006-2002-AA/TC, f.j. 2, f.

24 STC Exp. 1036-2002-AA/TC, f.j. 2, f.

25 Al momento de terminar el presente trabajo, no se había aprobado definitivamente el Código del Consumidor. Por cierto, el proyecto de código aprobado no contiene una noción expresa de consumidor.

A su vez, existe otro estándar, el del “consumidor promedio”. A saber, este ejerce su derecho al consumo “como lo ejercitaría habitualmente un hombre corriente, un hombre promedio, lo que tradicionalmente se ha venido a denominar un buen padre de familia” (Kresalia y Ochoa 2009: 313). Como se puede apreciar sin dificultad, más en un país como el nuestro –con una pésima educación promedio, amplias cuotas de analfabetismo y analfabetismo funcional, millones de personas en situación de pobreza y pobreza extrema–, el consumidor promedio está muy lejos del estándar establecido de “consumidor razonable”.

Así visto, asumir el estándar irreal de “consumidor razonable” como sujeto protegido, en la práctica implica desamparar a la mayoría de ciudadanos, lo que contradice abiertamente a la Constitución. Como se ha señalado acertadamente, más allá de perspectivas ideológicas, en la Norma Fundamental “[l]a regla es: el Estado protege a los consumidores, no el Estado desprotege a los consumidores” (Gutiérrez Camacho 2004: 113).

Con ello, no es difícil entender cuál es el estándar de consumidor que puede desprenderse de la Constitución. En efecto, al consumidor que se protege constitucionalmente es al que existe, tal cual es. La Carta no protege a los consumidores –ni en general a los seres humanos– como quisiéramos que fueran, menos aun con algún afán pedagógico²⁶ para encaminarlos hacia lo que consideramos que deberían de ser (v. gr., consumidores “más razonables”, mediante aprendizaje por *trial and error*) (Bullard 2006: 608)²⁷.

Ahora bien, respecto a esto último, debe tenerse en cuenta que sí es constitucionalmente posible y hasta deseable la formación en valores y virtudes cívico-constitucionales²⁸ (entre los cuales la “responsabilidad en el consumo” no es precisamente el más importante), pero ello demanda la satisfacción de algunas condiciones mínimas y además encuentra otras vías para su optimización, de hecho más ricas y complejas que la simple díada premio-castigo que propone la noción de consumidor diligente²⁹. Además, atendiendo a la imagen multidimensional de la

26 Res. 001-2001-LIN-CPC/Indecopi: “El fundamento de este criterio de interpretación [sobre el “consumidor razonable”] radica en formar consumidores cuidadosos y responsables, que se informen y tomen las precauciones adecuadas antes de hacer una decisión de consumo. Lo contrario llevaría a formar consumidores irresponsables y poco diligentes a los que la Ley protegería aun en situaciones producidas por su propia irresponsabilidad”.

27 Bullard (2006: 608): “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”.

28 Constitución Política del Perú

Artículo 14.- “[...] La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar”.

29 No podremos detenernos aquí en este asunto. Provisionalmente, mencionamos que el constitucionalismo contemporáneo se va tornando posliberal (y no solo pospositivista) y, en tal sentido, para su correcta comprensión cuentan no solo (o por sobre todo) los derechos, sino igualmente las virtudes cívico-constitucionales, las prácticas democráticas y cierta identificación con compromisos básicos o deberes constitucionales. Cfr., preliminarmente, Ovejero (2008: 20); Rubio (2007: 159); Martí (2006: 297); Habermas (1999: 94); Rosales (1997: 135).

persona, el Estado Constitucional no puede imponer un modelo de ser humano –como es el del hombre económico–, y más bien le corresponde permitir y resguardar las propias concepciones y planes de vida³⁰.

En suma, desde una perspectiva constitucional, la noción de consumidor es amplia, debido a que la defensa de estos implica finalmente la defensa de personas –aunque destacando un específico ámbito de existencia e intereses, y atendiendo a que el deber constitucional expresamente señalado para el Estado es de “proteger” a los consumidores–. Atendiendo a ello, y a que la Carta protege a las personas (y consumidores) como son y no como deberían ser, considerando sus múltiples dimensiones, el estándar que mejor calza con la Constitución es el de “consumidor promedio”.

Ahora bien, no obstante esta amplitud, debemos precisar que, a efectos de que valga la pena una defensa especial al consumidor, debemos estar ante un sujeto en verdad débil, con la finalidad de no banalizar la tutela. Por eso, esta protección como “consumidor” no puede extenderse a cualquiera que consume, es decir, a todo “cliente” (que se encuentra resguardado por diversos derechos fundamentales). La Constitución reconoce y resguarda derechos básicos para todas las personas, pero los derechos específicos de los consumidores se refieren a un especial estatus de desprotección frente a empresas proveedoras y prestadoras, y demandan un deber especial de protección por parte del Estado.

II. LOS CONSUMIDORES Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Reconocimiento de derechos fundamentales específicos para los consumidores y usuarios

A partir de una interpretación extensiva de nuestra Constitución, se ha llegado a afirmar que existen derechos fundamentales específicos de los consumidores y usuarios. Al respecto, el artículo 65, que regula el tema, no consagra en realidad derechos, sino deberes estatales a favor de los intereses de los consumidores.

En efecto, el artículo en mención señala lo siguiente:

“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”.

30 Ahora bien, el límite para ello es que se ponga en peligro o contravengan otros bienes constitucionales igualmente valiosos, e incluso valdría la pena analizar si es posible la tutela cuando se ponen en riesgo la propia autonomía y derechos vinculados a necesidades básicas (que, por ejemplo, no permitan elegir un plan de vida).

Ahora bien, de la existencia de deberes no se deriva inmediatamente la existencia de derechos (Aguiló 2007: 671). No obstante, como hemos señalado, teniendo en cuenta la mirada que tiene el constitucionalismo contemporáneo de los consumidores y usuarios, es perfectamente congruente con el deber estatal de protección previsto en la Carta³¹ (Sáenz 2003: 118) que el Tribunal Constitucional haya considerado que existen derechos fundamentales a favor de usuarios y consumidores, utilizando para ello la cláusula de derechos no enumerados³².

Ahora bien, como ocurre con los diversos derechos constitucionales, los derechos de los consumidores implican tanto “un principio rector para la actuación del Estado” como “un derecho personal y subjetivo”³³.

En el primer sentido, para el Alto Tribunal, el artículo 65 de la Carta contiene una “pauta basilar o postulado destinado a orientar y fundamentar la activación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia tiene como horizonte **tuitivo** la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios”; en el segundo sentido, contiene una “facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, reconoce y apoya el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor”³⁴. De esta forma, se admite la existencia de derechos constitucionales específicos para los consumidores y usuarios, oponibles al Estado y a proveedores y prestadores.

Con respecto al alcance de estos derechos, el Tribunal señaló que en el artículo 65 quedaban consagrados expresamente los derechos a la información, y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores; pero que “estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución”³⁵. Por ello, incorporó también como derechos

31 Como anotó anticipadamente Sáenz (2003: 118): “Cuando la Constitución establece la defensa del interés de los consumidores, está ubicándose en una perspectiva de tipo bilateral, es decir, está reconociendo que se trata no solo de un principio sino de un auténtico derecho fundamental. Como lo primero, efectivamente permite orientar el comportamiento del Estado en una determinada dirección o sobre la base de ciertos supuestos de actuación; como lo segundo, otorga a la persona una facultad de invocación a la par que de exigencia”.

32 Desde luego, la existencia de nuevos derechos a partir de esta cláusula no puede realizarse de cualquier forma, para lo cual hemos ofrecido algunas pautas en Sosa (2009: 119-29).

33 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 9.

34 Ello queda señalado en abundante jurisprudencia sobre la materia. Recientemente en STC Exp. 7320-2005-AA, f.j. 22 y STC Exp. 00017-2008-PI/TC, f.j. 21.

35 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 10. “[I]nseros en el texto supra [derechos del artículo 65], albergan implícita o innominadamente una pluralidad de derechos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen la existencia de un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas. La pluralidad anteriormente mencionada tiene su fuente de reconocimiento, fundamentalmente, en el artículo 3 de la Constitución y, residualmente, en el artículo 2, incisos 2 y 13, y en las partes **ab initio** de los artículos 58 y 61 de la Constitución”.

fundamentales a aquellos derechos legales (de la entonces Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo 716) que respondían a los fines de la cláusula de derechos innominados; de esta forma, “los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios”³⁶.

Luego, en similar sentido, pero ya sin aludir a derechos legales, el Colegiado constitucional precisó que el derecho específicamente protegido por la Constitución es “a la protección del interés de los consumidores y usuarios”, y que su contenido “comprende el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado; el derecho a su salud y seguridad relacionados con las situaciones derivadas de su condición; y la defensa de su interés que, entre varias posibilidades, según el caso concreto, puede comprender, en el caso de los servicios públicos, el acceso a un servicio de menor costo y mayor calidad”³⁷. Y luego, como explicaremos más adelante, la lista de derechos se ha ido ampliando y llenándose de contenido.

Entonces, recapitulando lo concerniente a esta parte, vemos que el Tribunal ha considerado que la Constitución consagra tanto un “deber especial de protección”, como mandato principalmente dirigido al Estado, además de un derecho fundamental complejo “a la protección del interés de los consumidores y usuarios”, que permite a los consumidores exigir la tutela de diversas posiciones iusfundamentales a su favor. Respecto a estos derechos reconocidos por el Tribunal nos referiremos en el siguiente apartado.

2. Contenido protegido del derecho a la protección del interés de los consumidores y usuarios

Como hemos explicado en otra ocasión, un derecho significa y vale su contenido (Castillo 2005: 144); asimismo, el contenido protegido de un derecho es básicamente lo que puede interpretarse como incluido en la disposición que lo reconoce³⁸. A efectos de este trabajo, para determinar el contenido del derecho a la protección del interés de los consumidores y usuarios, tendremos en cuenta casos concretos en los que el Tribunal Constitucional ha explicitado –aunque no detalladamente– el contenido protegido del derecho.

36 STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f.j. 32.

37 STC Exp. 0518-2004-AA/TC, f.j. 18.

38 El tema es bastante complejo, aunque lo hayamos formulado de manera excesivamente simple. Hemos desarrollado este asunto en “Contenido constitucionalmente protegido y sustento constitucional directo de los derechos protegidos a través de los procesos constitucionales”. En: *Gaceta Constitucional*, tomo 12. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, pp. 23-5; y “Ausencia de contenido constitucionalmente protegido como causal de improcedencia del proceso de hábeas corpus. Crítica al ‘análisis de tres pasos de evaluación conjunta’ formulado en la STC Exp. 06218-2007-HC/TC”. En: *Gaceta Constitucional*, tomo 15. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 114.

2.1 Derecho a la protección genérica del interés de los consumidores y usuarios

Como señalamos, el artículo 65 de la Carta señala que el Estado “defiende el interés de los consumidores y usuarios”. Esta defensa ha sido considerada por el Tribunal como un derecho constitucional específico, a partir del cual ha desprendido otros más³⁹.

Ahora bien, en un primer momento el Colegiado parecía haber restringido esta tutela a “la protección de los *intereses económicos*”⁴⁰; sin embargo, la jurisprudencia mayoritariamente ha determinado un mandato amplio dirigido al Estado, para tutelar los intereses de los consumidores, en general⁴¹. Incluso esta tutela de los “intereses” tendría un alcance mayor que la defensa de los “derechos” constitucionales de los consumidores (Kresalja y Ochoa 2009: 317), lo cual, desde luego, debería irse delimitando jurisprudencialmente a efectos de evitar excesos.

Haciendo un breve recuento de los diversos mandatos exigibles dirigidos al Estado, encontramos que el legislador tiene los deberes de crear normas protectoras de los consumidores (Gutiérrez 2005b: 907), de crear órganos estatales destinados a preservar los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios (que serían los entes reguladores), y de establecer procedimientos apropiados para que en el seno de estos los usuarios y consumidores puedan solicitar la protección eficaz de sus derechos e intereses⁴². Por su parte, la Administración tiene la misión de defender los intereses y derechos de los consumidores y usuarios, y específicamente a los órganos reguladores se les exige asumir un papel garantista frente a la agresión real o probable por parte de las empresas suministradoras⁴³. Sobra decirlo, el mandato de protección recae también sobre la judicatura, incluyendo la justicia constitucional⁴⁴.

En consecuencia, con lo señalado, se ha incluido además dentro de esta defensa a “la aplicación del principio pro consumidor”, que implica que la creación, interpretación e integración de normas debe realizarse atendiendo a lo más favorable para el consumidor⁴⁵.

39 STC Exp. 0518-2004-AA/TC, f.j. 18.

40 STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f.j. 32; STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 10. Luis Sáenz refiere que el derecho a la protección de los intereses económicos busca “impedir que al momento de celebrar un acuerdo mediante el que se adquiere productos o se obtiene servicios, o incluso durante su propia ejecución, la parte ofertante resulte desproporcionadamente privilegiada, sea por desinformación del propio consumidor, sea por abuso de posiciones manifiestamente dominantes”. *Cfr.* Sáenz (2003: 123). Consúltense además Ovalle (2002: 263-4).

41 Al Estado le corresponde combatir “toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contractuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios”. Véase STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 9.

42 STC Exp. 0858-2003-AA/TC, f.j. 14; STC Exp. 0005-2003-AI/TC, f.j. 11.

43 STC Exp. 0858-2003-AA/TC, f.j. 15; STC Exp. 0005-2003-AI/TC, *loc. cit.* Estos deberes estatales, asimismo, “incluyen la expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales, entre muchos otros factores a tomarse en consideración [...]”; véase STC Exp. 0858-2003-AA/TC, f.j. 13.

44 La propia actividad del Tribunal Constitucional da cuenta de ello: STC Exp. 0858-2003-AA/TC, f.j. 15 y 23.

45 STC Exp. 00018-2003-AI/TC, f.j. 2.

Finalmente, aunque refiriéndose a la intervención estatal en la economía, el Colegiado ha considerado que es posible la intervención subsidiaria “en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios [...] cuando se encuentre fehacientemente acreditado que por inacción o defección de la iniciativa privada, dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población”⁴⁶.

Este aseguramiento de servicios y bienes esenciales, a consideración del Tribunal, no solo corresponde al Estado, pues “la culminación del proceso económico tiene como objetivo la satisfacción de necesidades y el acrecentamiento del bienestar general” y, en consecuencia, “el mercado se instala dentro de ese ‘espacio’, donde el objetivo último no es el simple y libre intercambio de bienes y servicios, sino el aseguramiento de la *calidad de vida* de la población y la transformación de la productividad individual en progreso social para todos”. Incluso el Colegiado ha dado cuenta de algunos “deberes” de empresas que ofrecen servicios al público: “les corresponde el deber constitucional, legal y cívico de adecuar cada una de sus actividades a los designios de una economía social de mercado, *en las cuales su beneficio personal no sea el punto de partida y finalidad de su actividad, sino la inevitable consecuencia de haber brindado un servicio digno, de calidad y a un costo razonable*”⁴⁷ (cursivas nuestras). Al respecto, es claro que bajo esta perspectiva pueden ingresar un sinnúmero de regulaciones e intervenciones posibles, con el ánimo de favorecer a consumidores y usuarios⁴⁸.

2.2 Derecho a exigir tutela estatal y a accionar contra proveedores y prestadores

Tal vez como ámbito integrante del derecho anterior, el Tribunal ha reconocido la “facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses”, lo que equivaldría al “atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor”⁴⁹.

46 Ídem.

47 STC Exp. 0008-2003- AA/TC, f.j. 44.

48 Desde luego que esto puede prestarse a excesos y –atendiendo a los efectos económicos de la intervención– tal vez no ser “favorable” para los consumidores. Recordemos, por poner un ejemplo, que el Tribunal Constitucional se ha referido a los contratos de consumo bancario, no solo proscribiendo la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo (lo que es razonable), sino señalando criterios en torno a las tasas de interés que deberían aplicarse (STC Exp. 1238-2004-AA/TC, f.j. 13) o considerando de relevancia constitucional la problemática de “el riesgo en el uso de las tarjetas de débitos y créditos ante la posible *clonación*”, así como “los excesivos cargos u comisiones que cobran las entidades bancarias por el mantenimiento de una cuenta de ahorros” (STC Exp. 02093-2009-PA/TC, f.j. 4).

49 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 9.

Ahora bien, el derecho a la tutela estatal de los consumidores sería distinto al “derecho a la tutela judicial de los derechos fundamentales”⁵⁰, o un “derecho al Estado” (Alexy 2000: 32)⁵¹, que son mandatos genéricos y aplicables a todos los derechos esenciales. Por su parte, el derecho analizado implicaría principalmente dos cosas: (a) el deber especial de protección estatal frente a prestadores y proveedores, sobre todo a cargo de los órganos reguladores y del Indecopi; y (b) la posibilidad de exigir a los propios prestadores y proveedores el respeto de sus derechos.

A. Tutela administrativa de los consumidores

Es claro que la función de los organismos supervisores (Osinergrmin, Ositran, Sunass) y de la agencia de competencia (Indecopi) no es solo la defensa de los derechos de los consumidores. Para ello es necesario recordar que, como consagra el artículo 58 de la Constitución, el Estado participa de la vida económica nacional conforme al modelo de la economía social de mercado (Häberle 2004: 101-2), y según este –aunque a veces el Tribunal Constitucional considere que estamos en un modelo de intervención máxima– el Estado asegura la libre competencia, sin someter la economía a *laissez faire* del mercado (atendiendo al carácter social del modelo); pero garantizando también que la productividad individual se transforme en progreso social, sin caer en una economía de planificación y dirección central (pues debe promover y proteger la libertad de los agentes económicos)⁵².

Esto implica que la intervención del Estado en la economía debe atender al principio de subsidiariedad y a la función reguladora del Estado (Huapaya 2002: 81-2)⁵³. Respecto a la subsidiariedad

50 STC Exp. 1230-2002-HC/TC, f.j. 4: “Bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjeto-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”.

51 Alexy (2000: 32): “Cuando hay un derecho moral, por tanto, un derecho fundamentado frente a todos, [...] debe haber también un derecho fundamentado frente a todos a la creación de una instancia común para hacer cumplir aquel derecho. De otro modo, el reconocimiento de derechos morales no sería un reconocimiento serio, lo que sería contrario a su carácter fundamental y prioritario. La instancia común que ha de establecerse para el cumplimiento de los derechos humanos es el Estado. Por lo tanto, existe *un derecho humano al Estado*. Con el establecimiento de un Estado como instancia de cumplimiento, los derechos morales que tienen los individuos frente a otros se transforman en derechos del derecho positivo con contenidos iguales. Adicionalmente, surgen los derechos de los individuos a defensa, protección y procedimiento frente al Estado como derechos nuevos”.

52 STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f.j. 16, 49 y 50.

Aunque es claro que en la práctica tal consagración constitucional favoreció que el Estado se replegara y abandonara su rol tutelar, propio del Estado social, instaurándose una economía de mercado neoliberal y de Estado mínimo (Landa 2004: 80, Kresalja 2001: 143). Confesión de parte en Torres (2003: 96): “Al iniciarse el siglo XXI, los países no están en condiciones de establecer su propio modelo económico, sino solo de insertarse en el existente, por eso la nueva Constitución elige el modelo liberal de economía, no porque sea el mejor, sino porque hoy es el único posible. No es una opción ideológica, es una visión práctica”.

53 Huapaya (2002: 81-2): “El proyecto de ley de reforma de la Constitución económica y la regulación económica como técnica de reversión del estatismo”. En similar sentido, Martín (2002: 98). Ambos autores sitúan la actuación económica del Estado, no es vano recordarlo, entre el principio de subsidiariedad y el principio de solidaridad.

dad, a efectos de lo que tratamos aquí, podemos decir que esta significa básicamente que “es función de los particulares y no del Estado crear riqueza” (Gutiérrez 2005a: 832)⁵⁴.

Respecto a la función reguladora, esta refleja la vocación del Estado por arbitrar intereses distintos de los agentes económicos, a veces coincidentes pero en la mayoría de oportunidades, contrapuestos. Así, se trata de una herramienta para facilitar de la competencia –y no sustituto de esta (Martin 2002: 103)–, mediante la cual se busca paliar las imperfecciones del mercado cuando este no las puede solucionar por sí mismo, por insuficiente o incluso por inexistente.

Entonces, cuando el Estado actúa como regulador no puede intervenir imponiendo su condición de poder público para resolver los problemas del mercado, inaudita parte y de manera arbitraria. Por ello, algunos autores consideran a los organismos reguladores como autoridades imparciales⁵⁵, “una suerte de árbitro o juez, que busca la solución más justa y ecuánime que permita el desarrollo de las acciones de los agentes del mercado” (Martin 2002: 104)⁵⁶.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha perdido de vista esta función importante al referirse a la función de los reguladores y la agencia de competencia. Tal vez por ello, salvo en ocasiones excepcionales –y con mero afán referencial–, el Colegiado no ha precisado sus competencias y tareas diferentes⁵⁷. En este sentido, se ha referido casi por igual a la naturaleza, funciones y deberes del Indecopi, el Osinergmin (antes Osinerg), el Osiptel y la Sunass, enfatizando siempre su deber de proteger a los consumidores.

En tal sentido, nos vamos a referir a lo que ha señalado el Tribunal en términos generales. Ha considerado que “los Organismos reguladores y el Indecopi juegan un rol preponderante, tanto en la promoción y defensa de la competencia como en la protección a los consumidores y usuarios”, y que estos “cumplen un deber especial de protección de los derechos fundamentales, lo cual implica exigirles una labor de vigilancia, regulación y sanción de las conductas y prácticas contrarias a la libre competencia y el derecho de los consumidores”⁵⁸.

54 Cfr. Kresalja y Ochoa (2009: 361): “Este es el principio de subsidiariedad del que tanto se habla: los ciudadanos deben por su propio esfuerzo e iniciativa realizar todas las actividades económicas, con los límites claro está que el propio ordenamiento señala. Y solo en caso de que la actividad privada no estuviera presente o que el Mercado no pudiera satisfacer necesidades esenciales, puede autorizársele al Estado mediante ley a intervenir directamente como empresario.”

55 Al respecto, Guzmán (2002: 41).

56 En Martin (2002: 104) se señala incluso que “la regulación es instrumentada por organismo autónomos, neutrales y apolíticos: los organismos reguladores, que pueden ser asimilados a ‘árbitros’ de las actividades que regulan”; ellos “[d]eciden entre los intereses de los productores, los consumidores y el Estado, no para darle la razón a uno de ellos, sino para lograr el equilibrio de ese sistema, aproximación que se obtiene mediante la actuación consensuada o mediadora de los intereses de los agentes económicos de un sistema.”

57 Por ejemplo, se ha referido –sin enfatizar que inciden en mercados distintos (regulados o competitivos), que es lo importante– a las funciones y naturaleza del Indecopi (STC Exp. 1963-2006-PA/TC, f.j. 21), de los reguladores en general (STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f.j. 41), y en particular del Osiptel (STC Exp. 0858-2003-AA/TC, f.j. 15), del Osinerg (STC Exp. 2638-2004-AA/TC, f.j. 4; STC Exp. 036-2002-AA/TC, f.j. 2) y de la Sunass (STC Exp. 2064-2004-AA/TC, f.j. 16).

58 STC Exp. 1963-2006-PA/TC, f.j. 9.

En cuanto a sus deberes concretos vinculados a la tutela de los consumidores, se les confía “adoptar todas las medidas necesarias, oportunas y eficaces para contrarrestar apropiadamente las lesiones o amenazas de violación de los derechos de los consumidores y de los usuarios”⁵⁹, lo que implica no solo la obligación “de dictar todas las medidas reglamentarias adecuadas y necesarias orientadas a protegerlos”, sino también “realizar todas las acciones de control y supervisión sobre los entes prestadores”⁶⁰, esto “mediante acciones *ex ante* –regulaciones previas–, o *ex post* –sanciones ejemplares que disuadan tanto al infractor como a los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano–”⁶¹, admitiéndose dentro de estas últimas el cese de conductas que atenten contra la libre competencia y la protección a los consumidores y usuarios⁶².

En cuanto a qué puede ser objeto de supervisión, el Tribunal ha previsto “el control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica”⁶³. En similar sentido, ha precisado que la Administración se encuentra habilitada para intervenir cuando “los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado”⁶⁴, asimismo, que estos órganos “deben controlar que la prestación del servicio se realice en óptimas condiciones y a un costo razonable”⁶⁵.

Esta vinculación a los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, además, se da “al momento de aplicar las leyes”⁶⁶. Esto tanto al realizar sus funciones administrativas de supervisión y control –por ejemplo, impidiendo el abuso del derecho en la suscripción de contratos, mediante la inclusión de cláusulas desproporcionadas⁶⁷– como dentro de los procedimientos administrativos, en los que se debe respetar escrupulosamente las garantías del debido procedimiento administrativo⁶⁸, lo que implica incluso resolver adecuada y razonablemente⁶⁹.

59 STC Exp. 0858-2003-AA/TC, f.j. 15.

60 STC Exp. 0858-2003-AA/TC, f.j. 15.

61 STC Exp. 0008-2003- AA/TC, f.j. 43.

62 Incluso si en apariencia ello acarrea el incumplimiento de negocios celebrados, pues al ser contrarios al ordenamiento carecerían de protección. Véase STC Exp. 1963-2006-PA/TC, f.j. 22-25.

63 STC Exp. 0008-2003- AA/TC, f.j. 43.

64 STC Exp. 0008-2003- AA/TC, f.j. 42.

65 STC Exp. 0005-2003-AI/TC, f.j. 41.

66 STC Exp. 0858-2003-AA/TC, f.j. 15.

67 STC Exp. 0858-2003-AA/TC, f.j. 15.

68 STC Exp. 2939-2004-AA/TC, f.j. 9.

69 STC Exp. 0858-2003-AA/TC, f.j. 15; STC Exp. 0435-2005-AC/TC, f.j. 3, e.

B. Acciones contra proveedores y prestadores

Además de la sanción administrativa ante un reclamo, con la revisión contencioso-administrativa subsecuente, se ha reconocido como ámbito constitucionalmente protegido la posibilidad de obtener un resarcimiento directo por el daño causado en las relaciones de consumo⁷⁰. Ello implica, qué duda cabe, que el consumidor sea reparado de manera proporcional al daño infringido; es más, que esta reparación signifique una sanción real que desincentive infracciones contra los consumidores⁷¹.

Pero la vía ordinaria no es la única a través de la cual se puede accionar contra prestadores de servicios y proveedores de bienes. En efecto, al estar en juego verdaderos derechos fundamentales, el proceso de amparo se erige como un mecanismo adecuado de tutela. No solo para cuestionar la falta de adecuada protección por parte de la Administración (eficacia vertical de los derechos), sino cuestionando la afectación directa de derechos fundamentales por parte de las prestadoras (eficacia horizontal de estos derechos).

Respecto a la posible tutela de los derechos de los consumidores y usuarios mediante el proceso de amparo⁷², ha precisado el Alto Tribunal que estos bienes “tienen una tutela preferente a nivel constitucional”, por lo que “es el amparo, por excelencia, el mecanismo procesal pertinente para dilucidar la vulneración de derechos constitucionales de naturaleza económica como el descrito”⁷³. Incluso ha levantado el cuestionamiento de que no se trata de una vía pertinente para el análisis probatorio, pues cuando “las pruebas aportadas resultan suficientemente esclarecedoras o la constatación en torno de la presunta vulneración requiere tan solo un juicio de puro derecho o de simple contraste normativo, el amparo no solo resulta la vía idónea para dilucidar la pretensión reclamada sino que constituye el instrumento más adecuado para la tutela de los derechos constitucionales”⁷⁴.

2.3 Derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado

Desde cierta perspectiva, la asimetría de fondo entre consumidor y proveedor es informativa; en tal sentido, la defensa del consumidor se lograría permitiendo un mayor y mejor acceso a información sobre el bien o el servicio por adquirir. No obstante, desde una perspectiva más amplia –que hemos venido explicando y que asume el Tribunal Constitucional⁷⁵–, la asimetría es más

70 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 9 (principio *restitutio in integrum*) y 10; STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f.j. 32.

71 Cfr. Sáenz (2003: 123-4).

72 Como venimos viendo, el Tribunal en diferentes ocasiones ha tutelado derechos e intereses de consumidores y usuarios; no obstante, solo conocemos este único fallo en que se pronuncia sobre su habilitación procesal para realizar tal protección.

73 STC Exp. 3298-2004-AA/TC, f.j. 2.

74 Ídem.

75 STC Exp. 0018-2003-AI/TC, f.j. 2; STC Exp. 0518-2004-AA/TC, f.j. 16 y 17.

bien fáctica: una parte (el proveedor) tiene más poder que la otra (el consumidor), por lo que la defensa del contratante débil involucrará atender a todos aquellos derechos que puedan verse amenazados o vulnerados, y no solo el de información.

Como fuera, lo cierto es que la asimetría informativa existe y la Constitución alude expresamente a ella al señalar que el Estado “garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado”⁷⁶.

Ahora bien, lo protegido por este derecho tiene base en el derecho a la libertad de información (artículo 2, inciso 4 de la Constitución)⁷⁷, teniendo en cuenta que “el acceso a una información veraz no solo es un derecho fundamental del ser humano, sino también un presupuesto esencial de la elección libre”⁷⁸.

Ello implica que la información ofrecida respecto a los bienes y servicios ofrecidos en el mercado implica la obligación de consignar “datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles”⁷⁹; igualmente, se entiende que “toda información deberá respetar aquellos elementos mínimos indispensables para que el derecho sea reconocible como tal y para que el usuario pueda realizar una decisión de consumo adecuada”⁸⁰. En suma, de lo que se trata es de que las personas puedan adoptar una “**decisión informada**”⁸¹, a partir de información accesible⁸² y veraz⁸³.

Sobre los obligados por este derecho, es claro que se encuentra en primer lugar a los proveedores, y más específicamente los anunciantes⁸⁴. En ellos no solo recae el deber de informar bien, sino que queda proscrita la inducción a error, sea porque la información es ocultada o no es adecuada, por la forma en que se presenta la información o incluso por aprovecharse de la ignorancia de los consumidores⁸⁵.

De otra parte, el Estado debe asegurar la certeza y amplia difusión de la información sobre los bienes y servicios; exigencia mayor respecto de relaciones de consumo especialmente sensibles, por ejemplo cuando puede estar en riesgo la salud o la vida⁸⁶. Es más, el Colegiado se ha referido al deber estatal de promover la información, y en ese contexto a “**la educación**” respecto a los consumidores y usuarios⁸⁷.

76 STC Exp. 0518-2004-AA/TC, f.j. 18; STC Exp. 0008-2003-ai 32.

77 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 9.

78 STC Exp. 1776-2004-AA/TC, f.j. 40.

79 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 9.

80 STC Exp. 1776-2004-AA/TC, f.j. 41.

81 STC Exp. 07281-2006-PA/TC, f.j. 10.

82 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 9, e (principio de transparencia).

83 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 9, f (principio de veracidad).

84 STC Exp. 00185-2007-PA/TC, f.j. 3.

85 STC Exp. 1776-2004-AA/TC, f.j. 42; STC Exp. 185-2007-PA/TC, f.j. 3.

86 STC Exp. 02005-2009-PA/TC, f.j. 60-62; STC Exp. 07281-2006-PA/TC, f.j. 10.

87 STC Exp. 1776-2004-AA/TC, f.j. 41.

2.4 Derecho a la salud y seguridad

Al igual que sucede con el acceso a la información, al referirse a los consumidores la Constitución hace mención expresa a la salud y la seguridad, señalando que el Estado vela por ellas.

En el caso de la salud, se trata de un derecho fundamental. La Constitución la reconoce como un “derecho de defensa”, es decir, a que nadie sea afectado o amenazado en ella; como un “derecho de prestación”, lo que involucra sobre todo el compromiso del Estado por optimizarla; y además alude al “deber” de todos de contribuir a su promoción y su defensa⁸⁸. De otra parte, la seguridad también es un bien constitucionalmente protegido. La Constitución en diversos momentos señala restricciones al ejercicio de otros derechos previendo su salvaguarda, pues la considera uno de los deberes primordiales del Estado⁸⁹.

Como es obvio, al utilizarse bienes o servicios debe quedar también garantizada la protección de la salud y seguridad⁹⁰. Respecto al contenido de este derecho de los consumidores, ha señalado que “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”⁹¹.

Ahora bien, es claro que en general el Estado queda vinculado a defender los derechos fundamentales, y en especial a defender los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Solo que, atendiendo a derechos y situaciones emblemáticas, el Tribunal ha aludido a diferentes bienes protegidos, aunque sin perjuicio de otros. En efecto, por ello ha aludido expresamente a derechos fundamentales como la seguridad, la integridad, la salud, la dignidad y la vida, en casos emblemáticos como el de la circulación de omnibuses carrozados sobre chasis de camión (buses-camión)⁹², desafiliación a las aseguradoras de fondos de pensiones⁹³ y el de la distribución del anticonceptivo oral de emergencia (píldora del día siguiente)⁹⁴.

2.5 Derecho a recibir servicios públicos de calidad

En el ámbito nacional, se ha discutido sobre la conveniencia o no para los usuarios de que existan en el mercado “productos basura”⁹⁵. Más allá de ello, el Tribunal Constitucional, a partir de un

88 “Artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

89 Sobre todo el artículo 44, pero también los artículos 2, inciso 12; 58, 59, 70 y 72.

90 STC Exp. 0518-2004-AA/TC, f.j. 18; STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f.j. 32.

91 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 9.

92 STC Exp. 1535-2006-PA/TC, f.j. 82-87 o STC Exp. 7320-2005-PA/TC, f.j. 69-74.

93 STC Exp. 1776-2004-AA/TC, f.j. 44 y ss.; STC Exp. 07281-2006-PA/TC, f.j. 10.

94 STC Exp. 02005-2009-PA/TC, f.j. 60-61.

95 A partir de varios y provocadores textos del profesor Alfredo Bullard, sistematizados ahora en “El derecho a equivocarse. La contratación masiva y la protección del consumidor”. Ob. cit., p. 497 y ss.

criterio material de justicia, ha entendido que, por lo menos en lo que concierne a los servicios públicos, estos deben brindarse atendiendo a estándares mínimos de calidad. En tal sentido, ha señalado que no basta con dar el servicio conforme a ley, sino que la prestación debe realizarse “de forma eficiente o idónea, conforme lo impone la Constitución”⁹⁶.

Respecto al contenido de este derecho, el Colegiado ha explicitado criterios distintos. Ha señalado que en el caso de los servicios públicos, queda comprendido “el acceso a un servicio de menor costo y mayor calidad”⁹⁷, pero también que el usuario “no solo se tiene derecho a recibir servicios esenciales, sino también a que estos sean dispensados en condiciones óptimas o, al menos, favorables”⁹⁸.

A nuestro parecer, el Tribunal Constitucional no ofrece una pauta uniforme sobre el tema porque existen dos supuestos diferentes, que demandan cosas distintas del Estado: (1) cuando se trata de un mercado regulado y (2) en un régimen de competencia. En el caso de un mercado regulado (porque existe un monopolio necesario o porque se trata de un mercado sensible), seguramente la calidad y los costos son empujados hacia un “óptimo” ideal que prescribe la Administración (simulando competencia o para garantizar la regularidad del servicio). En un régimen de competencia, por el contrario, se entiende que la calidad y los precios de los servicios más bien son estimulados por el juego de la oferta y la demanda, por lo que el Estado tendría más bien la función de permitir que el mercado funcione adecuadamente. Así visto, es razonable que en un mercado regulado los usuarios tengan un derecho parecido a “obtener servicios de menor costo y mayor calidad”, mientras que en competencia, a recibir servicios “en condiciones óptimas o, al menos, favorables”.

Además de lo señalado, consideramos que en el caso de los servicios públicos (más aun aquellos esenciales) no se puede ofrecer prestaciones de ínfima calidad o nocivas, es decir, “servicios públicos basura”, aunque se trate de un régimen de libre competencia. Y es que se pervierte la idea de servicio público si lo ofrecido es algo abiertamente contrario a su finalidad social, que es su rasgo definitorio⁹⁹. En efecto, un “servicio público basura” no puede ser considerado servicio público: la afirmación misma es contradictoria.

96 STC Exp. 1006-2002-AA/TC, f.j. 2, f.

97 STC Exp. 0518-2004-AA/TC, f.j. 18.

98 STC Exp. 1006-2002-AA/TC, f.j. 2, e.

99 O a su “naturaleza esencial para la comunidad” (STC Exp. 0034-2004-PI/TC, f.j. 40), a su “utilidad general” (Kresalja y Ochoa 2009: 559), su carácter indispensable para la vida social (Ariño 2001: 484). Ahora bien, es claro que la idea de servicio público se ha transformado radicalmente, no obstante –incluso entendido como “servicio económico de interés general”–, sigue refiriéndose a actividades primordiales o esenciales para la satisfacción de necesidades de la comunidad (Cassagne 1996: 100).

2.6 Derecho a la igualdad de trato y no discriminación

El Tribunal Constitucional se ha referido al “derecho a la igualdad de trato” entre los que corresponden a consumidores y usuarios¹⁰⁰. Así, refiriéndose a un principio que denomina “de isonomía real”, señala que a partir de este “las relaciones comerciales entre los proveedores y los consumidores y usuarios se establezca en función de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales”¹⁰¹.

Al respecto, consideramos necesario recordar que, en general, los particulares no están vinculados al “derecho a la igualdad” de trato, sino al de “no discriminación”¹⁰². El primero se refiere al tratamiento igual en circunstancias análogas y trato diferente ante situaciones distintas¹⁰³, y está dirigido principalmente al Estado; el segundo alude a la prohibición de diferenciar por motivos inaceptables, por tratarse de características ajenas a la voluntad de las personas, o voluntariamente asumidas pero esenciales en su personalidad¹⁰⁴.

De hecho, en general, no se puede exigir a las personas que se traten de igual manera entre sí, no solo porque entre ellas prima la libertad y la autonomía privada, sino porque, al ser de imposible cumplimiento, este terminaría siendo un mandato absurdo. En efecto, por lo general, las personas nos tratamos de modo diferente, incluso por consideraciones subjetivas, y ello no es inconstitucional ni contrario a ningún derecho. Lo que es inconstitucionalmente inaceptable es que tal distinción se base en causas execrables, como, por ejemplo, las señaladas expresamente en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución: “origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica [...]”.

No obstante, en las relaciones de consumo esto debe matizarse, pues *prima facie* la oferta de proveedores y prestadores es hacia todos por igual y, por lo tanto, no podrían realizar distinciones subjetivas sin más¹⁰⁵. Esto es más claro cuando se trata de la prestación de un servicio públi-

100 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 10.

101 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 9, c.

102 Hemos desarrollado esto antes en Sosa (2005: 180).

103 El derecho a la igualdad incluye el derecho a la igualdad en el contenido de ley y el derecho en la aplicación de la ley, además de un mandato de inclusión (igualdad material) que recomienda medidas de discriminación inversa y acciones afirmativas.

104 “[L]as personas a veces son tratadas de manera distinta por características que les son inmanentes e independientes de su voluntad (por su origen, raza, sexo, idioma, condición social, etc.), o también por posiciones asumidas autónomamente, pero que, al ser atributos o manifestaciones esenciales de su personalidad, no son reprochables, sino inclusive son valoradas como derechos fundamentales (credo o religión, opinión, concepción ideológica, filiación política, opción sexual, etc.) [...] [P]or tratarse de características ajenas a la voluntad de las personas, o voluntariamente asumidas pero esenciales en su personalidad, estas distinciones de trato son intolerables, pues en el fondo niegan la condición humana misma”. Cfr. “Discriminación en el consumo por opción sexual. Una perspectiva desde el Derecho Constitucional”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Vol. 13, N° 115, 2008, pp. 30-1.

105 Menos aun teniendo en cuenta la asimetría entre las partes de la relación de consumo, y que el consumo es prácticamente un acto obligatorio para todas las personas.

co y, en general, de bienes y servicios abiertos al público (Bilbao y Rey 2003: 146, Mendoza 2007: 35). En tales casos, es claro que no solo existe un mandato de “no discriminar”, sino incluso uno de “tratar igual a los iguales”; por ello, cualquier distinción de trato debe encontrarse constitucionalmente justificada (es decir, tener sustento constitucional y superar el test de proporcionalidad).

2.7 Derecho a acceder a un mercado competitivo de bienes y servicios

En la jurisprudencia constitucional también se menciona a los derechos al libre acceso al mercado¹⁰⁶ y a la pluralidad de oferta¹⁰⁷ como parte del elenco de derechos a favor de los consumidores y usuarios. A ello, a partir de lo resuelto por el Tribunal y lo previsto en nuestra Constitución económica, lo hemos denominado “derecho a acceder a un mercado competitivo de bienes y servicios”.

A partir de este reconocimiento, entendemos que el Colegiado percibe la importancia que tiene el mercado para la distribución de los recursos, así como el estímulo que la competencia representa sobre los precios y la calidad de los productos, cuando funciona adecuadamente –*ergo*, con regulación y correctivos pertinentes–, lo que repercutiría en gran medida en beneficio de consumidores y usuarios¹⁰⁸.

En efecto, ha señalado expresamente el Colegiado que:

“[L]a economía social de mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos es aquel que propicia la concertación libre entre la oferta y la demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones mínimas para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y precios competitivos para los consumidores y usuarios”¹⁰⁹.

En este sentido, la defensa de los consumidores no significa castigar la competencia (como a veces parece entender el Colegiado constitucional). No solo se trata de asuntos compatibles, sino que, bajo el modelo de economía social de mercado, la adecuada satisfacción del consumo y de los consumidores presupone un régimen de competencia, desde luego, con regulación¹¹⁰.

106 STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f.j. 32; STC Exp. N° 3315-2004-AA/TC, f.j. 10.

107 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 10.

108 STC Exps. 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), f.j. 32, a y c.

109 STC Exp. 10063-2006-PA/TC, f.j. 36.

110 La regulación es inherente a todo mercado. “El mercado exige Estado”, han recordado recientemente Kresalja y Ochoa (2009: 369) y también Font (1987: 43).

Constitucionalmente, corresponde al Estado garantizar “el acceso al mercado en igualdad de condiciones”, lo que implica “reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio o monopólicas a efectos de garantizar no solo la participación de los agentes económicos”, sino, asimismo, “proteger a quienes cierran el círculo económico en calidad de consumidores y usuarios”¹¹¹.

De esta forma, entendemos que la libre competencia no aparece solo como una libertad económica a favor de las empresas¹¹² (ni que la regulación solo tiene como finalidad la eficacia de la competencia), sino que también se trata de una exigencia institucional a favor de los destinatarios de los bienes y servicios. De esta manera, si bien la libre competencia demanda al Estado “mantener y propiciar la existencia de mercados libres, competitivos y transparentes, así como la de adoptar todas las medidas necesarias que impidan su obstrucción o restricción”, asimismo debe tenerse en cuenta que, conforme a la Constitución, “la libre competencia junto con el derecho a la información, promueven de la mejor manera la satisfacción de los intereses de los consumidores y usuarios en el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados de bienes y servicios”¹¹³.

Con lo anotado, es claro que como contraparte de la “libre competencia” entendida como derecho de las empresas, encontramos “al acceso a un mercado competitivo de bienes y servicios” como un ámbito iusfundamental garantizado a favor de consumidores y usuarios.

2.8 Derecho a la asociación para la defensa corporativa de los consumidores y usuarios

La defensa corporativa ha sido reconocida como un derecho específico de los consumidores y usuarios¹¹⁴. Este ámbito, qué duda cabe, encuentra sustento constitucional directo en el derecho a asociarse¹¹⁵ (2.13) y a participar en la vida económica y social del país¹¹⁶ (2.17).

Al respecto, es sabido que los consumidores aislados hacen sentir su poder a través del consumo, premiando o castigando a las empresas con sus preferencias. No obstante, esta incidencia puede ser inocua, poco contundente e inorgánica, por lo que sería deseable que los intereses de los consumidores puedan ser explicitados y defendidos por ellos mismos, de manera organizada, erigiéndose como un verdadero contrapoder para los proveedores y prestadores.

111 STC Exp. 03116-2009-PA/TC, f.j. 12.

112 Que es la forma convencional de entenderla: STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f.j. 33.

113 STC Exp. 03116-2009-PA/TC, f.j. 13.

114 STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f.j. 32; STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 10.

115 Constitución Política del Perú

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...] 14. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa [...]”.

116 Constitución Política del Perú

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...] 17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación [...]”.

De esta forma, el Tribunal ha señalado que la tutela de los consumidores reposa también en el “principio pro asociativo” que “plantea que se facilite la creación y actuación de asociaciones de consumidores o usuarios, a efectos de que estos puedan defender corporativamente sus intereses”¹¹⁷.

3. Principio interpretativo pro consumidor

Además de los derechos de raigambre constitucional, el Colegiado ha señalado la presencia de una pauta interpretativa a favor de los consumidores.

Como se ha explicado, el principio pro consumidor significa “que en las relaciones de consumo y las dudas o conflictos que se generen en el marco de ellas, deberá estarse a lo más favorable al consumidor. Así toda creación, interpretación e integración legal en nuestro ordenamiento deberá hacerse en sintonía con este principio” (Gutiérrez 2005b: 907-8).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha distinguido entre los principios “pro consumidor” e “*in dubio* pro consumidor”. Respecto al primero, ha señalado que este “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”¹¹⁸; en otras palabras, acarrea que el Estado tome medidas especiales para favorecer los derechos e intereses de los consumidores, por tratarse de sujetos débiles. Esto, no obstante, parece más bien tratarse de la categoría “interés superior”¹¹⁹, que consideramos exagerado extender a los consumidores, en la medida en que para su adecuada tutela bastaría con reconocer el deber especial del Estado frente a situaciones de desequilibrio fáctico, como sucede con los administrados y contribuyentes frente al Estado, con el trabajador frente al empleador, con las personas en situación especial de sujeción (militares, reos, internados), con los reos frente al poder punitivo del Estado, etc.

Así, por ejemplo, en estos casos se formulan interpretaciones “a favor”, como ocurre con los principios interpretativos *pro reo*, *pro contribuendi*, *pro operario*, etc. Se trata, en general, de aplicar un principio *favor debilis*¹²⁰ para compensar el desequilibrio existente y evitar posibles abusos.

117 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 9, h.

118 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 9, a.

119 Como es el caso del interés superior del niño, que se refiere a la “consideración primordial” “que deben tener los jueces y autoridades administrativas cada vez que se encuentre en discusión el ejercicio de determinados derechos del niño [...] se desprende que tales funcionarios estatales deben estar dotados de una especial sensibilidad a la hora de resolver los problemas en que pudieran encontrarse envueltos; bien se trate de aspectos que pudieran calificarse de sustantivos, bien de asuntos que pudieran caracterizarse como procesales”. STC exp. 0052-2004-AA/TC, f.j. 8.

120 Cfr. Galdós (1997: 111).

Al igual que en estos casos, el principio “pro consumidor” debería ser entendido como un criterio de interpretación, de manera cercana al contenido que el Tribunal dio al que denomina “principio *in dubio* pro consumidor”, el que acarrearía 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”¹²¹.

Por nuestra parte, consideramos que la interpretación a favor del consumidor no se da solo ante “dudas insalvables”. Más bien, implica que al escogerse las normas por aplicar, al interpretarse diversas normas o cláusulas, al valorarse y solicitarse pruebas, al interpretarse disposiciones restrictivas de derechos e intereses, al integrarse normas en caso de vacío, al resolverse en caso de duda, la interpretación y aplicación del Derecho siempre deberá favorecer a los consumidores y usuarios.

III. CASUÍSTICA

Si bien existe copiosa jurisprudencia en la que el Tribunal Constitucional desarrolla instituciones vinculadas al consumo y al derecho de los consumidores, lo cierto es que los casos de fondo no siempre han sido muy interesantes. Los jueces constitucionales se han servido más bien de casos simples o de temas conexos para tratar estos temas.

Ahora bien, entre los casos existentes, consideramos que son dos los que, por su complejidad y lo discutido en su interior, nos permiten desarrollar y aplicar mejor lo señalado hasta el momento. Estos son los casos Santos Távora Ceferino y Eyler Torres del Águila.

1. Caso Santos Távora Ceferino, STC Exp. 6534-2006-PA/TC

Esta resolución fue conocida porque aplicó la jurisprudencia anterior que reconocía y daba contenido al “derecho fundamental al agua potable” (STC Exp. 6546-2006-PA/TC y STC Exp. 2064-2004-AA/TC). Fuera de ello, en lo que concierne al tema que tratamos, en este caso la demandante cuestionó que Sedapal le haya cortado el suministro de agua pese a encontrarse al día en sus pagos.

Ahora bien, el corte no se produjo aludiendo una supuesta falta de pago de la demandante, sino como consecuencia del incumplimiento de una cláusula del “Contrato privado de servicio de facturación individualizada”, a través del cual se particularizó la facturación del suministro de agua potable del edificio en que vive, lo que habría sido negociado por la junta de propietarios. La cláusula novena de este contrato señalaba que: “Sedapal está facultada a rescindir el

121 STC Exp. 3315-2004-AA/TC, f.j. 9, g.

presente contrato y suspender el servicio de facturación individualizada, si el 25% del total de clientes del predio alcanza una morosidad mayor de dos meses (02) de deuda”. Debido a que más de la mitad de los usuarios incurrieron en morosidad y la junta aún mantenía una deuda con Sedapal, esta procedió a cortar el suministro de agua incluso a los usuarios que, individualmente considerados, se encontraban al día en sus pagos.

La cuestión de fondo, claro está, era si resultaba constitucional este tipo de cláusulas respecto de servicios públicos y, en especial, respecto del servicio de suministro de agua potable.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en numerosas ocasiones que si bien la libertad de contratación es un derecho fundamental, ello no significa que sean válidos aquellos acuerdos celebrados transgrediendo derechos fundamentales. Pero en este caso va más allá: no solo considera inválidas las cláusulas contrarias a derechos fundamentales, sino aquellas que sean “irrazonables”, según indica, contrarias al “sentido común” o a “sentidos básicos de justicia”:

“Una cláusula contractual *manifiestamente irrazonable y fuera del sentido común* resulta incompatible con la propia libertad de contrato. La libertad de contrato garantiza la libre determinación del objeto y las condiciones de la prestación de un servicio, sin embargo, no la de *cláusulas irrazonables* que terminen anulando un *sentido mínimo de justicia* y el *sentido común*. Lo contrario significaría desnaturalizar la finalidad misma del contrato, en cuanto instituto, y dar la apariencia de acuerdo autónomo de las partes a condiciones manifiestamente contrarias u onerosas a los intereses de alguna de ellas. Tal no es el sentido de la libertad de contrato, constitucionalmente entendida. La libertad de contrato constituye un derecho fundamental y su ejercicio legítimo, en el marco de los principios y derechos fundamentales, requiere su compatibilidad con estos, lo cual no supone una restricción del legítimo ámbito de este derecho, sino su exacto encuadramiento en ese marco” (f.j. 3, cursivas nuestras).

Con ello, el Tribunal consideraría que la justicia en los términos de un contrato no necesariamente la deciden las partes, sino que esta podría ser determinada de manera objetiva y, en última instancia, judicialmente.

Al respecto, la doctrina nacional se encuentra dividida entre quienes consideran que no debe prohibirse la existencia de cláusulas supuestamente injustas o abusivas (porque su proscripción termina afectando a los contratantes débiles) y quienes consideran que existe un orden público que excluye la existencia de ciertas cláusulas desproporcionadas o abusivas (por lo que deviene en nula su incorporación en los contratos).

En el caso planteado, por ejemplo, quienes consideran que las partes deben ser completamente libres para contratar, al margen de “justicias” o “equilibrios”, preguntarían: si Sedapal no aseguraba contractualmente que la mayoría de usuarios del edificio pagarán sus recibos, atendiendo a que ya se le debía, ¿hubiera aceptado la individualización de la facturación? ¿No es cierto que esta cláusula, aparentemente “irrazonable”, finalmente otorgó un beneficio básico los clientes?

¿No es verdad que si se inaplica la cláusula, Sedapal en adelante preferirá no individualizar la facturación, pues se le hará muy difícil, si no imposible, el cobro?

Desde la otra orilla, se sostendría –como en parte hace el Colegiado constitucional– que uno de los contratantes no puede aprovecharse de su posición de dominio frente al otro, porque eso distorsiona la formación de la voluntad contractual y, en este sentido, no podría considerarse “contrato” a acuerdos irrazonables como el suscrito con Sedapal. Es más, se trataría de un límite intrínseco del derecho fundamental a la libertad de contratación. Como explicó el Tribunal en este caso: “La libertad de contrato constituye un derecho fundamental, sin embargo, como todo derecho, tal libertad encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Desde tal perspectiva, resulta un argumento insustentable que lo estipulado en un contrato sea absoluto, bajo la sola condición de que haya sido convenido por las partes. Por el contrario, resulta imperativo que sus estipulaciones sean compatibles con el orden público, el cual, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, tiene su contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales” (f.j. 6).

Sobre la base de esto último, el Tribunal consideró que la tarea era evaluar si se produjo una “irrazonable autorrestricción” de determinados derechos constitucionales” al aceptarse la referida cláusula. Esto fue acreditado al constatar que se afectaron los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud y al agua potable de la demandante, por lo que finalmente declaró inaplicable la referida cláusula y ordenó a Sedapal que le restituya el servicio.

Ahora bien, respecto a esta forma de resolver debemos realizar algunas precisiones. En general, es claro que las partes de un contrato tienden a negociar y convenir atendiendo a sus intereses, y por ello no existe una especie de “justicia objetiva” que la Constitución imponga a las partes. Precisamente, atendiendo a la dignidad de la persona y su autonomía, esta debe ser respetada en aquello que ha convenido libremente, a pesar de que ante ojos ajenos ello pueda parecer injusto, e incluso aunque se trate de un acuerdo que restrinja derechos fundamentales¹²². Ahora bien, lo que sí debe ser objeto de atención especial son aquellos acuerdos en los que no existe autonomía o esta se ve muy disminuida. En efecto, si un contrato es suscrito en una situación de heteronomía (y, por ende, hay una parte débil), es constitucionalmente necesario analizar si en verdad se ha ejercido el derecho fundamental de contratación o si, en todo caso, bajo la apariencia de un contrato, en realidad se esconde el abuso de una de las partes. Esta perspectiva es de la máxima importancia al analizar contratos de consumo o de servicios, más aun cuando se trata de la satisfacción de necesidades básicas, pues por lo general en estos casos el consumidor no tiene más opción que contratar, bajo cláusulas que además no puede negociar.

122 Nos hemos referido con mayor extensión a la posibilidad de disponer de derechos fundamentales propios en Sosa Sacio, Juan Manuel. “Sobre el carácter ‘indisponible’ de los derechos fundamentales”. En: *Gaceta Constitucional*, tomo 9. Lima: Gaceta Jurídica, septiembre del 2008, pp. 508-9.

En tal sentido, en el caso que analizamos, no basta con que se considere que estamos ante un contrato en apariencia “irrazonable”, “injusto” o contrario a derechos fundamentales, sino que es imprescindible comprobar si este fue suscrito sin autonomía contractual. Al respecto, es claro que el contrato fue suscrito por la necesidad de contar con un recurso indispensable para la salud y la vida, como es el agua potable, y que este se realizó con una empresa que detenta el monopolio de este suministro. Ello, qué duda cabe, implica que el margen de acción con que contaba la demandante para decidir si pactaba o no la referida cláusula era prácticamente nulo y, en tal sentido, no existía autonomía.

Con ello, debe tenerse en cuenta además que Sedapal es una empresa pública, y que –como vimos antes– el Estado es el primer responsable de atender los derechos de la población y de asegurar la prestación de los servicios públicos. Por ello, pierden peso los argumentos orientados a defender la racionalidad económica de la mencionada cláusula abusiva, pues las actividades del Estado –sin caer en bancarrota, desde luego– no están orientadas a la maximización de utilidades, sino al bienestar público y de los ciudadanos.

Por lo anotado, aunque con matices en la fundamentación, consideramos constitucionalmente correcto lo resuelto por el Tribunal, que permitió a la demandante desvincularse de las cláusulas cuestionadas, y resolvió su inaplicación y la reposición del servicio.

2. Caso Eyler Torres del Águila, STC Exp. 0858-2003-AA/TC

Este caso es más complejo que el anterior. Aquí la afectada es una usuaria del servicio de telefonía celular, en cuyo contrato celebrado con Telefónica Móviles figuraba el pago de un “cargo fijo” (monto por pagarse aunque no se use el servicio) que se le quería cobrar a pesar de que ella nunca pudo utilizar el teléfono, pues se lo entregaron malogrado. Tras el reclamo de la usuaria, el Osiptel consideró que la respuesta que dio Telefónica Móviles, de reducir 30 dólares de la deuda de 97,97 dólares generada como cargo fijo, no generaba agravio a la usuaria.

Acá, como puede apreciarse, el asunto esencial es si resulta constitucionalmente aceptable que se cobre un monto como cargo fijo por un servicio que jamás fue prestado –por culpa exclusiva de la empresa prestadora– al amparo del contrato suscrito por la usuaria.

El Colegiado constitucional, al analizar el caso, determinó que Telefónica Móviles sí afectó a la consumidora al exigirle pagar por un servicio que jamás le fue brindado. Explicó que no existe ningún deber de sufragar los costos del servicio “si el sujeto con quien se contrató la prestación de un servicio público, por causas enteramente imputables a él, no lo brinda. Por el contrario, es un principio general del derecho que, en tales supuestos, se reconozca en el usuario, burlado en sus expectativas de acceder y usar un determinado servicio público, el derecho de ser indemnizado por los agravios que pudiera habersele ocasionado” (f.j. 4). Empero lo señalado, el Tribunal señala que estas consideraciones son propias de la vía ordinaria.

Más bien, de acuerdo con la sentencia, lo que da relevancia constitucional al caso es que Osiptel incumplió su “deber especial de protección de los derechos fundamentales”, que es un mandato dirigido al Estado, establecido en la Constitución (artículos 1 y 44); esta falta de tutela adecuada por parte del organismo regulador habría terminado afectando los derechos constitucionales de la demandante como consumidora y usuaria (artículo 65).

Ahora bien, este “deber de protección de los derechos fundamentales” no se refiere tan solo al deber estatal de no afectar derechos constitucionales o al deber de promover su vigencia y optimización (eficacia vertical de los derechos), sino que alude a la defensa de los derechos frente a agresiones o amenazas de terceros, sujetos distintos al propio Estado¹²³. Así visto, el Estado tiene el deber de proteger los derechos constitucionales frente a otros particulares, frente a otros Estados, e incluso frente a uno mismo, como explicaremos más adelante.

Como bien ha indicado el Tribunal Constitucional al respecto:

“[L]a constitucionalización del ‘deber especial de protección’ comporta una *exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger*, por diversas vías, *los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de otros Estados*. Se trata de una función que cabe exigir que asuma el Estado, a través de sus órganos, cuando los derechos y libertades fundamentales pudieran resultar lesionados en aquellas zonas del ordenamiento en las que las relaciones jurídicas se entablan entre sujetos que tradicionalmente no son los destinatarios normales de esos derechos fundamentales” (f.j. 7, cursivas nuestras).

De esta forma, al formar parte del Estado, el Osiptel se encuentra especialmente vinculado a no permitir que en las relaciones de consumo de servicios de telecomunicaciones se afecten derechos fundamentales. De modo más preciso, el Tribunal consideró que este deber especial de protección en manos del Osiptel “involucra la exigencia de un papel garantista de los intereses y derechos de los consumidores y usuarios de los servicios de telefonía frente a las amenazas o violaciones de los derechos fundamentales que pudieran provenir de los agentes económicos que prestan dicho servicio público. [E]ste debe y tiene que adoptar todas las medidas necesarias, oportunas y eficaces para contrarrestar apropiadamente las lesiones o amenazas de violación de los derechos de los consumidores y de los usuarios” (f.j. 15).

En sentido complementario, consideró que “no se puede sostener que Osiptel cumpla ese deber especial de protección cuando se adoptan decisiones que manifiestamente repelen un mínimo sentido de justicia material o, en otros términos, cuando tales decisiones aparezcan como manifiestamente irrazonables”. Y en este incumplimiento habría incurrido el organismo supervisor

123 Hesse, Konrad. “Significado de los derechos fundamentales”. En: AA. VV. *Manual del Derecho Constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública – Marcial Pons, 1996, pp. 104-5.

al convalidar la existencia de una deuda que, “aunque reducida, jamás se debió aceptar, precisamente por no haberse hecho efectivo servicio público alguno” (f.j. 15).

Pero esto no es todo. Además de ello, el Tribunal analizó la validez de los acuerdos que, pese a haberse realizado en ejercicio de la libertad de contratación, afectan derechos fundamentales; y, más específicamente, se pronunció sobre si corresponde al Estado proteger a las personas frente a su propio actuar cuando se encuentran en situaciones de desequilibrio fáctico (como ocurre dentro de las relaciones de consumo).

Al respecto, el Colegiado explicó que en los “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”. En este sentido, a decir del Tribunal, es falso considerar 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” (f.j. 21). En otras palabras, descarta que entre individuos comunes y poderes sociales o económicos exista una verdadera autonomía.

Ante ello, según considera el Tribunal, corresponde defender los derechos fundamentales que puedan verse afectados en estas relaciones asimétricas. Esto especialmente en aquellos casos en los que “una de las partes ha aceptado ciertos términos contractuales que, de no haber mediado la necesidad de obtener un bien o la prestación de un servicio [...] no habría aceptado, por constituir notoriamente una irrazonable autorrestricción del ejercicio de sus derechos fundamentales” (f.j. 23). En tales circunstancias, “es patente la existencia de una heteronomía, esto es, una pérdida efectiva de autonomía privada por una de las partes” y, ante ello, “los derechos fundamentales [...] pueden y deben servir de fundamento *para defenderse contra las consecuencias del propio hacer*, es decir, que pueden lícitamente invocarse en la *protección frente a sí mismos*” (f.j. 23, cursivas nuestras).

A partir de lo último señalado, aparece nuevamente la idea de deber especial de protección, pero ya no frente a terceros sino frente a uno mismo, al contratar en contra de sus derechos en una situación de asimetría. Se trata de “*una labor garantista [...] frente a las restricciones de los derechos y libertades fundamentales aceptadas voluntariamente por la parte contratante más débil*, es decir, en aquellos casos en los que los presupuestos funcionales de la autonomía privada no están suficientemente garantizados” (f.j. 23, cursivas nuestras).

Con ello, la sentencia finalmente consideró inconstitucional que se aplique la cláusula de contratación que establecía el pago de un “cargo fijo”, pese a que Telefónica Móviles no prestó el servicio por su propia culpa, transgrediendo así la dimensión negativa de la libertad contractual de la demandante (pues se le impedía desvincularse de un contrato irrito). Ya en el fallo, la sen-

tencia resolvió que el Osiptel “afectó el derecho constitucional de la recurrente a una protección especial en su condición de consumidora y usuaria del servicio público de telefonía”; mientras que Telefónica Móviles “incurrió en el supuesto del abuso del derecho que el artículo 103 de la Constitución no ampara”, declarando por ello nula la decisión del Osiptel, que desprotegió a la usuaria, e improcedente todo cobro que Telefónica Móviles pretenda realizar respecto de un servicio que jamás prestó. Además, ordenó que las dos demandadas paguen solidariamente las costas del juicio, e incluso una indemnización equivalente a 3 unidades impositivas tributarias.

Por nuestra parte, consideramos que el Tribunal no ha fundamentado bien el caso, no obstante que estamos de acuerdo con el resultado final. Es cierto que ha explicado correctamente el “deber especial de protección” que recae sobre el Estado, como hemos visto al desarrollar las obligaciones que recaen en los organismos reguladores. Asimismo, que finalmente tuteló bien a la usuaria. Pero hay varias cosas por agregar y criticar.

Por ejemplo, debemos preguntarnos si existe algo como un “derecho fundamental a una protección especial”, como señaló el Tribunal en su parte resolutive. Bien visto, la protección especial es un deber del Estado vinculado a cada derecho fundamental que puede ser agredido por un tercero, y no un derecho especial. Los efectos de esta distinción no son solo teóricos, como puede apreciarse al notar que este “deber especial” tiene una importancia mayor en aquellos países (como Alemania, donde nace esta noción) en los que no se ha reconocido con absoluta claridad la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*), por lo que se acude a la ficción de la “asunción judicial”, que implica la posibilidad de acudir al recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*), pero no demandando directamente a un particular que afectó derechos fundamentales, sino alegando que el Estado, a través de sus vías judiciales ordinarias, no defendió adecuadamente los derechos de las personas frente a agresiones de particulares. Mediante el amparo, entonces, se cuestiona la actuación del Estado y no de los particulares, pues en teoría estos no podrían agredir directamente derechos fundamentales¹²⁴.

Esta forma de fallar ha traído problemas al resolver el caso analizado; por ejemplo, el Tribunal Constitucional resolvió que el Osiptel fue el que finalmente afectó los derechos de la demandante como consumidora, pero que Telefónica Móviles tan solo incurrió en un “abuso de derecho”. Este resultado –como si estuviéramos en Alemania– implica no aceptar que Telefónica Móviles agredió

¹²⁴ Sucede que, desde una concepción tradicional, los derechos fundamentales se conciben solo como derechos frente al Estado y no frente a particulares. En este sentido, se alude a una eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales entre privados (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*), a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, en que se admite sin problemas la eficacia directa o inmediata. A efectos de superar esta concepción bastante arraigada en Alemania, su Tribunal Constitucional Federal acudió a la referida doctrina de la “asunción judicial”, que le ha permitido imputar al órgano judicial la lesión iusfundamental que en realidad ha tenido lugar entre particulares (recordemos que su recurso de amparo, *Verfassungsbeschwerde* –equivalente a nuestro proceso de amparo– es interpuesto contra jueces ordinarios). Con esta ficción, el Tribunal alemán puede concentrarse en verificar si existió o no una lesión iusfundamental, imputándole esta a la judicatura, sin necesidad de detenerse a diferenciar si la eficacia de los derechos existente entre los particulares es directa o indirecta. Se trata de una salida pragmática para una limitación teórica.

directamente los derechos de la usuaria, cuando queda claro –como hemos señalado en el acápite anterior– que los prestadores privados también están vinculados a los derechos fundamentales. Es más, bien visto, no corresponde al proceso de amparo determinar si ha existido “abuso del Derecho” y menos aun imponer una indemnización por ello. Se trata de un grueso error, como consecuencia de no medir los efectos de adoptar sin más una institución foránea.

De otra parte, respecto a “la protección de la persona frente a sus propios actos”, como hemos señalado al explicar el caso anterior, no consideramos que todo negocio jurídico celebrado contraviniendo los derechos constitucionales deba ser considerado nulo, si las partes no lo reclaman así y si no se está ante una pérdida de autonomía privada. Es más, apreciado correctamente, en casos en los que existe un contrato libremente pactado y se restringe derechos fundamentales, no corresponde determinar su inmediata nulidad sino ponderar entre los derechos en juego: la autonomía privada, por un lado, y los otros derechos fundamentales restringidos, por otro¹²⁵.

Distinto es cuando existe una situación de heteronomía. En ese caso valdría la pena tutelar especialmente al sujeto débil a pesar de que exista un documento que contenga un negocio jurídico, pues no se habría ejercido plena o realmente el derecho fundamental a la autonomía privada. Además, si hay derechos fundamentales en juego, el caso debe mirarse con mayor recelo.

A esto se ha referido la doctrina (también alemana) sobre “la protección de la persona ante sí misma” (*der Schutz des Menschen vor sich selbst*) o del “deber especial de protección de los derechos fundamentales contra el propio actuar” (*Grundrechtsschutz gegen sich selbst*). Esta alude a los contratos en los que existe preponderancia de una de las partes, con suficiente poder para estipular las cláusulas de modo unilateral, asumiéndose entonces que el particular no se encuentra en capacidad de velar de manera autorresponsable por la defensa de sus derechos fundamentales, porque su libertad contractual está gravemente afectada o porque los presupuestos funcionales de la autonomía privada no se encuentran garantizados¹²⁶.

Al respecto, podríamos preguntarnos si todos los contratos entre un usuario y un proveedor presuponen la pérdida de autonomía y si pueden ser llevados al amparo. El tribunal germano ha considerado que puede conocer el contenido de los contratos y examinarlos directamente a la luz de los derechos fundamentales, pero teniendo en cuenta dos presupuestos para la tutela iusfundamental de la autonomía privada: (1) examinar si lo estipulado grava exageradamente a una de las partes respecto de la otra y (2) si la cláusula denunciada se origina como consecuencia de una desigualdad estructural fáctica¹²⁷. Nosotros a ello agregaríamos que además

125 Sobre los fundamentos de esto, remitimos al lector a lo que señalamos en Sosa Sacio, Juan Manuel. “Sobre el carácter ‘indisponible’ de los derechos...”. Ob. cit., pp. 512-6.

126 Julio Estrada, Alexei. “Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. En: AA. VV. *Teoría Constitucional y derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002, pp. 234-5.

127 *Ibid.*, pp. 235-6.

debe tenerse en cuenta la situación de poder real en que se encuentra la prestadora frente al particular; así, por ejemplo, si esta brinda un servicio público o bien esencial, o si se encuentra en una posición de monopolio o dominio en el mercado¹²⁸.

Con lo último acotado, retornando al caso, tenemos que en materia de telefonía celular existe un mercado con varios operadores en competencia, asimismo, que no se trata de un bien de necesidad vital, a diferencia de lo ocurrido en el caso anterior (en que la prestadora constituye un monopolio y se trata de un bien vital como el agua potable). En tal sentido, la pérdida de autonomía, si bien existe, no es de intensidad grave.

Ahora bien, al ser menor la intensidad, de todas formas corresponde analizar si existe la afectación de una de las partes contractuales y si esto es consecuencia del dominio estructural de una de ellas. Este análisis es importante pues –como señalamos en el acápite anterior– la defensa constitucional del consumidor o usuario no se produce solo por tener la condición de “cliente”, sino que debe existir una asimetría estructural entre las partes. De esta forma, únicamente si la parte con poder en la relación de consumo se ha aprovechado de su posición, vulnerando a la parte débil, estaremos ante una afectación del derecho constitucional de los consumidores.

En este caso, consideramos que sí existe afectación, pues estamos ante un contrato de cláusulas predispuestas, que no podía discutir la demandante, lo que evidencia la diferencia estructural de ambas partes. Asimismo, es claro que la cláusula cuestionada agravia irrazonablemente a la usuaria, llegando al extremo de obligarla a pagar por un servicio no prestado por propia culpa de la empresa. De esta forma, se evidencia no solo la diferencia estructural entre los contratantes, sino el abuso de esta asimetría. Como en el caso anterior, coincidimos con el Tribunal en que debía inaplicarse esta cláusula, aunque tomando en cuenta consideraciones distintas.

Finalmente, corresponde precisar que los derechos constitucionales afectados específicamente son “a recibir servicios públicos de calidad” y “a la acción directa contra proveedores y prestadores”, conforme al contenido que hemos descrito en el apartado anterior, y no el “deber especial de protección” o el “abuso del Derecho” (como decidió el Tribunal), que no son derechos fundamentales.

128 Con matices, cfr. Bilbao y Rey (2003: 138); Cifuentes Muñoz, Eduardo. “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”. En: *Revista Jurídica del Perú*, 13. Normas legales. Trujillo: octubre-diciembre de 1997, pp. 153 y ss; De Verda y Beamonte, José Ramón. “El respeto a los derechos fundamentales como límite de la autonomía privada” En: *Actualidad Jurídica*, tomo 93. Gaceta Jurídica, agosto del 2001, *in fine*.

RECuento Y Conclusiones

Hemos explicado que al ser el consumo una actividad extendida y necesaria en la vida cotidiana para la satisfacción de necesidades varias, y al ser los consumidores y usuarios sujetos débiles de las relaciones de consumo, han merecido protección constitucional.

La Constitución no formula directamente una noción de consumidor; no obstante, a partir de una interpretación constitucional integral, así como la jurisprudencia existente, puede afirmarse que no se trata solo de un eslabón más –el último– de la cadena productiva, sino que se le reconoce por ser el eslabón más débil, ya que el constitucionalismo es una herramienta para el control del poder (incluyendo el privado) que incluye en los derechos fundamentales garantías para todos, pero en especial para los sectores minoritarios y débiles (ley del más débil).

Asimismo, explicamos que el estándar de “consumidor razonable” (y la noción reduccionista de “hombre económico”) no se adapta a la imagen constitucional de ser humano, por lo que en términos constitucionales el consumidor tutelado es más bien un “consumidor promedio”, teniendo en cuenta que la Constitución finalmente garantiza la defensa de personas como son –y no como quisiéramos que fueran– considerando sus múltiples dimensiones.

Seguidamente, nos referimos a los derechos constitucionales que corresponden específicamente a los consumidores y usuarios, atendiendo a este estatus. Explicamos que la Constitución en realidad solo alude expresamente a deberes del Estado a favor de consumidores, pero que a partir de ello y de la cláusula constitucional de derechos no enumerados, puede reconocerse la tutela de intereses y derechos específicos, con relevancia iusfundamental.

Tras ello, señalamos qué ámbitos el Tribunal Constitucional considera garantizados por la Carta, refiriéndonos entonces a los derechos a la protección genérica del interés de los consumidores y usuarios, a exigir tutela estatal y a accionar contra proveedores y prestadores, a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, a la salud y seguridad, a recibir servicios públicos de calidad, a la igualdad de trato y no discriminación, a acceder a un mercado competitivo de bienes y servicios, y a la asociación para la defensa corporativa de los consumidores y usuarios. Finalmente, nos referimos brevemente al principio pro consumidor, precisando sus alcances.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, Josep

2007 “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, p. 671.

ALEXY, Robert

2000 “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”. En: *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 5, N° 8, p. 32.

ALPA, Guido

2004 *Derecho del consumidor*. Lima: Gaceta Jurídica.

AMAYA AYALA, Raúl

2004 “El sujeto llamado consumidor. Entre el *homo oeconomicus* y el *homo sociologicus*”. En: *Actualidad Jurídica*, tomo 124, Lima: Gaceta Jurídica.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar

2001 *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Fundación de Estudios de Regulación, p. 484.

BILBAO UBILLOS, Juan María y Fernando REY MARTÍNEZ

2003 “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española”. En: CARBONELL, Miguel (Comp.). *El principio de igualdad constitucional*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, p. 146.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo

2006 “El derecho a equivocarse. La contratación masiva y la protección del consumidor”. En: *Derecho y Economía*. 2ª ed. Lima: Palestra.

CASSAGNE, Juan Carlos

1996 “El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción)”. En: *Revista de Administración Pública*, 140, p. 100 y ss.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

2005 “Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales”. En: *Actualidad Jurídica*, tomo 139. Lima: Gaceta Jurídica, p. 144 y ss.

DURAND CARRIÓN, Julio

2008 “El consumidor razonable o diligente, el mito que puede crear un cisma entre los peruanos”. En: *Derecho y sociedad*, Año XIX, N° 31, p. 327 y ss.

DWORKIN, Ronald

1989 *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

FERRAJOLI, Luigi

2008 “La esfera de lo indecible y la separación de poderes”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*, N° 2, Vol. XXVI, p. 120-5.

2004 *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4ª ed. Madrid: Trotta.

FONT GALÁN, Juan Ignacio

1987 *Constitución económica y Derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos.

GALDÓS, Jorge Mario

1997 “El principio *favor debilis* en materia contractual. Algunas aproximaciones en el derecho argentino”. En: *La Ley*, p. 1112-20.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto

1989 “Algo más acerca del ‘coto vedado’”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6, p. 209-13.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter

2005a “Principio de subsidiariedad. Artículo 60”. En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, p. 832.

2005b “La tutela constitucional del consumidor. Artículo 65”. En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, p. 907.

2004 “Derecho de consumo y Constitución: el contratante débil”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 9, N° 65.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian

2002 “Los entes reguladores en la Constitución”. En: *Revista de Derecho Público*, año 3, N° 4, p. 41.

HÄBERLE, Peter

2002 *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

2004 “Incursum. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo”. En: *Nueve ensayos y una lección jubilar*. Lima: Palestra-APDC, pp. 101-2.

HABERMAS, Jürgen

1999 *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós, p. 94 y ss.

HUAPAYA TAPIA, Ramón

2002 “El proyecto de ley de reforma de la Constitución económica y la regulación económica como técnica de reversión del estatismo”. En: *Revista de Derecho Público*, año 3, N° 4, p. 81-2.

JULIO ESTRADA, Alexei

- 2002 “Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. En: AA. VV. *Teoría Constitucional y derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, p. 234 y ss.

KRESALJA ROSELLÓ, Baldo

- 2001 “Ejercicio sobre lo que se debería mantener, suprimir y perfeccionar en el régimen económico constitucional”. En: *Las tareas de la transición democrática*. Lima: Comisión Andina de Juristas, p. 143 y ss.

KRESALJA, Baldo y César OCHOA

- 2009 *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 313-4.

LANDA ARROYO, César

- 2006 “La mundialización de la justicia constitucional”. En: *Constitución y fuentes del Derecho*. Lima: Palestra, p. 514.
- 2004 *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. 2ª ed. Lima: Palestra Editores.

MARTÍ, José Luis

- 2006 *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Macial Pons, p. 297 y ss.

MARTIN TIRADO, Richard

- 2002 “Análisis de la ‘función normativa’ de los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos. La dicotomía del rol del Estado en la actividad económica: subsidiariedad y solidaridad”. En: *Ius et Veritas*, año XII, N° 24, p. 98.

MENDOZA, Mijail

- 2007 “Derecho a la igualdad y la no discriminación por raza”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 13, N° 107, p. 35.

NUSSBAUM, Martha

- 2007 *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.

OVALLE FAVELA, José

- 2002 “Los derechos fundamentales y el Estado: la protección al consumidor”. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, p. 263-4.

OVEJERO, Félix

- 2008 *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism*. Buenos Aires: Katz, p. 20 y ss.

PRIETO SANCHÍS, Luis

2004 “El constitucionalismo de los derechos”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, N° 71.

ROJAS LEO, Juan Francisco

2009 “¿Protección al consumidor o dignidad de la persona que consume?”. En: *Actualidad Jurídica*, tomo 186, Lima: Gaceta Jurídica, p. 42.

ROSALES, José María

1997 *Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa del cosmopolitanismo cívico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 135 y ss.

RUBIO CARRACEDO, José

2007 *Teoría crítica de la ciudadanía democrática*. Madrid: Trotta, p. 159 y ss.

SÁENZ DÁVALOS, Luis

2003 “La defensa del consumidor en el Derecho Constitucional”. En: *Revista Jurídica del Perú*, año LIII, N° 42, p. 118.

SEN, Amartya

2000 *Desarrollo y libertad*. Bogotá: Planeta.

1999 *Sobre ética y economía*. Madrid: Alianza Editorial.

SOSA SACIO, Juan Manuel

2009 “Nuestros neoconstitucionalismos (estudio preliminar)”. En: *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica.

2005 “El derecho-principio de igualdad en la Carta de 1993, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Revista Peruana de Derecho Público*, año 6, N° 11, p. 180.

TORRES Y TORRES LARA, Carlos

2003 “Alcances de la nueva Constitución del Perú 1993”. En: *Testimonio Constitucional*. Lima: Asesorandina, p. 96.

VEGA MERE, Yuri

2009 “Cláusulas generales de contratación, consumidor y razonabilidad: desplazando el eje del análisis”. En: *Actualidad Jurídica*, tomo 186. Lima: Gaceta Jurídica, p. 22.

COMPORTAMIENTO DEL CONSUMIDOR

¿ES EL CONSUMIDOR UN IDIOTA? EL FALSO DILEMA ENTRE EL CONSUMIDOR RAZONABLE Y EL CONSUMIDOR ORDINARIO

Alfredo Bullard*

El debate sobre cuál es el estándar de consumidor que debe ser protegido por los sistemas de protección al consumidor sigue siendo un tema de tanta actualidad como cuando recién surgió la controversia. Si se debe proteger al consumidor ordinario o promedio o solo al razonable es un dilema que está en la médula de todo el sistema. El presente artículo aborda el problema pronunciándose claramente a favor de adoptar un estándar de consumidor razonable, partiendo de la necesidad de que el sistema, para evitar errores, requiere que ambas partes, proveedores y consumidores, adopten precauciones recíprocas. Para ello, se realiza un análisis legal y económico de la cuestión. Además, el artículo explica cuál sería el impacto de adoptar la tesis contraria en una aproximación que busca graficar con casos y experiencias prácticas cómo funcionará el sistema.

* Este artículo fue previamente publicado en la *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* del Indecopi, año 6, N° 10, 2010.

I. INTRODUCCIÓN

Stella Liebeck es quizás uno de los nombres más conocidos en la historia de la protección al consumidor. La señora Liebeck compró un café en McDonald's. En el automóvil en el que llevaba el café tuvo la peregrina idea de echarle azúcar. Una vez detenido el automóvil a un lado de la vía, destapó el café que había colocado entre sus piernas. El café se derramó y le generó quemaduras de tercer grado. Demandó a McDonald's por servir café muy caliente. Obtuvo una indemnización de US\$ 2.900.000, una cantidad bastante atractiva como para coger una taza de café, tomar una gran bocanada de aire y echársela encima para ir a cobrar una indemnización. Abrir una taza de café caliente sujetando el envase entre las piernas no parece muy razonable. Pero la señora Liebeck recibió una indemnización porque las cortes estimaron que merecía que McDonald's la protegiera contra su propia estupidez.

El caso de Stella Liebeck¹ fue tan sonado que un grupo de personas desarrolló una página conocida como los Stella Awards, en la que se premia demandas estúpidas que son acogidas por los tribunales. Una buena parte de los casos están referidos a la protección de los consumidores.

Mencionemos algunos casos que muestran el dilema entre un consumidor razonable y uno ordinario:

- Un adulto se emborrachó en una fiesta. Al salir, cometió la idiotez de conducir su automóvil y tuvo un accidente que le costó la vida. Se demandó a distintas personas, incluyendo a su novia y al dueño de la casa por no haber impedido que condujera, a la madre de su novia por ser dueña del automóvil y a Coors Brewing Co. por haber vendido la cerveza que bebió.

1 Véase <<http://www.stellaawards.com/caselog.html>>.

- Una mujer obesa, fumadora empedernida, con presión alta, colesterol elevado y una historia familiar de enfermedades coronarias, demandó a su médico por un millón de dólares por no haberla forzado a abandonar los malos hábitos.
- Una mujer mayor solía secar a su gato, luego de bañarlo, colocándolo en su horno de gas a muy baja temperatura (lo que ya es de por sí bastante idiota). Un día, su yerno le regaló un horno de microondas y no tuvo mejor idea que colocar su gato y encender el horno “bajito”. El pobre gato falleció de una manera espantosa. El resultado no se hizo esperar: el fabricante de microondas fue demandado por no haber advertido que no se podía secar gatos en su producto.
- Los fabricantes de andadores enfrentaron innumerables demandas cuando los niños se caían por las escaleras mientras iban en andadores. Por supuesto que los niños se caen por las escaleras no porque los andadores existan, sino porque sus padres cometen la idiotez de no vigilarlos cuando están cerca de una escalera.

Algunos de estos casos son verdaderos, otros son leyendas urbanas, pero en cualquier caso reflejan que muchas veces los consumidores cometen estupideces de las que los proveedores son hechos responsables. El estándar de consumidor razonable trata de evitar que tales idioteces ocurran. ¿Qué pasaría si usáramos un estándar de consumidor ordinario? Pues si los consumidores suelen abrir el café caliente entre sus piernas, desoyen los consejos de los médicos sobre dejar de fumar o comer alimentos poco saludables, conducen borrachos, secan gatos en microondas o descuidan a sus hijos cerca de las escaleras, podrían invocar la protección legal y hacer responsables de sus propios actos a los proveedores de los bienes o servicios en los que los actos estuvieron involucrados.

Es este el tipo de discusión a la que nos lleva la elección del estándar de conducta que debe usarse para proteger a los consumidores en el mercado.

La reciente discusión sobre la aprobación de un Código de Consumo ha resucitado la controversia sobre si el consumidor que debería ser considerado por las normas de protección al consumidor debe ser el consumidor razonable o el consumidor ordinario o medio.

La anterior legislación de protección al consumidor (es decir, el Decreto Legislativo 716 y sus normas modificatorias y complementarias) no abordó el tema de manera expresa hasta que en el año 2008 el Decreto Legislativo 1045 modificó el artículo 3 del Decreto Legislativo 716, en la parte que define al consumidor. La norma señaló con claridad que “[l]a presente ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria de acuerdo a las circunstancias”, lo cual no es otra cosa que la definición de consumidor razonable.

Sin embargo, la jurisprudencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) había desarrollado en la década de 1990, en una

serie de casos, la idea de que el consumidor protegido es el que actúa razonablemente, mucho antes de que la definición fuera reconocida legislativamente. Desde el inicio de la aplicación del estándar, el mismo ha sido objeto de numerosas y consistentes críticas y cuestionamientos. A pesar de ello, su aplicación se ha mantenido en el tiempo y es hoy en día una de las piedras angulares del sistema de protección al consumidor.

El primer proyecto de Código de Consumo, elaborado por la comisión presidida por Walter Gutiérrez, sugería sin embargo un estándar distinto: el de consumidor ordinario. Así, el párrafo 1.3 del artículo 1 del proyecto señalaba:

“Para interpretar el comportamiento de estos agentes en el mercado, se tomará como referencia el parámetro de un **consumidor ordinario**, no especializado y que el proveedor haya actuado conforme al principio de buena fe y de razonabilidad”².

Así, la propuesta de norma exigía razonabilidad al proveedor, no al consumidor. La norma no genera problemas en una sociedad en la que los consumidores usualmente se comportan razonablemente. En ese caso, el consumidor medio u ordinario será un consumidor razonable. El problema se plantea en aquellas situaciones en las que los consumidores tienen, de ordinario, una conducta poco razonable. En esos casos, el consumidor está protegido en sus operaciones de consumo incluso si su conducta no fue razonable. Por ejemplo, si el consumidor ordinario no lee los contratos que firma, estará protegido a pesar de que le sería exigible al consumidor razonable leer lo que firma. Bajo el estándar de consumidor razonable no es posible proteger al consumidor que señala no haber leído el contrato.

Dicho en términos más claros, si el consumidor ordinario o medio se comporta como un idiota, es digno de protección así haya cometido idioteces. El proveedor tendrá entonces que encontrar mecanismos que protejan a los consumidores de su propia idiotez. La Ley no podría exigirle al consumidor que deje de comportarse como un idiota. Bajo tal regla, resulta claro que no habría incentivos para corregir la conducta del consumidor.

La defensa que se hace de usar un consumidor medio u ordinario se basa principalmente en la idea de que el estándar de consumidor razonable no es real. Según esta posición, los consumidores no se comportan ordinariamente de manera diligente ni razonable, y por tanto estarían usualmente protegidos. El estándar debe ser realista y reflejar lo que el consumidor de carne y hueso es, y no lo que podría ser.

Como veremos, sin embargo, estamos frente a un falso dilema, por dos razones:

- i) Es absurdo establecer un estándar en función a lo que las personas son, pues la idea del estándar es mejorar la conducta, no perpetuar las conductas inadecuadas. En otras

2 El resaltado es propio.

palabras, debe ser un objetivo de la política de protección al consumidor conseguir que los consumidores que se comportan como idiotas dejen de hacerlo, y no protegerlos a pesar de su idiotez y con ello preservar en el tiempo conductas poco razonables. El que la idiotez se haya generalizado en ciertas conductas no es una defensa que el consumidor pueda invocar.

- ii) Sin perjuicio de lo anterior, los consumidores se comportan en el mercado de manera consistente con el presupuesto de razonabilidad y la operación de los mercados solo se explica sobre la base de tal consistencia. En otros términos, más allá de algunos casos aislados, los consumidores no se comportan como idiotas, con lo cual no existirá en el común de los casos diferencias entre el consumidor ordinario y el consumidor razonable. Sin embargo, es necesario mantener el estándar de razonabilidad precisamente para que las normas puedan corregir situaciones aisladas de irracionalidad de los consumidores. En otras palabras, el estándar de consumidor razonable sirve para corregir desviaciones marginales, pues es de esperar que los consumidores se comporten razonablemente en la mayoría de los casos.

En las secciones siguientes analizaremos cada uno de estos aspectos, planteando por qué consideramos que cualquier norma debería recoger el concepto de consumidor razonable.

II. ¿POR QUÉ CONTAR CON UN ESTÁNDAR DE CONSUMIDOR RAZONABLE?

El cambio que se ha venido sugiriendo, eliminar el concepto de consumidor razonable, crea un problema muy serio porque elimina la idea de que los consumidores que se protegen son los que actúen con diligencia ordinaria de acuerdo a las circunstancias. El resultado de una norma que protege consumidores ordinarios, al margen de su razonabilidad, es que renuncia a crear incentivos para una conducta responsable tanto de proveedores como consumidores, en especial en aquellas situaciones en las que la cultura de consumo responsable aún no se ha desarrollado. El cambio sugerido incentiva así la negligencia de los consumidores.

Hablar de un consumidor razonable no es hablar de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso. No es un consumidor racional, calculador y frío, capaz de analizar con detalle todas las alternativas como si fuera una calculadora. Por el contrario, es una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquiera según las circunstancias.

Este criterio no se originó en las normas ni en la jurisprudencia de protección al consumidor. Es un principio universal de Derecho Común. 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. El artículo 1327 del mismo Código Civil señala que el resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria. Si estas normas se aplicaran a relaciones de consumo, el consumidor, entendido como acreedor del proveedor, no podría reclamar la responsabilidad por consecuencias que se deriven de su propia negligencia. Y este criterio es una de las bases de todo el ordenamiento jurídico. Nadie puede derivar un derecho de su propia falta de diligencia y cuidado. La negligencia no puede ser amparada por el ordenamiento por una elemental aplicación del principio de buena fe.

La lógica de este concepto, que el proyecto original de Código de Consumo trata de descartar, es en realidad bastante sencilla. Los problemas de consumidores que reciben 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 accidentes de tránsito dependen de cómo manejan los conductores de vehículos, pero también de cómo cruzan la calle los peatones (cuando, por ejemplo, no usan un puente peatonal en una zona de alta circulación), los problemas de consumo dependen de ambas partes en la relación. Consumidores descuidados o poco diligentes incrementan la cantidad y gravedad de los errores que se cometen en los mercados. Es cierto que el error puede ser ocasionado por problemas de información generados por el proveedor, pero también proviene de la conducta de los consumidores. En otras palabras, para evitar errores en los consumidores, se requiere que se adopten precauciones recíprocas, y no solo precauciones unilaterales por parte de los proveedores. En efecto, si un contrato es poco claro, el consumidor se puede equivocar. Pero si un consumidor no lee lo que firma, también se puede equivocar. ¿Cómo evitar el error, por más claro que sea el contrato, si el consumidor omite leer lo que tiene al frente?

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. Ello se logra retirando del estándar de protección el concepto de razonabilidad o de diligencia ordinaria. 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. Se produce así un problema de riesgo moral, en el que el consumidor carece de incentivos para actuar con diligencia. El resultado sería más transac-

ciones cerradas en términos ineficientes por falta de diligencia del consumidor, que generarían precios más elevados. Es decir, habría más errores por parte de los consumidores, con todas las consecuencias que ello significa.

Asumir otros estándares, como por ejemplo el de consumidor medio, promedio u ordinario (como hace el proyecto original), nos llevaría a que renunciáramos a tener mejores consumidores. Si uno quisiera evitar accidentes de tránsito por parte de los choferes de “combis”, evidentemente no usaría como principio de responsabilidad el del chofer promedio u ordinario de combi. El resultado sería más accidentes que los deseables. De la misma manera, consumidores ordinarios en un contexto de poca razonabilidad en la conducta, perpetuarían las malas prácticas y los costos y problemas que se generan en el mercado.

Así, si el consumidor promedio no leyera lo que firma y se lo protegiera, entonces no habría incentivos para leer lo que uno firma, a pesar de que ello sería deseable en términos de mejorar el buen funcionamiento de las relaciones de consumo. El resultado final son consumidores poco diligentes y 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. De la misma manera, como el Derecho Común solo protege a la persona razonable (es decir, al diligente), el Derecho de los Consumidores solo debe proteger a los consumidores que sean razonables.

Un caso que ayuda a comprender el problema, y que se presentó en el Indecopi, es el de *Henri van Hasselt Dávila vs. Bancosur*³. En él, el señor 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 incluía los mecanismos por seguir para efectuar un prepago.

El señor 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 de 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 no se ajustaba a los usos y estándares comerciales usuales en ese tipo de operaciones de crédito.

El Tribunal del Indecopi estableció en este caso:

3 Res. 179-1999/TDC de fecha 21 de mayo de 1999.

“Es responsabilidad del consumidor leer adecuadamente el contenido de los contratos que suscribe, toda vez que este 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 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 señor 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, porque se asume que los consumidores no son de ordinario cuidadosos y no leen sus contratos ni sus estados de cuenta, entonces el banco no hubiera podido informar el sistema de prepago y habría tenido que aceptar como prepago cualquier cosa que el consumidor hubiera considerado que 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 el estándar de consumidor que actúa con diligencia ordinaria diciendo que es irreal. La afirmación podría ser correcta en ciertos casos, pero equivoca la función del estándar. No se protege a los consumidores razonables porque se considere que la mayoría de los consumidores lo sean (aunque creemos que la mayoría de consumidores sí actúan de manera consistente con la razonabilidad). Se los protege porque es un estándar diseñado a incentivar conductas consideradas adecuadas. El chofer de combi razonable quizás no exista, pero esa no es razón para usar un chofer de combi promedio para establecer un principio de responsabilidad.

El motivo para usar un estándar de conducta no es reflejar la realidad, sino crear incentivos hacia una realidad deseada. Esa función o motivo se pierde por completo bajo el concepto de consumidor ordinario.

También se señala que siendo el consumidor la parte débil de la relación, usar un concepto de consumidor razonable lo desprotege frente al proveedor. Sinceramente, no se entiende el argumento. Un peatón es la parte débil si lo atropella un automóvil, pero de ello no se deriva que renunciemos a exigirle al peatón un cierto grado de razonabilidad en su conducta.

El punto de partida de la crítica al estándar de consumidor razonable es equivocado, porque parte de asumir que los estándares se fijan para reflejar la realidad pero no para regularla. La razonabilidad del consumidor sin duda estará impactada por las prácticas y usos comerciales. Pero de allí no se deriva que las malas prácticas no puedan ser corregidas por el sistema legal, por más que estén generalizadas.

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, 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 que carecerá de garantía, y otro prefiere comprarlo en una tienda 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 este último, por propia iniciativa, prefirió que le ofrezcan estas condiciones a cambio de pagar un precio reducido. Pero si protegemos a los consumidores ordinarios, incluso cuando estos actúan no razonablemente, estamos en el fondo asumiendo que no pueden elegir, y que por tanto el Estado, o la autoridad que lo representa, está en mejor capacidad de decidir por ellos.

En esa línea, el criterio de razonabilidad asume que cada quien debe estar en posibilidad de elegir y asumir las consecuencias de sus malas decisiones. El estándar de consumidor ordinario, por el contrario, protege al consumidor contra sus propias malas decisiones, y al hacerlo lo convierte en irresponsable de sus actos.

III. ¿CÓMO SE APLICA EL ESTÁNDAR DE CONSUMIDOR RAZONABLE?

La aplicación del estándar de consumidor razonable puede manifestarse de diversas formas. Sin embargo, casi todos los problemas de aplicación de las normas de protección al consumidor pueden resumirse en dos grandes categorías. La primera se refiere a los problemas de idoneidad y la segunda, a los problemas de información.

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:

MODELO DE IDONEIDAD		REALIDAD
$X+Y+Z$	=	$X+Y+Z$

Donde X, Y y Z son las características del bien o servicio.

Por el contrario, no hay idoneidad si:

MODELO DE IDONEIDAD		REALIDAD
X+Y+Z	=	X+Y+H

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, donde H es menos que Z. En ese caso, habrá incumplimiento del deber de ofrecer un bien o servicio idóneo.

Pero, como veremos a continuación, el modelo de idoneidad se construye sobre la base de lo que esperaría un consumidor razonable dadas ciertas circunstancias. De allí la importancia de este estándar para la aplicación de la normatividad de protección al consumidor.

En el caso *Tori vs. Kourus*⁴ 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, a uno de los cuales, en un plazo de apenas dos meses, le apareció un agujero. El Tribunal del Indecopi consideró que el referido zapato no era idóneo porque no cumplía con las garantías implícitas que se consideraba que 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:

“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 esperaría **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 este, 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.

4 Resolución 085-96-TDC/Indecopi de fecha 13 de noviembre de 1996.

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 este no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo”⁵.

La diferencia entre garantía implícita y garantía explícita es clara. Ambos conceptos sirven para reconstruir la expectativa del consumidor razonable 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 esperaría haber recibido. El análisis de idoneidad pasa por la reconstrucción de este bien o servicio que hubiera esperado el consumidor, pero no el concreto y de carne y hueso, sino un consumidor razonable en las mismas circunstancias, 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 sobre la base de 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.

5 El resaltado es propio.

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 Herbachi 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 contratada⁶.
- En el caso *Víctor Roggero Terrones vs. Consorcio Comercial S.A.*, el señor Roggero manifestó que los portahornillas de la cocina que adquirió del Consorcio Comercial S.A. se habían deteriorado a los dos meses de adquirida la cocina. En dicha oportunidad, los mismos fueron cambiados. Sin embargo, manifestó que los portahornillas continuaron deteriorándose, y que dichos accesorios fueron cambiados hasta en tres 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 716 es atribuible al proveedor⁷.
- 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 la que el taxi fue asaltado y fueron robadas 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 infundada⁸.

6 Resolución 096-1998/TDC de fecha 8 de abril de 1998.

7 Resolución 160-1998/TDC de fecha 19 de junio de 1998.

8 Resolución 69-1998 /TDC de fecha 11 de marzo de 1998.

La garantía implícita es simplemente la reconstrucción de aquellos términos que, dada la expectativa de un consumidor razonable, se entienden implícitamente incorporados a la relación contractual de consumo.

La segunda coordenada 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 por el que se pruebe qué fue específicamente lo que ofreció el 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. De esta manera, en la resolución del caso *Tori vs. Kouros* se señaló lo siguiente:

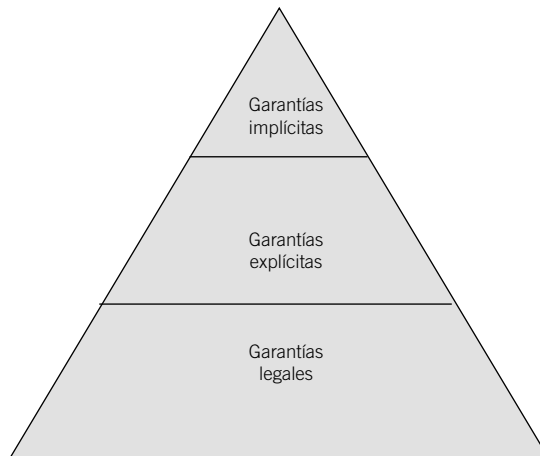
“Si las condiciones y términos expresos (contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor) no señalan algo distinto, se presume que el producto es idóneo para los fines y usos previsibles para los cuales normalmente éstos se adquieren en el mercado, considerando las 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 porque ofreció menos, en cuyo caso se considerará que si el consumidor fue adecuadamente informado, no podrá exigir más que 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 deslazado por la garantía explícita. De esta manera, 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 en el 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 diagrama:

DIAGRAMA 1. MODELO DE IDONEIDAD



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 fueron complementadas con las precisiones que se hicieron al caso *Tori vs. Kourus*, a través del caso *Carbonel vs. Finantur*⁹. En ese caso, se presentó una consumidora alegando que no había sido informada, al comprar un pasaje Lima-Los Ángeles, de 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 tres 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.

9 Resolución 102-97-TDC/Indecopi de fecha 25 de abril de 1997.

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 aquella 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**.

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 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–. 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”¹⁰.

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 talle, 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

10 El resaltado es propio.

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.

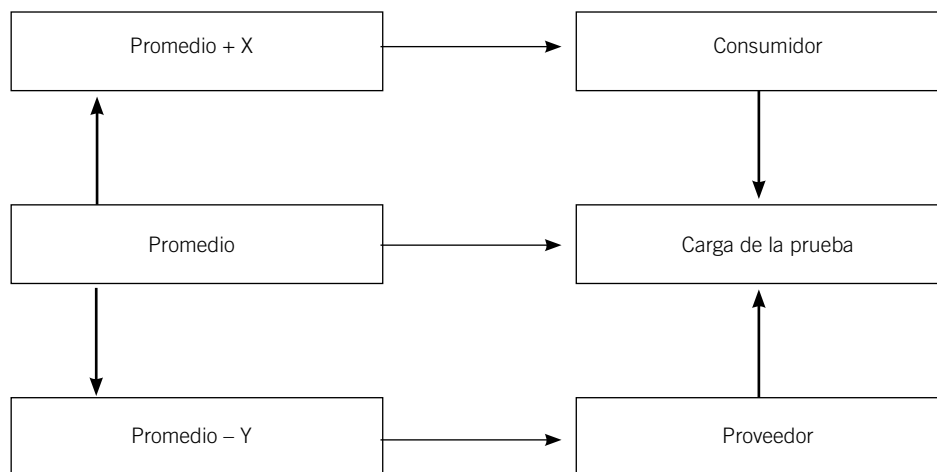
En pocas palabras, la prueba de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible por **un consumidor razonable** dadas las circunstancias, corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual”¹¹.

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 un 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. Al ser 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 graficadas en el diagrama 2.

11 El resaltado es propio.

DIAGRAMA 2. PRUEBA DEL MODELO

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 que lo esperado, es decir, la existencia de una garantía explícita. Así, si dice que por el precio de clase turista le ofrecieron primera clase, él 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 informó 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” con 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 la mencionada resolución se dijo:

“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 dependen 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 razonable espera, y lo que el consumidor razonable esperaría depende de qué es lo que le informó. De ahí la importancia del estándar. Sobre él reposa, literalmente, todo el esquema de protección al consumidor. Hacer un cambio significa alterar el íntegro del sistema.

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 porque el consumidor le dio un uso inadecuado (por ejemplo, lo conectó a electricidad de 220 voltios cuando estaba preparado para 110 voltios, hecho que le fue informado de manera oportuna y adecuada). Así, no basta con establecer que el bien no es idóneo, sino además a quién es atribuible la falta de idoneidad. Las fallas ocasionadas por conductas que no se ajustan al estándar de consumidor razonable no son imputables al proveedor, y por tanto lo liberan de responsabilidad.

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 este demuestre que tal falta de idoneidad no le es imputable¹².

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”.

12 Así, como ya se citó anteriormente, en este caso se estableció que “[l]a 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 este no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo”.

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 por 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. Dado que el pago de la obligación de entregar un bien o dar un servicio idóneo es precisamente la entrega de un bien 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.

Estos principios se derivan además de la idea de que es el proveedor quien, 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 porque 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”.

Como se deriva de lo señalado, el estándar de consumidor es la piedra angular de todo el sistema y de allí la importancia de definirlo adecuadamente. El estándar se aplica así se compruebe que los consumidores ordinarios se comportan de manera distinta al razonable. El no poder reclamar

por su poca razonabilidad es precisamente el incentivo que el sistema legal quiere crear para motivar un mejor funcionamiento del sistema de mercado y del intercambio económico en general, al asignar un principio elemental de diligencia y responsabilidad entre las partes involucradas.

Sin embargo, como veremos a continuación, el considerar que los consumidores no son razonables en la realidad tampoco tiene mucho fundamento. En los puntos siguientes veremos que tampoco existe evidencia que permita afirmar que el estándar de razonabilidad no se condice con la realidad. O, dicho de otra manera, el consumidor ordinario y el razonable no se encuentran tan lejos como se sugiere.

IV. ¿SON LOS CONSUMIDORES IRRAZONABLES EN LA REALIDAD?

Más allá de que el uso del estándar de consumidor razonable no requiere acreditar que los consumidores actúan razonablemente para justificar su aplicación, veremos que en el agregado los consumidores actúan razonablemente y que, por tanto, la distancia entre el estándar de consumidor razonable y el estándar de consumidor ordinario no es tan amplia como se pretende.

Vamos a analizar, sin embargo, tres aspectos que se suele discutir sobre este tema. (i) El primero es si los consumidores son en la práctica optimistas. Ello porque se dice que, en general, los consumidores son fáciles de engañar porque son ingenuos. No obstante, ello solo es posible si los consumidores fueran optimistas. Sin embargo, veremos que la evidencia demuestra que los consumidores son pesimistas respecto a lo que van a recibir en el mercado, y por tanto es más probable que sean más cuidadosos y razonables, y que, en todo caso, su irracionalidad puede estar más orientada a comprar y contratar poco o a ser exigentes con los términos contractuales, antes que comprar y contratar mucho. (ii) El segundo aspecto es la relación entre consumidor razonable y asimetría informativa, pues algunos señalan que dada la situación de asimetría existente, el uso del estándar desprotege al consumidor, no pudiéndosele exigir al consumidor que actúe razonablemente. (iii) Por último, el tercero es la relación entre consumidor razonable y pobreza, pues se suele sostener que a las personas con menores ingresos no se les puede exigir un estándar de racionalidad elevado.

IV.1 Pesimismo de los consumidores

Analicemos la siguiente pregunta: ¿incluso en los casos en que existiera un problema de información asimétrica e inadecuada y el consumidor desconociera realmente la calidad de lo que está comprando, es probable que el consumidor sea fácilmente engañado?

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 está hablando de que no existan incautos, engañados o estafados. Estamos hablando de generalizar tal descripción para exigir un mayor nivel de protección que se refleje en un estándar de consumidor más bajo.

Contra lo que está implícito en quienes llaman incautos a los consumidores, las evidencias teóricas y empíricas existentes indican que los consumidores son pesimistas, antes que optimistas, y tienden a esperar de los productos o servicios menos de lo que los productos son en realidad.

Debe quedar clara 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? ¿Cómo se comporta el consumidor razonable? ¿Como un consumidor optimista? Si es optimista, tenderá a pensar que el producto es bueno. 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 malo al precio de un producto bueno.

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.¹³.

13 Esto ya ha sido claramente sugerido por Schwartz (1986: 113). Incluso, en otro trabajo Schwartz (1988: 374) sugiere algunas fórmulas para determinar los supuestos bajo los cuales los consumidores son optimistas o pesimistas. Según dicho autor, 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 el daño no ocurrirá de todas maneras, sino que existe alguna probabilidad de que este ocurra. 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

(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 dé una pérdida.

La fórmula propuesta por Schwartz muestra claramente que el optimismo o pesimismo de los consumidores depende de cómo evalúan estos la posibilidad de que se dé un defecto o la magnitud del mismo si este se presentara. Su pesimismo puede, por tanto, ser consecuencia o de que el consumidor crea que la posibilidad de que el producto falle es mayor a la posibilidad de que el producto no falle; o, si fallara, que los daños serían mayores que si fallara en realidad; o ambas cosas a la vez.

Pero si el producto es malo, solo le 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 y, por tanto, tarde o temprano la verdad saldrá a la luz.

Los consumidores son en realidad, vistos desde la perspectiva de mercado, pesimistas. Desconfían de los productos y de las cualidades que se les ofrece, porque saben que quien les vende no lo hace de favor, sino para hacer un negocio¹⁴. 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 cómo solemos comportarnos ante situaciones de incertidumbre, es decir, cuando carecemos de información adecuada sobre cuál es el paquete de atributos que nos está ofreciendo el proveedor en un bien o servicio¹⁵.

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 ofrecen 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

14 Estas razones fueron recogidas de alguna manera en la Resolución 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 el artículo 2 del Decreto Legislativo 691 (Ley de Supervisión de la Publicidad en Defensa del Consumidor) hace el consumidor, debe considerarse que "[...] 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.

15 El ejercicio que se desarrolla a continuación es una simple adaptación del razonamiento que propone Grossman (1981: 466).

la hubiera rechazado. Evidentemente, si hubiera habido cien manzanas habría sido un negocio redondo. Pero les podemos asegurar que nadie esperaba encontrarse con dicha cantidad.

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, si no tres. Probablemente creerá que hay la cantidad mínima ofrecida, o asumirá 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 no aumentará el deseo de pagar por parte del consumidor, pero sí sus costos, y, más bien, le hará obtener menos que lo adecuado, sabiendo, como saben los comerciantes, que en la mayoría de casos los consumidores son pesimistas y con algún grado de aversión al riesgo.

Existen evidentes incentivos para revelar cualquier atributo o calidad o condición 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 los que el consumidor dice que existen por lo menos tres manzanas y en la caja no hay ninguna. Pero eso es un problema que se resuelve de manera distinta a prohibir la venta de manzanas.

Como bien anota Grossman (1981: 463), 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 con 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 verdad.

¿Cuáles son las causas de este “pesimismo natural”? En realidad, las causas pueden ser muy diversas. Schwartz y Wilde (1979: 1438) sugieren algunas ideas sobre el particular:

“[...] los errores del consumidor probablemente tenderán hacia el pesimismo porque 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 porque le dan muy poco peso al hecho de que no falle, y mucho peso a que falle.

[...]

Como consecuencia de lo vívida 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”¹⁶.

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 que 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 de que conocemos a 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 de que hay miles de ocasiones en que el producto fue adquirido y no ocurrió nada.

Otra explicación adicional, mencionada por Schwartz y Wilde (1983: 1439) 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 cómo 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 de que el nuevo lanzamiento no guarda 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* o aleatoria, y largas secuencias de cara y sello son percibidas como más significativas que secuencias de caras continuas¹⁷.

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 en el proceso de fabricación existen posibilidades de que se den errores (o incluso engaños), pensará que su próxima compra será menos confiable porque “ahora sí 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 (Schwartz y Wilde 1983: 1439-40). Este error ha sido verificado con análisis empírico. Una

16 En ese mismo lugar cita (pie de página 56) a distintos autores e investigaciones que respaldan su punto de vista. Así, Weinberger (1986: 110), Lynch y Scrull (1982: 18), Mizerski (1982: 301), Einhorn y Hogarth (1985: 433; 1986: 225, 236), Baron (1987: 25) y Oliver y Winer (1987: 469, 490-1).

17 En ese mismo lugar cita (pie de página 83) a Kahneman y Tversky (1982) y Zukier (1982), quienes describen dicho fenómeno.

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 poseían (Courville y Hausman 1979).

Lo que se deriva aquí es que el consumidor tiende a ser irrazonablemente defensivo, es decir, que la “irrazonabilidad” lo lleva a protegerse demasiado antes que a protegerse poco. Es más probable que un consumidor se equivoque al considerar que un producto es menos confiable de lo que es en realidad. Así, si el concepto de consumidor razonable no se encuentra en la realidad, es más probable que sea porque los consumidores son demasiado precavidos y no porque son demasiado ingenuos. El resultado de ello son menos engaños, no más.

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, es poco probable que “el prestigio del producto” pueda romper el pesimismo.

Bajo estos aspectos, la evidencia empírica y psicológica existente sugiere, como dice Schwartz (1988: 113), 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 porque 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”.

En función a los elementos analizados, podemos concluir que, en el agregado, los consumidores son pesimistas, y que por tanto es menos probable aun que el mercado, ante la falta de información, nos lleve a un resultado que los aleje de aquel que buscan. Los consumidores tenderán a contratar menos de lo esperado si tienen dudas sobre la información disponible y, por el contrario, buscarán protegerse buscando términos contractuales que identifiquen como relevantes para los riesgos involucrados en la operación. Adicionalmente a ello, los consumidores tenderán a buscar marcas conocidas que ofrecen ciertas garantías en el mercado. En síntesis, es de esperar que los consumidores tengan aversión al riesgo y que, por tanto, sean más cuidadosos y prudentes de lo que solemos creer.

IV.2 Consumidor razonable y asimetría informativa

Uno de los argumentos que se emplea para sostener que no puede usarse el estándar de consumidor razonable es que en las relaciones de consumo nos encontramos frente a supuestos de asimetría informativa, de la que se deriva una debilidad de los consumidores.

En primer lugar, debemos descartar la idea, profundamente equivocada, de que la asimetría informativa es, en sí misma, un fenómeno no deseado. 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 ocurriría 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 menos que los beneficios que genera. Pero establecer una política pública orientada a desaparecer la asimetría informativa sería un profundo error, y solo inundaría a los consumidores de información que no desean tener.

Otro elemento que hay que tener claro es la diferencia entre poder económico y asimetría informativa. Es común escuchar decir que la protección al consumidor existe para corregir los problemas generados por el poder económico, y se repite sin mucha reflexión que la asimetría informativa es consecuencia del monopolio o del poder de mercado de los proveedores.

Pero el verdadero problema no sería el poder económico sino la existencia de información asimétrica, o, más precisamente, la inexistencia de información adecuada para el consumidor, que no necesariamente se origina en dicho poder. Los consumidores no leen (o, de leer, no entienden) las cláusulas y condiciones a las cuales 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 productor que ofrece mejores términos. Las opciones de los consumidores para dejar de comprar un producto son el mejor incentivo para que una empresa incluya condiciones razonables en sus contratos. Como dice Trebilcock (1974: 80), el problema no es que las cosas se planteen en los términos de “tómelo o déjelo” sino si en el caso de que el consumidor decida dejar lo que se le ofrece, conozca y tenga otras opciones disponibles.

Es importante que la perspectiva de análisis no parta de uno o dos casos individualmente considerados, sino del funcionamiento del mercado en su conjunto. Como bien dicen Schwartz y Wilde (1979: 631):

“[...] 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 que 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”.

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 (Schwartz y Wilde 1979: 635):

“[...] el análisis suele fallar en establecer directivas a quienes deben tomar las decisiones legales sobre cuáles 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”.

Si se analiza lo dicho por los autores citados, se verá que es precisamente el problema que se presenta cuando se pretende usar el concepto de consumidor ordinario, centrándose más en experiencias concretas individuales que en el análisis en conjunto de los mercados y su funcionamiento.

Por ejemplo, cuando integraba la comisión que elaboró el proyecto original de Código de Consumo, que pretende cambiar el concepto de consumidor razonable por el concepto de consumidor ordinario (y a la cual renuncié antes de que culminara sus labores), las discusiones no se centraban en cómo funcionaba realmente el sistema, sino que eran un largo anecdotario de casos individuales que buscaban colarse para tener un artículo que los regule en la ley. Hubo muy poca discusión conceptual sobre cómo regular y sobre por qué era importante el estándar de consumidor razonable. No debe extrañar, por tanto, que el resultado fuera el que fue.

Y es que allí está el error principal: perfilar 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 (1981: 491), al indicar que:

“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”.

Como bien dicen Schwartz y Wilde (1979: 630):

“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 en lo que puede ser descrito, diplomáticamente hablando, desde una perspectiva ‘impresionista’, porque los abogados no tienen herramientas rigurosas para evaluar y responder a problemas de información”.

Definitivamente tratar de definir si conviene o no intervenir a partir de 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. En esa línea, suena muy inspirador tratar de proteger al “consumidor de carne y hueso”, pero lo cierto es que tales perspectivas están normalmente condenadas al fracaso.

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, en el presente artículo compartimos lo que señalan Schwartz y Wilde (1979: 637) cuando dicen que el error del análisis convencional es focalizarse en individuos antes que en el mercado. De ese error nace el concepto de consumidor ordinario. Para percibir la naturaleza del error, basta observar que los consumidores tienen distintos patrones de comportamiento cuando van de compras al 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 períodos 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”.

La pregunta por plantearse es si la actitud de los consumidores es suficientemente razonable como para que se encuentren en situación de protegerse de los riesgos y problemas que se derivan del consumo de productos malos o servicios de baja calidad. De acuerdo con 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 cuando lo hacen. De no ser así, los mercados serían inviables, y sabemos por experiencia que ello no es así.

La evidencia empírica existente y el análisis de los funcionamientos de los mercados indican que la mayoría de los individuos actuamos razonablemente, esto es, ponemos los recursos a nuestro alcance de aquella manera que consideramos que 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 habían 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 está 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 les ofrezcan lo que se está 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. No comparan ni se informan.

La teoría (y la práctica) indica 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 ofertantes¹⁸.

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 otra¹⁹. Por tanto, cuando se formula una oferta, o se ofrece una determinada calidad, le es difícil al proveedor saber si se enfrenta a alguien informado o simplemente frente a un descuidado. Con el objetivo de capturar

18 Los mismos Schwartz y Wilde (1979: 650-1) nos proponen un modelo matemático para medir la capacidad del mercado de generar un ambiente competitivo: “Si A_1 = 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; PL = el precio común límite; μ = el costo marginal de cada empresa. Existirá un equilibrio competitivo si y solo si $A_n \div (A_1 + A_n) > (1 - (F \div (s (PL - \mu))))$; un equilibrio con a un precio competitivo puede existir si y solo si $nA_n \div (A_1 + nA_n) > 1 - (F \div (s (PL - \mu))) > A_n \div (A_1 + A_n)$; y una distribución continua del precio puede existir solo si $nA_n \div (A_1 + nA_n) < 1 - (F \div (s (PL - \mu)))$ ”.

19 Es curioso apreciar cómo 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, 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.

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 Wilde (1979: 638) 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 porque 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 cuándo un individuo idealizado está suficientemente informado como para maximizar su propia utilidad, la pregunta normativa apropiada es cuándo 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 Priest (1981: 1347) 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 despreocupan de las garantías”.

Según estudios empíricos de Bucklin, Newman y Staelin, citados por Schwartz y Wilde (1979: 653), 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 Unidos. Debe destacarse que si bien se trata de estudios referidos a un mercado distinto como el estadounidense, 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 (el costo de oportunidad del tiempo en promedio para los consumidores en nuestros países también es menor). 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 el caso de los consumidores de bajos ingresos peruanos la búsqueda sea aun más generalizada que en el 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 aun 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 porque estos tienen incentivos para obtener información de diversas fuentes es desarrollada claramente por Beales, Craswell y Salop (1981: 501-2):

“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 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 [...]”.

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 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” embolsado²⁰. Este proveedor había difundido una publicidad en la que anunciaba que tres cuartos de kilo de su arroz rendían 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 cuál 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.

20 Resolución 072-96-CCD en el expediente 039-96-CPD y 076-96-CCD, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el día 31 de enero de 1997.

Sin embargo, en unas cuantas semanas la población fue cambiando nuevamente sus preferencias hacia otros arroces embolsados. Los consumidores habían 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 marcas 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, e incluso corrigieron el mercado, cabe preguntarse entonces cómo es posible sugerir que no corregirán 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 que 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” (Grossman 1981: 465).

Así, 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 de muy baja calidad 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 porque probablemente tenga menor calidad que otro similar de un precio mayor. Por ello asumirá que no está comprando lo mismo.

Lo que la cita de Grossman nos demuestra es que quienes vendan productos de mayor calidad intentarán convencer a los consumidores de que la diferencia vale el precio adicional, sea me-

dante publicidad o el ofrecimiento de garantías contractuales²¹. Si luego de advertido ello por el consumidor, este insiste en comprar el producto barato, solo nos está 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 (1981: 463) 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 se daría la compra”²².

Siguiendo el mismo razonamiento, si una persona acude a un mercado y compra un producto sin garantía contractual, está recibiendo una clara señal negativa sobre su calidad: es fácil percibir que el paquete de 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 de 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, etcétera.

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

21 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 de 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.

22 Más adelante se verá cómo 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 refija 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).

$$P_g - P_n$$

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:

$$P_g - P_n < C_g - C_n^{23}$$

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 disfrazadas de proveedores. Son, por el contrario, consecuencia de 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.

Los actos de fraude, conocidos en la jerga de los reguladores estadounidenses como los *hit and run* (pega y corre), son un fenómeno totalmente distinto al de los productos de mala calidad. 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 los 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

23 Las fórmulas propuestas son una simple derivación de las propuestas por Schwartz y Wilde (1983: 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 porque la empresa puede inducir al consumidor a tomar la garantía solo ofreciéndole ésta a menos de su costo marginal, y una empresa que maximiza beneficios no haría ese tipo de operaciones”.

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” (Apoyo 1996: 15-6). Lo que sí les preocupa a los consumidores es adquirir un producto en un local formal y que este no tenga una calidad adecuada (Apoyo 1996: 14-5). 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 garantías (s.a. 1993: 8).

IV.3 Consumidor razonable y pobreza

Otro de los argumentos que se usan para intentar descartar el concepto de consumidor razonable es que este no es aplicable a las personas de bajos ingresos que actúan bajo criterios distintos al de razonabilidad. Dado que en el Perú hay muchos consumidores pobres, entonces se perjudica a las mayorías usando un estándar exigente que los desprotege.

En una ocasión tuve la oportunidad de entrevistar a Ronald Coase, Premio Nobel de Economía en 1991. En dicha entrevista incluí una pregunta sobre cómo reaccionaban los consumidores a productos de muy baja calidad, en particular los consumidores pobres, en actos que parecerían en principio irracionales. Esto respondió Coase:

“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”²⁴.

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 consistente con un presupuesto de razonabilidad.

Los niveles de ingreso de una persona son un claro limitante de las opciones que tiene 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.

24 En: <<http://coase.org/coaseinterview.htm>> (1 de abril de 2010).

Para analizar cómo reacciona el consumidor a las diferentes opciones que se le presentan en el mercado, y los riesgos que decide asumir de manera consciente o inconsciente, 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 por su nivel de pobreza o riqueza, es decir por su ingreso.

Si a una persona se le pregunta cuánto estaría dispuesta 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 valoración? 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 distinta, 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, al ser mayores, le permiten una mayor gama de posibilidades.

Si trasladamos la valoración 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 existencia, 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 con 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. Pero ello no es un índice de falta de razonabilidad. El efecto ingreso determina que su vida (valorada 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 esto, y es aumentando su ingreso. Los productos 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 de inferior calidad es una decisión razonable y consciente. Quien compra bienes en “paraditas” en las que no se ofrecen todas las garantías es, en la mayoría de los casos, consciente 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 porque, dado su nivel de ingreso, constituye una opción razonable. Pensar que el Estado puede decidir mejor que él y privarlo de la posibilidad de consumir lo que viene consumiendo carece por completo de sustento fáctico y real. Por el contrario, su conducta aparece como claramente razonable.

Pero incluso en el supuesto de que uno pensara que los consumidores pobres no son racionales, cabe preguntarse si ello justifica utilizar el concepto de consumidor ordinario en lugar del de consumidor razonable. 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 adquisición de bienes de baja calidad, que aparentan ser consecuencia de una decisión no racional, no significa que necesariamente sea así.

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

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 definición del estándar de consumidor. A fin de cuentas, lo que se busca con el estándar de consumidor ordinario es encontrar una mayor capacidad del Estado para intervenir en el contenido de los contratos de consumo. Según Schwartz (1977: 1057-8):

“Prohibir una cláusula contractual porque 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”²⁵.

Hasta aquí el autor 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 de una persona pobre por la protección de garantías es probablemente más elástica respecto del ingreso que la demanda por ‘necesidades’” (Schwartz 1977: 1058)²⁶.

En el mismo sentido se pronuncia Craswell (1991: 379), 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”.

Más adelante, el mismo autor continúa diciendo (Craswell 1991: 392):

“[...] un consumidor extremadamente pobre puede encontrarse imposibilitado de pagar algo por la garantía porque 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 del bajo valor que deposita en el derecho legal”.

El efecto sería el mismo con el uso del estándar de consumidor ordinario. Como ya vimos, ese estándar permite a los consumidores menos diligentes reclamar responsabilidad al proveedor incluso cuando el problema es generado por su propia negligencia. El proveedor subirá los pre-

25 Como se puede apreciar, esta es una simple aplicación del llamado “criterio de Pareto”. George Priest (1981: 1344) se pronuncia de manera similar 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”.

26 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.

cios para poder cubrir esa contingencia. Pero ese aumento alejará el producto del consumidor pobre. Finalmente, el rico podrá seguir pagando el sobreprecio. Por el contrario, el concepto de consumidor razonable acerca el producto a los pobres, porque reduce los costos del mismo en el mercado.

Así, Craswell (1991: 395-6) nos dice:

“Desafortunadamente, mientras que todos los consumidores que continúen 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.

[...]

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 darles 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 [...].”

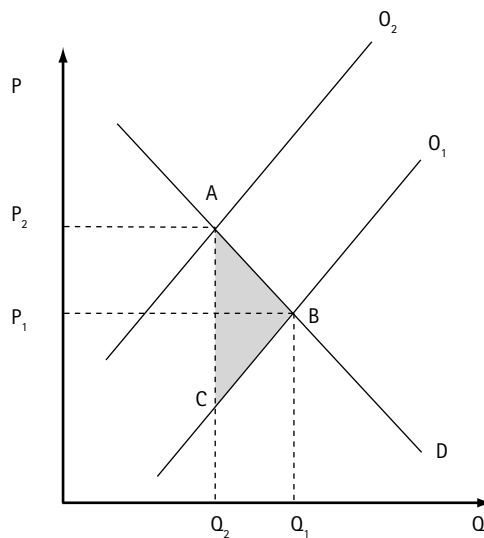
Sin duda, los efectos negativos en términos de redistribución terminan siendo evidentes:

“[...] 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 encuentran 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, puede también estar conformado 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 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 sobre la distribución en estas dimensiones, en muchos casos los perdedores serán precisamente los grupos que la garantía trata de ayudar” (Craswell 1991: 397).

Fijémonos en 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 el siguiente diagrama, en el triángulo sombreado. Esa es la parte del excedente social que se pierde cambiando el concepto de consumidor razonable por el de consumidor ordinario.



Asumamos que se presenta una situación en la que si se usa el concepto de consumidor ordinario, el proveedor tiene que pagar una indemnización al proveedor; pero si se usa la de consumidor razonable, tal pago deja de existir. O₁ refleja la curva de oferta de un producto cuya regla legal está sujeta a un estándar de consumidor ordinario. 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 que ahora se responda bajo el estándar de consumidor ordinario, se produce un desplazamiento de la curva de oferta, y la nueva curva resultante es 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 de que menos consumidores podrán 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, que no es otra cosa que lo que se deja de comprar como consecuencia del nuevo estándar.

El contraargumento que probablemente se plantee sobre el efecto redistributivo regresivo es que los consumidores pobres son menos racionales o están sujetos a una cierta incapacidad civil para

tomar decisiones adecuadas. Sea porque tienen menos información, o porque 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. Por ello, el estándar de consumidor razonable no sería adecuado.

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” (1977: 1078). Esta descripción se ajusta bastante bien el tipo de trabajo que se desarrolló en la comisión que elaboró el Código de Consumo en su versión original y de la que pude ser testigo.

Como bien señala luego el mismo autor, tales inferencias son objetables no porque se haya probado que sean falsas, sino simplemente porque la evidencia utilizada es incapaz de llevarnos a tales conclusiones. Los estudios empíricos realizados, por el contrario, las contradicen. 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” (Newton 1977: 58, citado por Schwartz 1977: 1079).

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” (Day y Brandt 1973: 95, citados por Schwartz 1977: 1079)²⁷.

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, “[e]n 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” (Figueroa 1981: 67-89). Xavier Albó concluye que la estrategia campesina no es irracional, sino que es producto del bajo nivel de tecnología disponible, y que podría constituir la mejor adaptación posible al medio ambiente dadas las circunstancias (Albó 1987: 63).

27 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.

Es evidente que personas que tienen 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 “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 Estado²⁸.

Quizás la mejor manera de comprender esto es leyendo la cita que hace Newton (1977) de una madre pobre y que explica cómo 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” (Newton 1977: 50, citado en Schwartz 1977: 1080).

En conclusión, si bien podemos encontrar distintos niveles de razonabilidad entre diversos grupos de consumidores, todo indica que los pobres no se encuentran entre los grupos menos racionales. Todo lo contrario: suelen mostrar una razonabilidad mayor que sus pares de mayores ingresos. En esa línea, el estándar de consumidor razonable se condice con su realidad y no es una buena idea usar a los pobres para sostener que debería cambiarse el estándar a uno de consumidor ordinario.

V. COMENTARIOS FINALES

La protección al consumidor es un tema delicado por la complejidad de las relaciones que involucra y la cadena de incentivos que genera. Malos incentivos generan una afectación del bienestar general, pero más concretamente del bienestar de los propios consumidores. Proteger a consumidores individuales puede llevar a desproteger a los consumidores en su conjunto. De allí la importancia de generar incentivos para una conducta razonable.

28 Incluso existen estudios realizados en personas con enfermedades mentales –véase Ayllon y Azrin (1965) o Battalio, Kagel, Winkler, Fisher, Basman y Krasner (1973)–, 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.

La idiotez humana puede no tener límites y es importante que el sistema pueda crear incentivos para evitarla. Y hay actos de los consumidores que pueden ser calificados como idioteces o como conductas poco razonables y debemos desincentivarlos. Pero sin duda le temo más a las decisiones idiotas del lado de la regulación: es más difícil crear incentivos para corregirlas.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÓ, Xavier

1987 “Algunas pistas antropológicas para un orden jurídico andino”. En: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Derechos humanos y servicios legales en el campo*. Lima.

APOYO

1996 *Imagen y Actitudes hacia Indecopi*. Lima.

AYLLÓN, T. y N. AZRIN

1965 “The Measurement and Reinforcement of Behavior of Psychotics”. En: *Journal of Experimental Analysis of Behavior*, Vol. 8, N° 6, p. 357-83.

BARON, Jonathan

1987 “Second Order Probabilities and Belief Functions”. En: *Theory and Decision*, Vol. 23, N° 1, p. 25-36.

BATTALIO, Raymond; John KAGEL, Robin WINKLER, Edwin FISHER, Robert BASMANN y Leonard KRASNER

1973 “A Test of Consumer Demand Theory Using Observations of Individual Consumer Purchases”. En: *Western Economics Journal*, Vol. 11, N° 4, p. 411-28.

BEALES, Howard; Richard CRASWELL y Steven SALOP

1981 “The Efficient Regulation of Consumer Information”. En: *Journal of Law and Economics*, Vol. 24, N° 3, p. 491-539.

CRASWELL, Richard

1991 “Passing on the Cost of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships”. En: *Stanford Law Review*, Vol. 43, N° 2, p. 361-98.

COURVILLE, Leon y Warren HAUSMAN

1979 “Warranty Scope and Reliability under Imperfect Information and Alternative Market Structures”. En: *The Journal of Business*, Vol. 52, N° 3, p. 361-78.

DAY, George y William BRANDT

1973 “A Study of Consumer Credit Decisions: Implications for Present and Prospective Legislation”. En: *Technical Studies of the National Commission on Consumer Finances*, Vol. 1, N° 2.

EINHORN, Hillel y Robin HOGARTH

1986 “Decision Making Under Ambiguity”. En: *Journal of Business*, Vol. 59, N° 4, p. 225-50.

1985 “Ambiguity and Uncertainty in Probabilistic Inference”. En: *Psychological Review*, Vol. 92, N° 4, p. 433-61.

FIGUEROA, Adolfo

1981 *La economía campesina en la sierra del Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GROSSMAN, Sanford

1981 "The Informational Role of Warranties and Private Disclosure About Product Quality". En: *Journal of Law & Economics*, Vol. 24, N° 3, p. 461-83.

KAHNEMAN, Daniel y Amos TVERSKY

1982 "Subjective Probability: A Judgment of Representativeness". En: *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Nueva York: Cambridge University Press.

LYNCH, John y Thomas SCRULL

1982 "Attentional Factors in Consumer Choice: Concepts and Research Methods". En: *Journal of Consumer Research*, Vol. 9, N° 1, p. 18-37.

MIZERSKI, Richard

1982 "An Attribution Explanation of the Disproportionate Influence of Unfavorable Information". En: *Journal of Consumer Research*, Vol. 9, N° 3, p. 301-10.

NEWTON, Jan

1977 "Economic Rationality of the Poor". En: *Human Organization*, Vol. 36, N° 1, p. 50-61.

OLIVER, Richard y Russel WINER

1987 "A Framework for the Formation and Structure of Consumer Expectations: Review and Propositions". En: *Journal of Economic Psychology*, Vol. 8, N° 4, p. 469-99.

PRIEST, George

1981 "A Theory of the Consumer Product Warranty". En: *The Yale Law Journal*, Vol. 90, N° 6, p. 1297-352.

S.A.

1993 "La otra cara del consumidor". En: *Trizia. Magazín de Actualidad*, año 1, N° 2.

SCHWARTZ, Alan

1988 "Proposals for Product Liability Reform: A Theoretical Synthesis". En: *The Yale Law Journal*, Vol. 97, N° 3, p. 353-419.

1986 "Justice and the Law of Contracts: A Case for the Traditional Approach". En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 9, N° 1, p. 107-116.

1977 "A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability" En: *Virginia Law Review*, Vol. 63, N° 6, p. 1053-83.

SCHWARTZ, Alan y Louis L. WILDE

1983 "Imperfect Information in Markets for Contract Terms: The Examples of Warranties and Security Interest". En: *Virginia Law Review*, Vol. 69.

1979 "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis". En: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 127, N° 3, p. 630-82.

TREBILCOCK, Michael J.

1974 "The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords". En: *University of Toronto Law Journal*, Vol. 26, N° 5, p. 359-85.

WEINBERGER, Marc L.

1986 "Products as Targets of Negative Information: Some Recent Findings". En: *European Journal of Marketing*, Vol. 20, p. 110-28.

ZUKIER, Henry

1982 "The Disolution Effect: The Role of the Correlation and the Dispersion of Predictor Variables in the Use of Nondiagnostic Information". En: *Cognitive Psychology*, 13, p. 248-77.

ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO DEL CONSUMIDOR PERUANO RELACIONADO CON EL NUEVO CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Myriam Silvy

¿Cuáles son los factores que determinan las costumbres de compra de los consumidores peruanos? ¿Reclaman cuando adquieren bienes o servicios que no los satisfacen? Estas y otras preguntas son analizadas por la profesora Silvy, quien en el presente artículo presenta una tipología del consumidor peruano, a la luz de la cual examina las normas del nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor.

I. INTRODUCCIÓN

El consumidor peruano tiene una serie de características que lo hacen sui géneris. Somos consumidores complejos, fragmentados, que respondemos de diferente manera a los diversos estímulos de nuestro entorno. Por todo ello, el estudio de nuestro comportamiento como consumidor es sumamente importante para conocer no solo las diversas características demográficas de los peruanos, sino también que es lo que nos motiva, cuáles son sus nuestras principales influencias al momento de decidir una compra, comprar efectivamente un producto, desecharlo, y también qué hacer si el producto o servicio consumido no cumplió no solo con nuestras expectativas sino tampoco con lo que prometió al momento de ser adquirido.

El Indecopi es el organismo creado para defender nuestros derechos como consumidores pero, ¿realmente sabemos cuáles son estos derechos y cuáles son los mecanismos para protegernos contra abusos en materia de consumo? Este artículo trata de buscar ciertas tendencias de comportamiento que nos permitan tratar de entender, dadas sus características, la posible reacción del consumidor peruano ante el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor.

II. ¿QUÉ ES EL COMPORTAMIENTO DEL CONSUMIDOR?

Para entender mejor el comportamiento de consumo de los peruanos, se debe empezar por tratar de definir ciertos conceptos. La definición clásica del comportamiento del consumidor es: “El estudio de los procesos que intervienen cuando una persona o grupo selecciona, adquiere, usa o desecha productos, servicios, ideas o experiencias para satisfacer necesidades y deseos” (Solomon 2002).

Esta es una visión orientada enteramente al marketing; sin embargo, se podría agregar que estudiar el comportamiento de una persona que consume incluye no solo los procesos para comprar sino también el comportamiento anterior y posterior a la compra.

Una vez que el producto o servicio ha sido utilizado, surgen varias alternativas:

1. El producto o servicio cumplió con la expectativa del consumidor, pero no generó un sentimiento de satisfacción plena.
2. El producto o servicio no solo satisfizo sino que superó las expectativas del consumidor.
3. El producto no cumplió con los requisitos del consumidor.

Las dos primeras alternativas suponen que el cliente, al sentirse satisfecho, no trata de buscar soluciones a su insatisfacción, lo que sí hará si se da la tercera alternativa.

Obviamente esta situación será más o menos intensa, dependiendo de ciertos factores:

a. La percepción del riesgo: la percepción del riesgo es la incertidumbre que los consumidores enfrentan cuando no pueden anticipar las consecuencias de sus decisiones de compra.

El grado de riesgo que los consumidores perciben y su propia tolerancia para enfrentar riesgos influyen de manera significativa en su comportamiento de compra.

Los riesgos que puede percibir cada consumidor se clasifican en los siguientes grupos:

- “Riesgo funcional”: es el riesgo relacionado con el desempeño del producto, de que este no cumpla con nuestras exigencias en cuanto a funcionamiento.
- “Riesgo físico”: es el riesgo de que el producto nos pueda infligir algún daño físico. (Por poca seguridad, o porque nos puede caer mal).
- “Riesgo financiero”: es aquel asociado con el temor de que el producto sea inseguro económicamente (tarjetas de crédito caras, cuentas de ahorro inseguras) o el riesgo de que el producto no valga lo que costó.
- “Riesgo social”: riesgo de que con la compra del producto puede generarse una situación embarazosa en el ámbito social (ropa muy extravagante, ciertos colores de automóviles, etc.).
- “Riesgo psicológico”: riesgo de que una mala selección del producto lastime el ego del consumidor (una casa de la que pueda estar orgulloso).
- “Riesgo del tiempo”: riesgo de que el tiempo utilizado en la búsqueda del producto pueda ser desperdiciado si este no se desempeña según nuestras expectativas.

b. De qué depende la percepción del riesgo: obviamente el riesgo no se percibe igual para cualquier producto o servicio, varía principalmente de acuerdo a los siguientes factores:

1. Las categorías del producto: un producto más caro será más buscado, hará que el consumidor se informe más y, por el precio que deba pagar, generará una sensación de riesgo mucho mayor.
2. La situación de compra: el producto generará más incertidumbre cuando es nuestra primera compra, nunca ha sido utilizado o cuando es comprado por catálogo, sin poder apreciarlo físicamente.

c. Cómo manejan los consumidores el riesgo: ante una situación de riesgo, los consumidores reaccionan desarrollando estrategias para reducirlo, lo que les dará mayor confianza en el momento de tomar la decisión.

Las principales estrategias son:

1. Búsqueda de información: mientras mayor sea el riesgo percibido, mayor será el tiempo dedicado a buscar información por vías formales e informales.
2. Lealtad a la marca: se reduce el riesgo si la persona siempre compra una marca que ya conoce, que ya ha experimentado y de la cual tiene una concepción positiva.
3. Comprar por primera vez una marca que si bien no ha sido experimentada, es reconocida como de alta calidad en el mercado.
4. Efectuar la compra en tiendas que tengan buena reputación dentro del mercado.
5. Comprar una marca cara: muchas veces la gente posiciona el precio alto en relación con la calidad del producto, y reduce su riesgo interno al pagar más por algo que debería ser bueno.
6. Búsqueda de reafirmación: buscar productos testeados o que tengan garantía.

Esto ayuda a conseguir una cierta satisfacción una vez efectuada la compra, pero el problema surge si la evaluación posterior a la compra, por diversos motivos, es negativa. Como consecuencia de esta evaluación negativa, surgen las siguientes interrogantes: ¿el consumidor peruano conoce sus derechos en materia de consumo? ¿El consumidor peruano se queja? Si la respuesta a las dos primeras interrogantes fuese afirmativa, ¿sabe a dónde acudir para solucionar sus reclamos? Para tratar de averiguar esto, empecemos por conocer las características del consumidor peruano.

III. TIPOLOGÍA DEL CONSUMIDOR PERUANO

Una vez que hemos determinado qué es el comportamiento del consumidor y cómo se puede ver afectada su percepción después de realizada la compra o prestado el servicio, vamos a hacer un breve repaso de las características del consumidor peruano en la actualidad.

Para conocer la tipología del consumidor peruano actual, vamos a basarnos en estudios de Rolando Arellano (2009: 72). En este estudio, se aplicó una metodología de investigación basada en entrevistas personales realizadas en las 16 ciudades económicamente más importantes del país.

Los resultados de esta investigación muestran una significativa evolución de los estilos de vida de la población. Arellano distingue seis tipologías de estos estilos: “sofisticados”, “progresistas”, “modernos”, “adaptados”, “conservadores” y “modestos”. Cada uno de estos tipos actúa de acuerdo a determinados patrones tanto de vida como de consumo. Adicionalmente vemos las siguientes características:

1. La sociedad peruana es predominantemente joven (53% de la población es menor de 34 años). INEI.
2. El 62% de la población pertenece a los NSE C y D y el 20%, a los NSE A y B (Arellano 2009: 27). La mayoría de los hogares están conformados por cinco miembros, de los cuales dos trabajan o aportan económicamente, en promedio. INEI.
3. A diferencia de años anteriores, actualmente, el mayor porcentaje de la población tiene como residencia su lugar de nacimiento, ya que han crecido las oportunidades laborales fuera de Lima. INEI.
4. La mujer tiene cada vez más presencia en la fuerza laboral, y las mujeres que trabajan constituyen 33% de la población femenina del país. Esto las convierte en decisoras activas de compra.
5. El consumidor peruano actual es mucho más informado, tiene un grado de educación mayor que sus padres o abuelos, es más arriesgado, está dispuesto a probar más.
6. A pesar de ello, el consumidor peruano es más sensorial (compra de acuerdo a sus sentidos, sensaciones o sentimientos) que racional.
7. Otra característica importante es que cada vez tiene menos tiempo, por lo que su comportamiento apunta a utilizar el menor tiempo posible en comprar.

8. En Lima Central, la mayoría tiene un trabajo estable y dependiente, con un sueldo fijo mensual (Arellano 2009: 56). En las zonas periféricas, la mayoría son trabajadores independientes, con un ingreso eventual. Las zonas con más trabajadores eventuales son Callao, Sur y Este, lo que coincide con gran cantidad de familias de esas zonas que producen prendas, dulces, comercio mayorista y minorista, actividades en las que participa casi toda la familia.
9. En cuanto a lo que buscan los consumidores al comprar, vemos que los atributos preferidos son calidad, precio, rendimiento y, en algunos rubros, cantidad y marca reconocida. Asimismo, buscan la mejor relación calidad-precio, donde la calidad es algo subjetivo (duración, buen diseño, comodidad, buen material, sabor, etc.) (Arellano 2009: 149-50).

En cuanto al manejo de la información (Arellano 2009: 162), factor importante para poder estudiar si el consumidor conoce sus derechos, Arellano concluye lo siguiente:

1. Casi todos los hogares cuentan con radio y televisión.
2. Hay alternativas de diarios hasta de S/. 0,50.
3. Más de 33% de la población tiene cable (con contrato formal; sin embargo, un porcentaje mucho mayor accede de manera informal).
4. Cada vez hay mayor penetración de Internet (Arellano 2009: 164).
5. Las telenovelas tienen un alto nivel de audiencia (Arellano 2009: 165).
6. La telefonía fija y celular ha crecido vertiginosamente.

Todo esto nos especifica las características del consumidor peruano por tomar en cuenta para determinar su comportamiento ante el conocimiento y defensa de sus derechos como comprador.

IV. EL INDECOPI Y LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) fue creado en noviembre de 1992, mediante el Decreto Ley 25868. Sus principales funciones son la promoción del mercado y la protección de los derechos de los consumidores, así como fomentar en el Perú una cultura de competencia leal, resguardando todas las formas de propiedad intelectual. Su misión es “promover y garantizar la leal competencia, los derechos

de los consumidores y la propiedad intelectual en el Perú, propiciando el buen funcionamiento del mercado, a través de la excelencia y calidad de su personal”. Por otra parte, su visión es “ser reconocidos como una institución pública líder en el Perú y América Latina que brinda sus servicios de manera oportuna, transparente y confiable, contribuyendo a generar una cultura de mercado y el bienestar en la sociedad”¹.

4.1 Comisión de Protección al Consumidor (CPC)

La Comisión de Protección al Consumidor es el órgano administrativo competente y especializado para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en la Ley de Protección al Consumidor, así como para imponer las sanciones administrativas y medidas correctivas establecidas en dicha norma, salvo que su competencia sea negada por norma expresa con rango de ley.

En el caso de que un consumidor considere que sus derechos se han visto vulnerados, cuenta con dos vías para poder reclamar. La primera vía consiste en un servicio de atención gratuita de reclamos, a cargo del Servicio de Atención al Ciudadano del Indecopi, en el cual las partes, consumidor y proveedor, pueden llegar a un acuerdo conciliatorio, al procurarse, mediante procedimientos sencillos y rápidos, atender y resolver con carácter vinculante y definitivo para ambas partes los reclamos de los consumidores.

La segunda vía corresponde al procedimiento formal de denuncias por presuntas infracciones a las normas de protección al consumidor, para cuyo inicio debe cumplirse con los requisitos establecidos por el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi (TUPA).

4.2 Derechos básicos del consumidor

La CPC establece los siguientes derechos básicos:

“1. A estar informado:

El consumidor tiene derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria a fin de realizar una elección informada en la adquisición de productos o servicios, así como para efectuar un uso adecuado de los mismos.

2. A la idoneidad del producto o servicio:

Un producto o servicio es idóneo cuando existe una coincidencia entre la calidad ofertada y la calidad recibida.

Se presume que todo proveedor ofrece como garantía implícita, que el bien expendido o el

1 En: <<http://www.indecopi.gob.pe>>.

servicio prestado es idóneo para fines y usos previsibles, según lo esperaría un consumidor razonable.

3. A no ser discriminado:

Cuando en un establecimiento abierto al público se restringe el ingreso de una persona que cumple con los requisitos establecidos para ingresar al local, ya sean referidos a la edad, vestimenta, uso de armas, o cualquier otro que se exija, a diferencia del tratamiento que se brinda a otras personas de raza distinta o condición socioeconómica a las cuales ni siquiera se les solicita acreditar el cumplimiento de dichos requisitos, el proveedor del servicio estará dando un trato inequitativo e injusto a los consumidores, lesionando sus derechos como tales. En consecuencia, estará cometiendo un acto de discriminación.

No obstante ello, debe considerarse que no siempre la utilización de un trato diferenciado para la selección del público objetivo al que quiere llegar una empresa constituye por sí mismo un mecanismo ilícito, puesto que este puede encontrarse sustentado en razones objetivas y justificadas².

4.3 Servicios de atención de reclamos y quejas

El Indecopi informa que si un consumidor considera que sus derechos se han vulnerado, cuenta con dos vías para hacerlos respetar y solucionar su reclamo. El primer camino consiste en emplear el servicio de atención gratuita de reclamos, a cargo del Servicio de Atención al Ciudadano (SAC). Mediante este procedimiento, el consumidor y el proveedor pueden llegar a un acuerdo conciliatorio, vinculante y definitivo, de forma sencilla y rápida.

Una segunda opción es iniciar, ante la CPC, el procedimiento formal de denuncia por presuntas infracciones a las normas de protección al consumidor. Este proceso requiere el cumplimiento previo de los requisitos establecidos por el TUPA.

4.4 Estadística de denuncias ante el Indecopi

La CPC impuso el último año 1.072 medidas correctivas a favor de los consumidores, por un monto total de S/. 2.951.920 (estadísticas de Indecopi³).

Estas medidas correctivas son acciones que aplica el Indecopi, a través de la CPC, con el propósito de proteger y resarcir a los ciudadanos que vieron violados sus derechos. La cifra demuestra que el ciudadano que presentó alguna denuncia, y por la que pagó una tasa de S/. 34,50, recupera más de 80 veces su inversión (S/. 2.764, en promedio), además de hacer valer sus derechos.

2 <<http://www.indecopi.gob.pe>>, 2010.

3 Disponible en: <http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/PAR/PAR_ListarArchivos.aspx?PFL=8&JER=199&GRU=116&VALTEM=0>.

Según estadísticas del Indecopi, en el 2007, los servicios más denunciados ante la CPC fueron, de mayor a menor:

- El servicio bancario y financiero: 569 denuncias.
- El servicio educativo: 181 denuncias.
- El servicio inmobiliario: 166 denuncias.
- El servicio de transporte terrestre: 133 denuncias.

De acuerdo a la experiencia del Indecopi, la mayoría de las controversias entre proveedores y consumidores se resuelven a través del diálogo y la concertación. Para confirmar esto, de los 7.000 reclamos en promedio que se reciben por año, solo 38% (2.700) buscan posteriormente una sanción contra la empresa denunciada.

Como se puede apreciar, el número de denuncias es insignificante en comparación con el número de transacciones comerciales que se realizan en el país. Por otro lado, no se cuenta con estadísticas relacionadas con el perfil del consumidor que interpone una denuncia, pero es fácil suponer que, en general, son aquellos ciudadanos que cuentan con información o pueden acceder a ella, que conocen en cierta medida sus derechos, que saben a dónde acudir y que tienen el tiempo necesario para hacerlo.

En cuanto a características demográficas (sexo, edad, clase social, nivel de ingreso, etc.), tampoco se puede inferir ninguna conclusión porque no se cuenta con este tipo de información.

Como recomendación, sería valioso poder contar con una base de datos detallada a este respecto, porque conociendo perfiles determinados de consumidores, se puede pensar en estrategias de comunicación dirigidas específicamente a sus necesidades. De esta manera, todos conocerían mejor sus derechos y los mecanismos para hacerlos respetar.

V. EL NUEVO CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

5.1 Introducción y ámbitos de aplicación

El nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, “el código”), trata de acercarse más a los ciudadanos en su calidad de consumidores, para que aprendan cuáles son y cómo deben hacer prevalecer sus derechos.

El código tutela al consumidor tanto dentro como fuera de la una relación de consumo. A tal efecto, el código señala que el consumidor debe ser protegido no solamente cuando se encuentra dentro de una relación de consumo, sino también cuando se encuentre expuesto a ella. Por lo tanto, el consumidor debe ser protegido incluso en la etapa de las tratativas, las cuales son preliminares a la relación de consumo propiamente dicha.

El artículo III comenta acerca del ámbito de aplicación del código y especifica:

“Artículo III.- Ámbito de aplicación

1. El presente Código protege al consumidor que se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a esta.
2. Las disposiciones del presente Código se aplican a las relaciones de consumo que se celebran en el territorio nacional o cuando sus efectos se producen en este.
3. Están también comprendidos en el presente Código las operaciones a título gratuito cuando tengan un propósito comercial dirigido a motivar o fomentar el consumo”.

5.2 Definiciones

En cuanto a la definición de consumidor y las partes intervinientes en una transacción, el código hace referencia en el artículo IV a lo siguiente:

“Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

1. Consumidores o usuarios.-

- 1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.
- 1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

- 1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se calificará como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.
- 2. Proveedores.-** Las personas naturales o jurídicas, de derecho público y privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:
 - 2.1 Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.
 - 2.2 Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.
 - 2.3 Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.
 - 2.4 Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores.
- 3. Producto.-** Es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, de origen nacional o no.
- 4. Servicio.-** Es cualquier actividad de prestación de servicios que se ofrece en el mercado, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguros, previsionales y los servicios técnicos y profesionales. No están incluidos los servicios que prestan las personas bajo relación de dependencia.
- 5. Relación de consumo.-** Aquella relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el Artículo III.
- 6. Asociación de consumidores.-** Son organizaciones que se constituyen de conformidad con las normas establecidas para tal efecto en el Código Civil. Su finalidad es proteger, defender, informar y representar a los consumidores y usuarios, pudiendo interponer ante las autoridades competentes reclamos y denuncias a nombre de sus asociados y de las personas que hayan otorgado poder a su favor, así como en defensa de intereses difusos o colectivos de los consumidores, con sujeción a lo previsto en el presente Código.

- 7. Asimetría informativa.-** Característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores.
- 8. Habitualidad.-** Se considera habitual aquella actividad que se realiza de manera común y reiterada de tal forma que pueda presumirse que se desarrolla para continuar en el mercado. Este concepto no está ligado a un número predeterminado de transacciones que deban realizarse. Las actividades de venta de productos o contratación de servicios que se realicen en locales abiertos son consideradas habituales por ese simple hecho”.

¿Qué significa todo esto para el consumidor? Como primera conclusión, el consumidor será la persona natural o jurídica que adquiere un bien o servicio para su uso personal. Los microempresarios también entran dentro de esta clasificación, siempre y cuando evidencien una asimetría informativa con respecto al proveedor.

Aquí vemos una de las principales adecuaciones del código hacia el consumidor peruano. En países más desarrollados, el consumidor está mucho mejor informado, tiene mayor experiencia y se preocupa más por hacer cumplir sus derechos. Entonces, es necesario establecer que el comportamiento de compra de ciertos sectores económicos, aun si compran con fines empresariales y no de uso propio, debe ser tutelado por el Estado. A esto se refiere la asimetría informativa, al hecho de que no haya igualdad entre consumidor y proveedor con respecto al manejo de la información.

5.3 Derechos establecidos por el código

El código establece los siguientes derechos de los consumidores:

“Artículo 1°.- derechos de los consumidores

- 1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:
- a. Derecho a una protección eficaz respecto de los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física.
 - b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.
 - c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e

información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.

- d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.
- e. Derecho a la reparación o reposición del producto, a una nueva ejecución del servicio, o en los casos previstos en el presente Código, a la devolución de la cantidad pagada, según las circunstancias.
- f. Derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informados por el proveedor sobre los que cuenta.
- g. A la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, céleres o ágiles, con formalidades mínimas, gratuitos o no costosos, según sea el caso, para la atención de sus reclamos o denuncias ante las autoridades competentes.
- h. Derecho a ser escuchados de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita.
- i. Derecho a la reparación y a la indemnización por daños y perjuicios conforme a las disposiciones del presente Código y a la normativa civil sobre la materia.
- j. Derecho a asociarse con el fin de proteger sus derechos e intereses de manera colectiva en el marco de las relaciones de consumo.
- k. Derecho al pago anticipado o prepago de los saldos en toda operación de crédito, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y liquidación de comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes, sin que les sean aplicables penalidades de algún tipo o cobros de naturaleza o efecto similar.

1.2 La enumeración de los derechos establecidos no excluye los demás que este Código garantiza ni los reconocidos en leyes especiales.

1.3 Es nula la renuncia a los derechos reconocidos por la presente norma, siendo nulo todo pacto en contrario”.

5.4 El código y la información al consumidor

El nuevo código establece una serie de requisitos que tienen que ver con un factor muy importante para los consumidores, como es la información.

Vamos a centrarnos ahora en las disposiciones que regulan la información que debe obtener el consumidor antes de comprar (regulando lo que la publicidad debe informar) y durante el proceso de compra.

A este respecto, entre las principales disposiciones se destaca que la información deber ser “relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios” (artículo 2°, numeral 2.1), así como también “debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna, y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano” (artículo 2°, numeral 2.2).

Asimismo, cabe mencionar que los artículos 3° al 11° se refieren al proceso de compra propiamente dicho.

Concentrándonos en el proceso anterior a la decisión de compra, en el subcapítulo II el código se refiere a la protección del consumidor frente a la publicidad:

“Artículo 13°.- Finalidad

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

Por último, para informar al consumidor acerca de sus derechos después de haber adquirido y, muchas veces, utilizado el producto, se estipulan las garantías que deben ser ofrecidas:

“Artículo 20°.- Garantías

Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio

Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:

- a) Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.

- b) Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.
- c) Una garantía es implícita cuando, ante el silencio de proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplan con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado”.

El consumidor debe saber que existen productos cuya garantía es legal, es decir que el producto no podría ser comercializado si no tuviese una garantía que lo respalda. Por otro lado, es interesante para nuestro estudio entender la importancia de la garantía implícita, ya que el consumidor debería estar consciente de que los bienes y servicios tienen un fin y un uso previsible, es decir que, sin medir una promesa explícita, deberían cumplir con ciertas especificaciones.

5.5 Protección de las expectativas del consumidor

Un artículo sumamente interesante es el 21°, que trata sobre la protección de las expectativas del consumidor, lo cual tiene que ver con las garantías implícitas. Si repasamos qué es una expectativa, veremos que es lo que el consumidor espera recibir por lo que está comprando. Sin embargo, estas expectativas dependen de varios factores:

- El tipo de consumidor (edad, sexo, NSE, etc.).
- El grado de información que tenga.
- La publicidad que se haya realizado del producto.
- Las opiniones que otros consumidores hayan vertido acerca del producto.

Otra característica importante es que las expectativas son dinámicas, es decir, que evolucionan con el tiempo. El consumidor cambia, se informa mejor, tiene mayor acceso a los medios de comunicación formales e informales, lo que ocasiona que también cambien sus expectativas.

Este artículo especifica:

“Artículo 21°.- Protección de las expectativas del consumidor

- 21.1 A falta de garantía explícita, la garantía implícita vincula al proveedor.
- 21.2 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 producto o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios para los cuales éstos suelen ser adquiridos o contratados, según lo previsto en el artículo 18.
- 21.3 La acreditación de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible dadas las circunstancias, corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación de consumo”.

5.6 Atención de reclamos

En cuanto a los reclamos que el consumidor puede presentar directamente ante el proveedor, el código establece en el artículo 24 lo siguiente:

“Artículo 24°.- Servicio de atención de reclamos

- 24.1 Sin perjuicio del derecho de los consumidores de iniciar las acciones correspondientes ante las autoridades competentes, los proveedores están obligados a atender los reclamos presentados por sus consumidores y dar respuesta a los mismos en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario. Dicho plazo podrá ser extendido por otro igual cuando la naturaleza del reclamo lo justifique, situación que será puesta en conocimiento del consumidor antes de la culminación del plazo inicial.
- 24.2 En caso el proveedor cuente con una línea de atención de reclamos o con algún medio electrónico u otros similares para dicha finalidad, debe asegurarse que la atención sea oportuna y que no se convierta en un obstáculo al reclamo ante la empresa.
- 24.3 No podrá condicionarse la atención de reclamos de consumidores o usuarios al pago previo del producto o servicio materia de dicho reclamo o del monto que hubiera motivado ello, o de cualquier otro pago”.

Cabe resaltar que a partir del 29 de julio de 2010 entró en vigencia el Decreto Supremo 077-2010-PCM, el cual señala que todas las empresas que vendan o provean bienes o servicios a los consumidores finales, deberán contar con un libro de reclamaciones, compuesto de hojas desglosables y autocopiativas, en donde los consumidores podrán asentar sus quejas.

Este libro deberá ser visible para los clientes, quienes, en caso de que la empresa no lo posea, podrán hacer la denuncia respectiva en la comisaría correspondiente. Cada vez que se efectúe un reclamo, este deberá ser comunicado al Indecopi en un plazo no mayor a 72 horas.

5.7 Mecanismos de información del Indecopi

Hace ya algún tiempo el Indecopi viene realizando campañas de información a través de los “módulos itinerantes”. Estos son módulos informativos que brindan al consumidor su apoyo en los temas principales de la institución: protección al consumidor, registro de marcas, derecho de autor, entre otros. Asimismo, buscan fomentar la cultura del consumidor y orientar a la población en los distintos trámites que se puede realizar través de las oficinas del Indecopi.

Estos módulos itinerantes, que, como su nombre lo indica, van de un sitio a otro, están llegando en la actualidad a trece regiones del Perú. Generalmente se ubican en centros comerciales que cuenten con una buena afluencia de público, para de esta manera poder maximizar la cantidad de interacciones con los consumidores.

Asimismo, el Indecopi elabora trípticos y boletines informativos, que pone al alcance del público en general. También cuenta con una página web y un número gratuito de teléfono para los consumidores que requieran contactarse con la institución.

Por otro lado, profesionales de diversas ramas del medio acuden como invitados a los diferentes medios de comunicación para informar al público. Por ejemplo, la empresa radial CPN (Cadena Peruana de Noticias) cuenta con un espacio llamado “La hora del consumidor”, en el cual absuelven consultas relacionadas con tópicos de consumo de los oyentes. Estas apariciones radiales coinciden mayoritariamente con las campañas de Navidad, época de inicio del período escolar, entre otros, y también asisten como invitados funcionarios de Indecopi.

Consultada el área de difusión de Indecopi respecto al manejo de la información del nuevo Código del Consumidor, informaron que no cuentan aún con un plan de acción ya que no hay un presupuesto asignado a la fecha. Una vez aprobado el código, se determinarán las estrategias de comunicación, dependiendo del monto del presupuesto que se asigne en ese momento a tal fin.

VI. EMPAREJANDO LAS NORMAS CON LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONSUMIDOR

Una vez analizado el comportamiento del consumidor peruano, de acuerdo a sus características sociodemográficas y al papel que viene desempeñando Indecopi como organismo tutelar de sus derechos, podemos concluir lo siguiente:

1. Falta conocer cuáles son los perfiles de los consumidores en general, para poder de esta manera detectar sus necesidades reales, la mejor forma de satisfacerlas y determinar los canales de comunicación adecuados para ellos.

Esto es especialmente importante en países que, como el nuestro, cuentan con una demografía tan diversa, con grupos de consumidores fragmentados y con tanta diversidad cultural y geográfica.

Esto implicaría no solo la adaptación de los contenidos informativos a las características y especificaciones de los diferentes públicos, sino también el uso de mecanismos de comunicación idóneos para que la llegada de la información se realice de una manera más eficiente y pueda ser asimilada por el sector al que fue dirigida.

2. No existe en el consumidor peruano promedio una cultura arraigada hacia la información. Por factores tales como tiempo, falta de oportunidades o desconocimiento, el grueso de la población no conoce sus derechos y no sabe cómo hacerlos respetar. Prueba de ello son los porcentajes tan reducidos de quejas que se ha presentado en los últimos años.
3. No existen muchas estadísticas acerca del porcentaje de quejas de acuerdo al tipo de producto, pero se puede apreciar que las personas básicamente se quejan acerca de los servicios. Se puede apreciar en este artículo cómo las instituciones financieras encabezan la lista de reclamos, seguidas por los servicios de educación, inmobiliario y de transportes. Como dato adicional, manejado por la Cámara Nacional de Turismo (Canatur), el porcentaje de quejas en este sector es altísimo, y se llega a una puntuación de solo 4 sobre 10 en la calidad del servicio recibido.
4. Por otro lado, tampoco existen en el Perú estadísticas acerca del perfil de personas que se quejan; sin embargo, según estudios realizados (De Miguel 1993), el índice de quejas es muy bajo y oscila entre 3% (servicios de transporte) y 11% (atención en tiendas) de los clientes.

De Miguel (1993) señala que el comportamiento general de queja varía de acuerdo con los siguientes indicadores:

- En relación directa con el nivel educativo: a mayor educación, mayor porcentaje de reclamos.
- En relación directa con la experiencia: a mayor conocimiento acerca de los productos o servicios, mayor porcentaje de reclamos.
- En relación directa con el nivel económico: las personas con mayor poder adquisitivo se quejan más.
- En relación inversa con la edad: las personas más jóvenes se quejan más.

Singh (1990), en su libro *A Typology of Consumer Dissatisfaction Response Styles*, determina una tipología de personas de acuerdo a su comportamiento ante situaciones de reclamo:

- “Los pasivos”: representan 14 % de la muestra. Personas que no hacen comentarios de ningún tipo, o los hacen muy raramente acerca de sus niveles de insatisfacción. Generalmente son muy jóvenes.
- “Los voceadores”: representan 37% de la muestra. Son las personas más propensas a demostrar su disconformidad en forma directa al proveedor.
- “Los irritados”: constituyen 21% de la muestra. Son personas generalmente mayores que suelen quejarse en forma más negativa, privadamente, y menos a la empresa o al organismo competente.
- “Los activistas”: son 28% de la población y su característica es que suelen quejarse no solo en defensa propia sino tratando de salvaguardar los intereses de la comunidad. Suelen ser jóvenes y bien preparados.

No se puede sacar una correlación directa entre el consumidor peruano y el de países industrializados como España, ya que pertenecen a entornos muy diferentes. Sin embargo, sería interesante lograr contar con este tipo de estadísticas en el Perú, ya que de acuerdo con la tipología se puede establecer mecanismos de mejora en la atención de los reclamos.

5. Los medios de comunicación más adecuados para los peruanos los constituyen la radio y la televisión, ya que el porcentaje de personas que los poseen bordea el 100% de la población. Otra gran ventaja es que, al ser medios audiovisuales, hacen que el mensaje llegue de manera más eficiente a los sectores en los que la lectura no está muy difundida o puede convertirse en un obstáculo al no poder ser comprendida por el público objetivo. La principal desventaja de la televisión la constituye el costo, que es muy elevado.
6. Una difusión de carácter permanente debe ser orientada también a los proveedores de bienes y servicios, para que se vaya estableciendo claramente las reglas de juego y a su vez deslindar las responsabilidades que deban asumir. Por ejemplo, las municipalidades podrían incluir dentro de sus procedimientos para el otorgamiento de las licencias de funcionamiento de empresas, que los solicitantes, en un plazo no mayor a tres meses de estar operando, indiquen quiénes son las personas responsables de la atención al cliente, y que estas personas cumplan con asistir a charlas informativas en las que se les dará orientación sobre la importancia de atender y ofrecer a los clientes una calidad adecuada de servicios, y todo lo referente a las sanciones. Esto significa crear conciencia de servicio.

7. Otro punto sumamente importante en la aplicación de cualquier mecanismo de defensa al consumidor lo constituye la informalidad⁴. En el Perú, el porcentaje de empresas informales es muy significativo; entonces, ¿cómo se puede tratar de que el consumidor conozca y exija sus derechos si la empresa no tiene ninguna adecuación a las normas legales vigentes?

En el Perú, el crecimiento de la economía informal está asociado al crecimiento de la población, al crecimiento desigual de la economía y a la escasez de fuentes de trabajo. Según estadísticas de hace algún tiempo, se calcula que la economía informal en nuestro país es equivalente a 35% del PBI y a 60% de las horas-hombre trabajadas; es decir, un 35% de la producción y un 60% del trabajo. El comercio informal a través de los vendedores ambulantes es un factor que condiciona poderosamente los mecanismos de defensa del consumidor. Por otro lado, según estadísticas de la Canatur, de 12.000 hospedajes que hay en el Perú, menos de 10% están categorizados y fiscalizados por el Estado, mientras que solo 11.000 de los más de 70.000 restaurantes que hay en nuestro país cumplen con estas condiciones.

Supongamos a un consumidor que, a pesar de estar bien informado, simplemente no puede reclamar a nadie porque no es capaz ni siquiera de encontrar al fabricante o, a menudo, a la persona que le vendió el producto. ¿Cuál sería su reacción? Indudablemente incrementaría aun más su frustración y dejaría de creer en un reglamento que no sirve efectivamente para protegerlo.

Entonces, no solo es necesario informar al consumidor cómo debe reclamar, sino también enseñarle a comprar, exigiendo garantías e informándose sobre la seriedad de la empresa que fabrica o que provee un servicio. Esto puede ser un modo de presión indirecto para que las empresas se formalicen. Un consumidor educado, ayuda a educar a su proveedor.

8. Otro punto importante sería tratar de descentralizar los puntos de reclamo, especialmente para aquellos de menores cuantías. El consumidor debe percibir que no es engorroso, que no va a perder mucho tiempo, y que siempre va a encontrar personas dispuestas a escuchar su reclamo, por pequeño que este pueda ser, así como que tenga un fácil acceso sin necesidad de efectuar largos desplazamientos que al final lo desanimen de hacer valer sus derechos. Para dar un ejemplo, las entidades bancarias están realizando con éxito este tipo de acercamiento al público con sus “centros autorizados”, los cuales están situados en bodegas, farmacias, etc.

4 La economía informal es el sector económico que no aparece en las estadísticas oficiales: las transacciones se llevan a cabo principalmente en efectivo, no se pagan impuestos y los productos que se comercializan a través de ella no ofrecen ninguna garantía al consumidor.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para finalizar, quisiera hacer una reflexión. Si bien es cierto que en cualquier sociedad moderna que busque vivir en armonía deben existir entes reguladores que normen las actividades en las que todos los ciudadanos estamos involucrados, también es necesario tomar conciencia de que la educación es una labor de todos, sobre todo de las personas que hemos tenido mayor acceso a ella, y que deberíamos constituirnos como ejemplo de conducta por seguir.

Sin embargo, en el Perú falta ese ánimo de mejorar, de tratar entre todos de sacar al país adelante. Mientras pensemos en el corto plazo, y en el beneficio propio exclusivamente, no vamos a lograr tener un país moderno y de Primer Mundo, ni siquiera en el largo plazo.

Entonces, eduquémonos nosotros mismos, cumplamos y hagamos cumplir las normas, quejémonos y fomentemos la queja cuando haya que hacerlo, ejerzamos y hagamos ejercer nuestros derechos y obligaciones, y no dejemos que las cosas sigan como están simplemente por comodidad.

BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO, Rolando

2009 *Al medio hay sitio. El crecimiento social según los estilos de vida*. Lima: Planeta.

DE MIGUEL, Armando

1993 *La sociedad española 1992-1993*. Madrid: Alianza Editorial.

SINGH, Jagdip

1990 "A Typology of Consumer Dissatisfaction Response Styles". En: *Journal of Retailing*, 66, p. 57-99.

SOLOMON, Michael

2002 *Comportamiento del consumidor*. México: McGraw Hill.

**ASPECTOS ESPECÍFICOS:
CONTRATOS, INFORMACIÓN Y RESPONSABILIDAD**

ENTENDIENDO EL MERCADO: LA CONTRATACIÓN ESTANDARIZADA COMO FORMA DE MITIGAR LOS PROBLEMAS DE INSATISFACCIÓN Y DE SELECCIÓN ADVERSA

Freddy Escobar Rozas

¿Cuál es la justificación de la contratación estandarizada? En el presente artículo, el profesor Escobar explica que ella permite a los ofertantes de bienes y servicios reducir drásticamente los costos de transacción dentro de los procesos de comercialización de los mismos, así como mitigar de manera eficiente el problema de selección adversa. Por ello, la intervención estatal en el contenido de los contratos estandarizados, contrariamente a lo que busca, distorsionaría el mercado ocasionando perjuicios para los consumidores

“Even where a significant market failure has been identified, government should act only where it is feasible and cost-effective to do so”.

Michael J. Trebilcock

I. INTRODUCCIÓN

A la culminación de este trabajo, el Congreso de la República aún no había aprobado el Código de Consumo¹. La necesidad de contar con el referido código ha sido objeto de discusión mediática; no de discusión filosófica o económica.

Muchos de los argumentos expuestos por los defensores de la adopción del Código de Consumo están relacionados con la necesidad de prohibir a los proveedores la inclusión de determinadas cláusulas en los contratos estandarizados que estos últimos emplean para comercializar bienes y servicios estandarizados². Los referidos argumentos, sin embargo, no toman en consideración el haz de beneficios que genera la contratación estandarizada no solo en términos de reducción de costos de transacción sino también en términos de reducción, a un costo comparativamente bajo, de los problemas de insatisfacción del consumidor y de selección adversa del proveedor.

Este trabajo ofrece una visión general acerca de la contratación estandarizada, de los problemas que las partes enfrentan en este contexto y de los mecanismos de mitigación de tales problemas desarrollados por el sistema legal y por el mercado. La tesis central defiende el predominio de las fórmulas creadas por el mercado para mitigar el problema de insatisfacción del consumidor y el problema de selección adversa del proveedor.

1 Nota del editor: el artículo fue enviado el 5 de agosto de 2010 por el autor al editor del presente libro, fecha en la cual aún no se había aprobado el texto final del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

2 Esta necesidad es explicada en función de la idea de que las empresas fuertes abusan de los consumidores débiles al imponer “cláusulas vejatorias” que perjudican a estos últimos (Espinoza 2004: 626 y ss.).

II. LA FUNCIÓN DE LOS CONTRATOS

Los contratos cumplen un rol fundamental en las sociedades contemporáneas³. En efecto, en primer lugar, los contratos afirman la dignidad del ser humano⁴, al dotar de efectos legales a las decisiones que los individuos toman sobre sus bienes y sus acciones futuras⁵. En segundo lugar, los contratos profundizan el esquema de división del trabajo, acentuando la innovación productiva y comercial⁶. En tercer lugar, los contratos permiten la circulación de los recursos valiosos hacia sus usos alternativos más eficientes (Posner 2007: 33-93). En cuarto lugar, los contratos generan la formación de redes de confianza social que prescinden del aparato estatal para lograr la cooperación entre las personas y, por tanto, permiten la mejora del bienestar individual a menores costos (Leib 2010: 654).

Una perspectiva económica basada en la eficiencia y una perspectiva moral basada en la libertad requieren que las personas puedan fijar libremente el contenido de los contratos que celebran.

-
- 3 “All human transactions are directed to a future that is never free from elements of uncertainty. Every one of our ventures, therefore, involves the taking of a risk. When I board a train to go home I am betting my life that I will get to my destination. Now a contract or agreement may be viewed as an agreement for the distributions of anticipated gains or losses. If I agree to sell certain goods or services I expect that I shall be paid in good United States money and that with this money I shall be able to acquire certain other goods. I do not generally take into account the possibility that the purchasing power of the American dollar may be radically reduced when I receive my pay. That contingency is generally not thought of or else deemed too remote, yet certain bondholders do think of it and specify payment in gold of a certain standard. Now the human power to foresee all the consequences of an agreement is limited, even if we suppose that the two parties understand each other's meaning to begin with. Disputes over disagreements are therefore bound to come up; and the law of contract may thus be viewed as an attempt to determine the rights and duties of the two parties under circumstances that were not anticipated exactly in the same way by the two contracting parties, or at any rate were not expressly provided for in an unambiguous way. One can therefore say that the court's adjudication supplements the original contract as a method of distributing gains and losses” (Cohen 1933: 560).
 - 4 Las personas tienen concepciones diferentes acerca de lo que es bueno o malo para ellas mismas y, en consecuencia, acerca de lo que constituye el fin último de sus vidas. En una sociedad libre, la dignidad individual preserva la capacidad de elegir, entre diversas concepciones en competencia, el fin último de la existencia personal. Los contratos permiten que las personas adquieran los recursos que necesitan para intentar alcanzar sus propias metas y, por lo tanto, para materializar sus propias concepciones acerca del sentido de sus vidas (Rawls 2001: 19).
 - 5 Los contratos crean y transfieren derechos sobre los recursos; esto es, sobre las cosas y las acciones que poseen valor para las personas. En términos de eficacia, los contratos generan titularidades legales tanto sobre las cosas como sobre las acciones futuras de las partes contratantes. Para una explicación detallada del contrato como generador de titularidades sobre recursos, véase Gold (2009: 13-63).
 - 6 La división del trabajo genera bienestar social en la medida en que incrementa la producción de recursos valiosos a menores costos incrementales. Ello debido a que la división del trabajo permite a los individuos elegir el desarrollo de una u otra actividad en función de sus aptitudes y competencias. La repartición de tareas en función de las aptitudes y competencias permite, a su vez, incrementar la eficiencia del proceso productivo por dos razones. En primer lugar porque, en términos comparativos, los más talentosos para una labor específica realizan dicha labor de mejor modo y en menor tiempo: María Callas, Michael Jordan y Gary Becker son, dentro de sus respectivos campos, un claro ejemplo de esto. En segundo lugar, porque los menos talentosos para una labor específica no tienen que invertir en exceso a efectos de estar en condiciones para realizar dicha labor: acudir a un médico es menos costoso y más productivo que estudiar Medicina con el propósito de poder estar en condiciones de tratar los males propios (Hardin 2009: 14).

En efecto, debido a que las personas conocen sus preferencias y valoraciones, carece de sentido confiar el diseño de las reglas contractuales a las autoridades estatales (burócratas, jueces, etc.), en la medida en que estas últimas no tienen información respecto de lo que desea cada una de las personas interesadas en vender y adquirir recursos. Por otro lado, debido a que las personas se reconocen dignas entre sí, carece de justificación otorgar a las autoridades estatales el poder de impedir que aquellas tomen sus propias decisiones, aun cuando estas no sean correctas desde una perspectiva racional o económica.

En consecuencia, la intervención de las autoridades estatales en materia contractual ha de estar restringida a casos excepcionales, en los que, por razones de eficiencia o por exigencias de orden moral⁷, no existe otra opción con mejores resultados esperados.

III. LA REGULACIÓN ESTATAL SUPLETORIA Y LA REDUCCIÓN DE COSTOS DE TRANSACCIÓN

La explicación económica tradicional (Jevons 1965: 85 y ss.; Ippolito 2005: 12; Kronman y Posner 1978: 2) sostiene que las operaciones contractuales son vinculantes porque posibilitan que los recursos escasos sean adquiridos por quienes más los valoran (en cierto momento) y, por tanto, sean empleados en sus usos alternativos más eficientes. El hecho de que los recursos escasos circulen para ser aprovechados por aquellos agentes que más los valoran no solo mejora la situación de bienestar de esos agentes, sino también la situación de bienestar del grupo social en general (Friedman 2000: 150 y ss.). Veamos con un ejemplo cómo es que esto resulta cierto.

Imaginemos que A es propietario del recurso X y valora ese recurso en 100. Imaginemos, por otro lado, que B valora el recurso X en 150. Bajo este supuesto, A estará dispuesto a vender el recurso X a cualquier precio por encima de 100, mientras que B estará dispuesto a comprar dicho recurso a cualquier precio por debajo de 150. Si A y B celebran un contrato y cumplen sus obligaciones, ambos estarán mejor que antes, en tanto que cada uno tendrá en sus manos el recurso que más valora (A valora más el precio, digamos 110, y B valora más el recurso). La sociedad, por otro lado, también estará mejor, en la medida en que la mejoría de los integrantes del conjunto supone la mejoría del conjunto (Georgakopoulos 2005: 20 y ss.; Posner 2001: 98).

Para que las personas celebren transacciones mutuamente beneficiosas, los costos de transacción no deben ser altos. En palabras de Coase, los costos de transacción son los que se generan por el

7 En términos generales, existen dos aproximaciones sobre la moral. Una se sirve del discurso filosófico racional para explicar por qué las personas deben distinguir entre lo correcto y lo incorrecto. La otra se sirve del discurso evolutivo para explicar por qué las personas actúan tomando en consideración la compasión, la simpatía y otro tipo de sentimientos morales. Al margen de cuál sea la aproximación correcta, lo cierto es que los seres humanos toman decisiones en función de ciertas consideraciones morales y están expuestos a externalidades emocionales en caso de que esas consideraciones no sean observadas (Zak 2008: 260-73).

hecho de hacer funcionar el sistema de mercado (Coase 1960: 15 y ss.). En términos específicos, los referidos costos se descomponen en tres: (i) costos de acceder a la información relevante; (ii) costos de negociar y de celebrar los contratos; y (iii) costos de hacer cumplir los contratos.

Volvamos a nuestro ejemplo para notar cómo los costos de transacción resultan nocivos para el mercado. Imaginemos que B tiene que soportar costos de transacción por 30 (debe invertir dinero para encontrar al propietario del recurso X). En este nuevo escenario, A seguirá dispuesto a vender el recurso X por un precio superior a 100, pero B solo estará dispuesto a comprar ese recurso por un precio inferior a 120 ($150-30 = 120$). Por consiguiente, aún existen posibilidades de que la transacción se realice. Pero ¿qué ocurrirá si A también debe asumir en costos de transacción por 30? En este supuesto, resulta obvio que la transacción no se realizará, pues A solo estará dispuesto a vender el recurso X por un precio mayor a 130 ($100+30 = 130$), mientras que B solo estará dispuesto a comprar ese recurso por un precio menor a 120. Los altos costos de transacción habrán frustrado la realización de una transacción mutuamente beneficiosa.

El sistema legal puede contribuir de manera significativa a reducir los costos de transacción. En efecto, el sistema legal puede facilitar el proceso de contratación a través de la oferta de un haz de reglas supletorias que distribuyan riesgos (a través de la asignación de derechos, obligaciones y responsabilidades) y, por consiguiente, liberen a las personas de la necesidad de adoptar acuerdos complejos que regulen las múltiples situaciones de conflicto que pueden presentarse durante la etapa de ejecución de las transacciones.

La reducción de los costos de transacción solamente se presenta si la regulación supletoria tiene sentido económico o por lo menos sentido común. En efecto, a pesar de las buenas intenciones, la referida regulación puede incrementar los costos de transacción si distribuye los riesgos de un modo ineficiente o si contradice lo que el simple sentido común dicta, pues en ambos supuestos las personas querrán pactar en contra, por lo que asumirán mayores costos de transacción. Las personas que no logren pactar en contra porque simplemente ignoran la existencia de la referida regulación, empeorarán su situación de bienestar al ser destinatarias de una asignación ineficiente o inesperada de titularidades⁸.

IV. LA CONTRATACIÓN ESTANDARIZADA

La contratación estandarizada se caracteriza por la ausencia de negociación entre las partes. No existe discusión respecto del contenido del contrato. Una de las partes elabora tal contenido e indica a la otra que está dispuesta a contratar pero no a negociar las condiciones del

8 El Código Civil está plagado de normas ineficientes, que sin justificación alguna limitan los plazos de los contratos, impiden la inclusión de cláusulas mutuamente beneficiosas, otorgan derechos patrimoniales irrenunciables, etc. Un ejemplo paradigmático de regulación groseramente ineficiente y contraria al más elemental sentido común puede ser hallado en materia de invitación a ofrecer (Escobar y Cabieses 2010: 23-38).

contrato. En consecuencia, esta última solo puede aceptar o rechazar esas condiciones (*take it or leave it*).

¿Es ese procedimiento anómalo? ¡En absoluto! No existe razón moral o económica alguna para considerar injusto o ineficiente tal procedimiento. Nadie puede obligar al proveedor de bienes o servicios a negociar, a discutir, a tratar. Todo proveedor debe poder elegir si desea o no colocar sus productos a través de negociaciones, discusiones o tratativas. Toda regulación que imponga límites a la libertad contractual por el simple hecho de que no exista espacio para la negociación de las cláusulas del contrato, es ineficiente e inmoral⁹.

Existen muchas razones que explican y justifican la existencia de la contratación estandarizada¹⁰. Desde una perspectiva económica, la estandarización de los términos contractuales permite, como ninguna otra herramienta, reducir significativamente los costos de transacción de los proveedores de bienes y servicios¹¹. En efecto, gracias a la estandarización de sus compromisos contractuales, dichos proveedores pueden simplificar sus procesos operativos y, por ende, reducir sus costos de producción y de comercialización.

Si los proveedores tuvieran que negociar con cada persona los términos de cada contrato, aquellos tendrían que diseñar e implementar procesos operativos extremadamente complejos para estar en condiciones de responder a la diversidad de preferencias exteriorizadas en el contexto de cada negociación individual¹². El mayor costo de los referidos procesos sería trasladado, a través del precio, a las personas interesadas en adquirir los bienes y servicios ofrecidos por los proveedores. Dadas las múltiples restricciones presupuestales, no todas las personas podrían pagar el mayor precio de los referidos bienes y servicios. Esto significa que el incremento de los precios provocado por el costo de las negociaciones individuales, generaría demandas insatisfechas y, por tanto, empeoramiento de la situación de bienestar de la sociedad.

9 Cuando no existe competencia, el Estado impone –con razón– límites al contenido de los contratos. Esta intervención, sin embargo, no está sustentada en la inexistencia de negociaciones entre el proveedor y los consumidores, sino en la existencia de un monopolio, que genera resultados socialmente ineficientes en la medida en que produce una cantidad de recursos inferior a la que produciría una industria en competencia perfecta (Samuelson y Nordhaus 1993: 212).

10 “First, standard form contracts reduce transaction costs. In the strongest form of this claim, the drafter provides terms consistent with those to which the parties ultimately would have bargained. If, for instance, the standard form allocates risks to the parties best positioned to avoid or insure against them, then presumably the terms reflect the positions most parties in similar positions would have preferred [...] Second, standard form contracts generate benefits associated with network externalities. As developed in the legal literature standardization of contracts confers learning effects as courts and parties agree on meanings of potentially vague terms, while competition among suppliers of contract terms generate contracts that reflect optimal terms [...] Third, standard forms facilitate control of agency costs in mass market transactions. If agents are authorized to negotiate terms, principals will have to monitor agents to ensure that contract modifications do not adversely affect the pricing models under the original contract” (Gillette 2009: 2-3).

11 “[T]he principal justification for standard contracts is the dramatic reduction in transaction costs that they permit in many contexts” (Trebilcock 2003: 93).

12 “The take-it-or-leave-it approach to form contracts is thus fundamentally grounded not only on the efficiencies of mass distribution, but also on substantial institutional rigidities. Firms do not want to negotiate individualized contracts because doing so entails bearing not only the costs of particular negotiations, but also the economic and institutional cost of modifying an organizational structure geared to the standardized terms” (Rakoff 1983: 1176).

V. EL PROBLEMA DE INSATISFACCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

Desde una perspectiva fáctica, las relaciones de consumo presentan un problema constante: los consumidores no obtienen lo que esperaban obtener. En realidad, el problema de no obtener lo que se espera se presenta en cualquier situación contractual; lo que ocurre es que ese problema se agrava en el contexto de operaciones masivas debido a una serie de factores, entre los que se encuentran la asimetría informativa, la rapidez con la que los consumidores toman sus decisiones y la tendencia de los consumidores a cometer errores de estimación de riesgos (Polinski y Rogerson 1982: 6).

Existen diversos mecanismos regulatorios para enfrentar el problema antes indicado: obligar a las empresas a revelar de forma detallada información acerca de las características de los productos ofrecidos en el mercado, prohibir la venta de ciertos bienes especialmente riesgosos, establecer la necesidad de obtener licencias para poder ofrecer bienes y servicios en el mercado, etc.

Cada mecanismo tiene impactos diversos tanto en el valor de la información¹³ como en el costo de la información. Un esquema legal regulatorio será óptimo, en términos de adecuada protección al consumidor, cuando incremente el valor de la información para el consumidor o cuando reduzca el costo de información para el consumidor (o cuando logre ambas cosas) (Trebilcock 2003: 73).

Todos los esquemas regulatorios presentan ventajas y desventajas. Así, el esquema que obliga a las empresas a suministrar información detallada sobre los bienes y servicios que ofrecen puede eliminar la asimetría informativa respecto de consumidores sofisticados y cuidadosos, pero puede resultar contraproducente respecto de consumidores no sofisticados o poco cuidadosos. Dada la tendencia general de los consumidores a no leer documentos extensos o a tomar decisiones en función de intuiciones (Korobkin 2003: 1217; Hillman y Rachlinski 2002: 434), la política de obligar a suministrar información detallada (y, por lo tanto, documentación extensa) puede resultar más perjudicial que beneficiosa.

Por otro lado, el esquema que obliga a obtener una licencia previa para poder ofrecer productos en el mercado, puede mitigar el problema de la presencia de proveedores oportunistas pero puede también exacerbar la divergencia entre lo esperado y lo adquirido, al crear la impresión de que los bienes y servicios son seguros por el simple hecho de ser ofrecidos por empresas que cuentan con la aprobación de una agencia estatal especializada, sin mencionar los efectos anticompetitivos que suelen acompañar a tal mecanismo (Trebilcock 2003: 75).

13 El valor de determinada información está representado por el beneficio esperado que los consumidores obtienen de aquella, a efectos de tomar una mejor decisión.

En consecuencia, la adopción de un mecanismo regulatorio que mitigue o elimine el problema detectado debe depender del análisis comparativo de las distintas opciones que se encuentren disponibles. Ese análisis debe tomar como variables los costos y beneficios resultantes a la luz de la experiencia local e internacional¹⁴.

VI. LA ESTRATEGIA DEL CONTROL DE LOS FORMULARIOS CONTRACTUALES

Diversas jurisdicciones han optado por el mecanismo consistente en intervenir en el contenido de los formularios contractuales con la finalidad de impedir que los proveedores incluyan en tales formularios ciertas cláusulas¹⁵. Para justificar la adopción del referido mecanismo, los círculos legales han ensayado diversas explicaciones.

Algunos han asociado los contratos estandarizados con el poder de los monopolios interesados en imponer condiciones no óptimas (Kessler 1943: 629). La idea de que existe una asociación entre los monopolios y los formularios contractuales es, sin embargo, errónea, pues tales formularios son empleados por empresas que operan en mercados competitivos¹⁶. Por otro lado, no se entiende por qué los monopolios tendrían interés en imponer condiciones contractuales no óptimas, cuando pueden perfectamente ofrecer condiciones contractuales óptimas a un mayor precio¹⁷.

-
- 14 "With respect to each policy objective, a significant array of possible policy instruments are typically available and need to be evaluated (and periodically reevaluated) comparatively, one against the other, in light of experience with their utilisation both in the jurisdiction in question in the past and other jurisdictions currently or historically. That is to say, historical, comparative and empirical evidence will be critical to the choice and ongoing re-evaluation of policy instruments [...]" (Trebilcock 2003: 79).
- 15 Probablemente la regulación de la Unión Europea sea la más agresiva en materia de control de cláusulas predispuestas. A pesar de que los países miembros de la unión han logrado aprobar diversas directivas dirigidas a proteger a la parte que se adhiere a las referidas cláusulas (Directiva 1993/13/ECC sobre términos contractuales injustos, Directiva 97/7/ECC sobre compras a distancia, Directiva 85/577 sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales, Directiva 2001/31/EC sobre contratos celebrados por medios electrónicos), los procesos de negociación no han estado libres de controversias. Por otro lado, la adopción interna de dichas directivas no ha estado exenta de incumplimientos (Micklitz 2004: 339-56).
- 16 "Because standardization, like other types of mass production, lowers the per-unit cost of contracting, competitive firms as well as monopolists have an incentive to use it. Indeed, standardized contracts are widely used in many industries conservatives and liberal economists would agree are workably competitive. Even the fact that competitive firms offer similar terms is no evidence of collusion [...], since such a congruence would be also observed in perfectly competitive markets" (Katz 1997: 2).
- 17 "Other scholars disagree with the view that standard terms depend on competitive conditions. In particular, some suggest that standard terms may be efficient even under monopoly. These authors point out that a product's standard terms are just one of many attributes of a product and can be viewed as a dimension of a product quality. And A. Michael Spence shows that a profit-maximizing monopolist will offer whatever product quality is preferred by the marginal consumer (the consumer who is just willing to pay the ongoing price), since that level maximizes her willingness to pay for the product. Thus as long as the preferences for the marginal consumer are the same as those of the average consumer, even a monopolist will offer optimal terms, albeit at a supra-competitive price" (Marotta-Wurgler 2008: 448).

Otros han asociado los contratos estandarizados con los abusos cometidos por una parte fuerte en contra de una parte débil¹⁸. La idea de que existen abusos en materia contractual se fundamenta en la premisa de que el sistema contractual ha de velar por cierto equilibrio y, por tal razón, ha de ser redistributivo en caso tal equilibrio no se presente *ex ante*. En teoría política, la idea de que el Estado redistribuya la riqueza no es necesariamente unánime¹⁹. Asumiendo, sin embargo, que la sociedad acepte la referida idea, es bastante desafortunado confiar la tarea de la redistribución de la riqueza al Derecho Privado.

En efecto, si las normas que regulan los derechos de propiedad, los contratos y las interferencias asignaran titularidades en función de los niveles de riqueza de las personas, el bienestar social se reduciría irremediamente, generando el incremento de la pobreza.

Imaginemos que una persona sumamente pobre ha trabajado sin descanso durante doce horas recogiendo desperdicios de la ciudad. Agotada por el esfuerzo físico y la casi nula alimentación, esta persona conduce su triciclo sin prestar la atención debida. Por esta razón, al detenerse en un semáforo impacta y daña el lado derecho de un automóvil de lujo, de propiedad de una persona con mucho dinero. ¿Debe la persona pobre pagar una indemnización a la persona rica?

Si consideramos que por ser pobre la persona que ha ocasionado el daño no debe ser obligada a pagar indemnización alguna, entonces todas las personas pobres tendrán incentivos para actuar de manera poco cuidadosa. Esto generará el incremento de las interferencias, de los daños y de los costos de los seguros (en caso existan). También generará el incremento del temor de sufrir daños que no sean indemnizados por los causantes o por las compañías de seguro. Al final del día, muchas actividades socialmente valiosas dejarán de realizarse debido a la licencia legal de dañar otorgada a los pobres por el hecho de ser pobres. La disminución de tales actividades contraerá el número de las transacciones que sostienen el bienestar social, reduciendo el nivel de riqueza del grupo social²⁰.

El Derecho Privado debe crear incentivos para que la riqueza se incremente. Aceptada la idea de la necesidad o conveniencia de redistribuir (con ciertos límites) la riqueza²¹, el Estado ha

18 “Si regolano i rapporti contrattuali delle imprese e dei consumatori tenendo conto, prima di tutto, che sono spesso rapporti fra parti con potere economico diverso, sicché all'interno di essi un contraente 'forte' ha la possibilità di prevaricare un contraente 'debole', imponendogli per per il proprio profitto contratti ingiusti; difendere il contraente debole contro questo rischio di prevaricazione significa, perciò, difendere la giustizia dei rapporti contrattuali di mercato” (Roppo 2001: 904).

19 “[...] the distribution of income will matter to social welfare because a dollar of income often will raise the utility of some individuals more than that of others. Notably, redistributing income from rich to the poor will tend to raise social welfare, assuming that the marginal utility of income is greater for the poor than for the rich [...] the distribution of income may matter to social welfare because some individuals' well-being may depend directly on the distribution of income, as when individuals feel sympathy toward those who are less fortunate” (Kaplou y Shavell 2002: 30-1).

20 Los mismos efectos se producen si las normas que regulan los derechos de propiedad o los contratos asignan titularidades en función de la riqueza o pobreza de las personas.

21 “[...] when legal rules do have distributive effects, the effects usually should not be counted as favoring or disfavoring the rules because distributional objectives can often be accomplished directly, using the income tax and transfer (welfare)

de actuar a través del sistema tributario, ya que, a diferencia de cualquier sistema de Derecho Privado, que imputa consecuencias únicamente a aquellas partes que participan en la transacción contractual o extracontractual concreta, sin tener en consideración sus niveles de riqueza, el sistema tributario no solo imputa consecuencias a la totalidad de las personas con ingresos sino que además lo hace en función de los niveles de ingreso de esas personas, generando de este modo una redistribución más eficiente.

A pesar de que las razones tradicionales que favorecen la intervención de los reguladores en el contenido de los contratos estandarizados no son correctas, los sistemas legales suelen permitir tal intervención.

La estrategia de impedir que los proveedores incluyan determinadas cláusulas en los formularios contractuales puede ser considerablemente nociva. En efecto, cuando el regulador decide que los proveedores no pueden incluir ciertas cláusulas en los contratos estandarizados (p.e., terminación anticipada, ajuste de tasas de intereses, limitación de responsabilidad), aquel no hace otra cosa que imponer a estos últimos diversos riesgos no deseados. Ante tal situación, algunos proveedores deciden no permanecer en el mercado, lo que genera menor competencia, incremento de precios y finalmente demanda insatisfecha. Los proveedores que deciden permanecer en el mercado (en otras condiciones) trasladan, a través del precio, los mayores costos que genera la imposición de riesgos no deseados. Esto también ocasiona demanda insatisfecha.

Al final del día, la decisión del regulador de impedir que los proveedores fijen las condiciones bajo las cuales están dispuestos a ofrecer bienes y servicios trae consigo la decisión de los proveedores de no continuar en el mercado o de hacerlo bajo nuevas condiciones (más onerosas). Cualquiera de esas decisiones genera el incremento de los precios y, por tanto, la disminución del número de adquisiciones. Esto deja sin bienes y servicios a los consumidores más pobres²².

VII. LA MITIGACIÓN DEL PROBLEMA DE INSATISFACCIÓN DESDE EL MERCADO

Con independencia de los mecanismos regulatorios adoptados por las diversas jurisdicciones, los proveedores suelen desarrollar sus propias estrategias de mercado para mitigar el problema de la no obtención de lo realmente querido.

programs. One reason economists have tended to favor these direct means of redistribution is that they reach all individuals and are based explicitly on income. In contrast, particular legal rules affect only relatively small fractions of the population and ordinarily constitute crude means of redistribution" (Kaplow y Shavell 2002: 33-4).

22 "Imposing terms more favorable to the party disfavored in the form will raise the cost of the transaction to the other party –and not just the monetary cost. By doing so, this may ultimately disserve the party who is supposed to be the beneficiary of government intervention" (Barnet 2002: 629).

Generalmente los proveedores están interesados en maximizar tanto las ganancias a corto plazo como el valor de sus negocios a largo plazo²³. Para lograr esto, los proveedores no solo necesitan atraer nuevos consumidores sino también generar relaciones satisfactorias, de modo que puedan mantener la cartera ganada. La clave para lograr aquellas relaciones es la mejora constante de la calidad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado²⁴.

Sin duda, los proveedores podrían generar confianza y lealtad con sus consumidores si negociaran con estos *ex ante*. Esa negociación, sin embargo, incrementaría los costos de transacción de una forma notable²⁵. Por otro lado, en la gran mayoría de casos sería innecesaria, en la medida en que solo una pequeña fracción del universo de consumidores experimenta problemas de calidad²⁶. Por lo tanto, desde una perspectiva de costo-beneficio (eficiencia), tiene sentido que los proveedores prefieran negociar *ex post* con aquellos consumidores insatisfechos.

A través de negociaciones *ex post*, los proveedores satisfacen exigencias de los consumidores que resultan aceptables o valiosas en ciertas situaciones específicas (refinanciamiento de préstamo por pérdida temporal de empleo o por enfermedad sobrevenida, etc.)²⁷. Normalmente esas exigencias no se encuentran amparadas en el texto de los formularios contractuales; aun así, los proveedores las satisfacen debido a que prefieren maximizar la lealtad de sus clientes y su buena reputación en el mercado²⁸.

En su afán por conservar consumidores valiosos, los proveedores implementan dos estrategias: la de gratificación y la de disculpa.

La estrategia de gratificación es empleada cuando el bien o el servicio no satisface determinadas exigencias de los consumidores que resultan razonables en cada caso concreto. La estrategia

23 Solo de esta forma los proveedores tendrán la opción de vender sus negocios en cualquier momento a precios competitivos.

24 "Growing earnings over time requires either continually decreasing costs and/or continually increasing revenues. On the revenue side, growth comes from increasing sales, either by getting existing consumers to buy more or by attracting new consumers [...] the real key to growing revenues is to continually improve the quality of the product or service [...], and to do so in a way that attracts new consumers while not causing the loss or defection of existing consumers" (Johnston 2006: 877).

25 "Form contracts exist, of course, because of the substantial transactions cost savings they produce. A requirement of all contracts be individually negotiated would increase transaction cost so substantially that many common and productive transactions would be rendered economically unfeasible, potentially causing commerce to grind to a halt" (Korobkin 2003: 1246).

26 Diariamente los proveedores de bienes y servicios celebran millones de transacciones con los consumidores. Respecto de este universo, los casos en los que estos últimos experimentan problemas atribuibles a los primeros representan una pequeña fracción.

27 Jason Scott Johnston ha comprobado la aplicación sistemática de la estrategia de negociación *ex post* en las siguientes industrias: tarjetas de crédito, créditos hipotecarios, alquiler de automóviles, venta *retail* y prestaciones de salud (Johnston 2006: 865-76).

28 "In all of the empirical examples, a business uses a standard-form contract that establishes a clear, bright-line obligation, but the business gives its supervisory employees the discretion to do more for the customer than the standard-form obligations require. A very strong economic logic motivates this very common contracting practice: the desire of firm to maximize not only short-term profit, but also long-term value" (Johnston 2006: 877).

de la disculpa es empleada cuando los consumidores no han podido cumplir sus obligaciones debido a circunstancias que resultan entendibles en cada caso concreto. Mediante la primera estrategia, el proveedor otorga al consumidor una compensación monetaria o de otro tipo (p.e., servicio gratuito por cierto tiempo), por la falta de satisfacción de sus expectativas. Ante ello, el consumidor suele mantener la fidelidad con el proveedor. Mediante la segunda estrategia, el proveedor decide no ejercer sus derechos (p.e., resolver el contrato, embargar bienes) y otorgar al consumidor nuevas condiciones que permitan a este último cumplir su obligación. Ante ello, el consumidor suele no fallar.

Las referidas estrategias solo benefician al proveedor, al consumidor y al mercado en general si es que es el proveedor, y no un funcionario estatal, el encargado de aplicarlas de manera voluntaria. Si los proveedores estuviesen obligados a aplicarlas o si los jueces (u otros funcionarios) pudiesen echar mano de ellas, los consumidores oportunistas tratarían de tomar ventaja. Evidentemente, tal cosa no solo generaría el incremento significativo de los costos de transacción (y, por ende, el perjuicio generalizado del mercado), sino también la desatención de los consumidores honestos a los que tales estrategias deben servir²⁹.

VIII. EL PROBLEMA DE SELECCIÓN ADVERSA DE LOS PROVEEDORES

En todos los segmentos del mercado suelen confluír proveedores y consumidores oportunistas y no oportunistas³⁰; esto es, proveedores y consumidores que buscan sorprender a la contraparte a efectos de extraer (de manera indebida) valor de esta última, y proveedores y consumidores que solo buscan obtener los beneficios prometidos por la contraparte.

A no ser que vayan a adquirir ciertos productos al crédito³¹, los consumidores no tienen por qué preocuparse por su reputación comercial, por lo que en general carecen de incentivos económicos para abstenerse de realizar comportamientos oportunistas³².

29 Si los consumidores pudiesen exigir la aplicación de tales estrategias, las solicitudes de los consumidores oportunistas retrasarían o impedirían la atención de las solicitudes de los consumidores honestos, dada la imposibilidad de distinguir *ex ante* entre unos y otros.

30 "Our traditional concern in consumer transactions is one in which innocent consumers are exploited by overreaching sellers. But consumers, as well as sellers, have self-interested incentives to misbehave. In theory, sellers may do so by chiseling on the quality of the goods, or by exploiting terms buyers neither comprehend nor find worthwhile contesting. Consumers may do so by misusing products and then attempting to return them, or by claiming that the goods were defective when the buyer instead suffers from regret about the purchase" (Gillette 2004: 699).

31 Como quiera que la industria financiera ha creado mecanismos de información que operan a costos bajos (p.e., centrales de riesgo), los consumidores interesados en obtener financiamiento sí suelen estar preocupados por su reputación.

32 "The buyer side of the market consists of parties that –because they do not have repeat dealings with particular sellers (the market is competitive, so consumers can switch easily among sellers) and because privacy rules or other barriers to pooling of information among sellers prevent sellers from comparing notes about the behavior of individual buyers– do not have a sunk cost in reputation and hence have no incentive to deal fairly with sellers in the sense of honoring the terms of the contract" (Bebchuk y Posner 2006: 830).

Los proveedores, en cambio, sí tienen por qué preocuparse por su reputación comercial en tanto que adquirirán o perderán compradores en función de la fortaleza o debilidad de esa reputación³³.

Así como los consumidores desean evitar a los proveedores oportunistas, los proveedores desean evitar a los consumidores oportunistas. Los consumidores emplean una serie de mecanismos que operan *ex ante* para evitar a los proveedores oportunistas: desde redes sociales que proporcionan información sobre la reputación comercial de las empresas hasta sistemas oficiales que anuncian la imposición de sanciones por parte de las autoridades. Estos mecanismos no son otra cosa que el resultado de las fuerzas del mercado y de las instituciones legales. Los proveedores, sin embargo, no utilizan mecanismos que operen *ex ante* para evitar a los consumidores oportunistas. ¿Por qué? Porque simplemente los costos de esos mecanismos son muy altos. En efecto, salvo que se trate de operaciones al crédito³⁴, los proveedores no pueden determinar *ex ante*, a costo relativamente bajo, la probabilidad de que el consumidor realice algún comportamiento oportunista (p.e., usar el bien de modo inapropiado y reclamar luego por supuestas fallas de operatividad, alegando que el bien fue entregado en malas condiciones).

¿Cómo mitigan los proveedores el problema de selección adversa? A través de la negociación *ex post*.

La negociación *ex post* sería sumamente compleja y contraproducente si es que estuviera basada en condiciones contractuales “equilibradas”. En efecto, si los contratos estandarizados estuviesen compuestos por cláusulas simétricas, que otorguen derechos iguales o similares a las dos partes, los consumidores oportunistas contarían con incentivos para extraer (de forma indebida) valor de los proveedores. Esto incrementaría los costos de transacción de los proveedores. Ante ello, estos últimos trasladarían los mayores costos a los consumidores honestos a través del precio.

Las “cláusulas no equilibradas” (*one-sided clauses*) otorgan a los proveedores discrecionalidad para evaluar los reclamos o las solicitudes de los consumidores, y ajustar sus comportamientos a las expectativas de estos últimos cuando ello tenga sentido.

33 “[...] sellers are subject to market discipline. Reputational constraints will deter at least those sellers who wish to signal quality from making nonverifiable claims about product quality” (Gillette 2004: 670). “Reputation may be the most important method for enforcing agreements in our society, although not the one of most interest to lawyers. You buy a sports jacket from a store that guarantees satisfaction [...] When you unwrap it, your wife points out that you are a 42 short, not a 40 long, and in any case purple is not really your color. You bring it back to the store, and they give you your money back. The store knows perfectly well that you are not going to sue them; the time and effort would cost you more than the jacket is worth. They give you your money back any way because they don’t want a reputation for cheating their costumers” (Friedman 2000: 145).

34 En este tipo de operaciones, el récord de pago de los consumidores es un dato importante a efectos de determinar la probabilidad de incumplimiento. En el mercado local, los proveedores cuentan con bases de datos relativamente confiables que contienen información sobre aquellos consumidores que no han cumplido sus obligaciones.

Asimismo, las cláusulas en cuestión otorgan una línea base a partir de la cual ambas partes trazan estrategias y optan por movimientos. Los consumidores realizan el primer movimiento al reclamar por la calidad del bien o del servicio, o por la aplicación de algún término contractual considerado “no razonable” o “injusto”. En función de las razones específicas que los consumidores tengan en cada caso, los proveedores toman la decisión de no ceder y hacer primar la letra del contrato; o de ceder y pasar por alto la letra del contrato. En consecuencia, cuando los proveedores detectan la presencia de consumidores oportunistas, aquellos aplican la estrategia de hacer respetar la letra del contrato, mientras que cuando los proveedores encuentran consumidores no oportunistas con reclamos o solicitudes atendibles, aquellos aplican la estrategia de obviar la letra del contrato.

Aplicando el teorema de Coase, en un mundo con costos de transacción iguales a cero, los jueces (u otros agentes del Estado) podrían realizar el ejercicio de seleccionar a aquellos consumidores no oportunistas. En el mundo real, sin embargo, eso es inviable. En efecto, los jueces (u otros oficiales del Estado) no tienen experiencia tratando a consumidores, no tienen información confiable sobre las formas de emplear los productos, sobre las expectativas que los productos suelen generar en el mercado, sobre la situación en la que se encuentra cada consumidor que reclama, etc. En suma, en el mundo real los jueces (y otros oficiales del Estado) no tienen cómo distinguir, a costos bajos, si es que los que reclaman son consumidores honestos u oportunistas.

Los proveedores, por el contrario, sí tienen experiencia tratando con consumidores de todo tipo. Además, tienen información sobre las formas de empleo de los productos y sobre las expectativas que estos generan en el mercado. Muchas veces tienen información sobre la situación en la que se encuentra cada consumidor que reclama. Además, el procesamiento de las quejas se realiza a su costo y no al de los contribuyentes, que subsidian los costos de los procesos judiciales.

Como quiera que los proveedores se encuentran en mejor situación que cualquier oficial estatal para tratar con los consumidores oportunistas, tiene sentido que aquellos sean los encargados de detectar la presencia de estos últimos y de generar barreras que impidan la extracción indebida de valor.

Para que los proveedores puedan desincentivar el empleo de tácticas oportunistas, es necesario que los contratos no contemplen condiciones equilibradas, esto es, condiciones que den lugar a discusiones sobre qué derecho prima: si el de los proveedores o el de los consumidores. En efecto, si los contratos contemplaran dichas condiciones, sería sumamente difícil evitar a los consumidores oportunistas, en la medida en que estos podrían alegar que al caso concreto resultan aplicables sus derechos y no los de los proveedores.

Los hoteles establecen horas fijas para la salida de los huéspedes (*check out*). Si un huésped no realiza el *check out* a la hora prevista, el hotel tiene derecho a aplicar cierta penalidad. Como es obvio, la administración del hotel no está interesada en aplicar penalidades; la administración

del hotel está interesada en que sus huéspedes disfruten su estadía y continúen tomando los servicios del hotel en sus próximos viajes o recomienden a terceros dichos servicios. Cuando los retrasos de los huéspedes son menores o cuando concurren circunstancias excepcionales que requieren cierta tolerancia (p.e., accidente o enfermedad), la administración del hotel no aplica penalidades. ¿Qué pasaría si los contratos establecieran expresamente que los hoteles no tienen derecho a aplicar las penalidades en caso de retrasos menores o por circunstancias excepcionales? En tal escenario, los consumidores oportunistas tratarían de tomar ventaja de la “cláusula equilibrada”. En efecto, en lugar de hacer el *check out* de forma oportuna, un consumidor oportunista preferirá permanecer en la habitación mirando la televisión, y argumentar luego haberse encontrado indispuesto por la comida ofrecida en el hotel³⁵.

Si bien es cierto que la estrategia oportunista descrita puede ser empleada en cualquier contexto, las consecuencias son diversas en función del tipo de cláusula que se aplique. Bajo una cláusula no equilibrada, el hotel tiene derecho a aplicar la penalidad si es que el *check out* no se realiza oportunamente, sin que interese la causa que motivó el retraso. Por esta razón, el consumidor no puede discutir en las cortes la aplicación de la penalidad. Bajo una cláusula equilibrada, el hotel tiene derecho a aplicar la penalidad solo si el retraso en el *check out* no es mayor o si no obedece a circunstancias excepcionales que lo justifiquen. Por esta razón, el consumidor sí puede discutir en las cortes la aplicación de la penalidad. Evidentemente, el consumidor oportunista intentará tomar ventaja de la cláusula equilibrada. Si el costo (monetario o reputacional) de discutir en las cortes es excesivamente alto para el hotel, este último cederá ante las estrategias de los consumidores oportunistas. Para cubrir las pérdidas provocadas por tales estrategias, el hotel incrementará sus tarifas. Esto significa que los consumidores honestos terminarán pagando el costo impuesto por los consumidores no honestos.

Una cláusula no equilibrada, al imponer la aplicación de una penalidad en función de un *check out* rígido y otorgar derechos solo al proveedor, permite a la administración del hotel disuadir los comportamientos oportunistas de los huéspedes a costos sumamente bajos, y otorgar beneficios a los huéspedes que incurrir en retrasos de buena fe o por buenas razones.

35 Este ejemplo ha sido tomado del trabajo de Bebchuk y Posner. A continuación, otro ejemplo tomado de los mismos autores, en sus propias palabras: “Consider by way of example the following provision in the standard contract that Harvard University Press enters into with authors: ‘[I]f the Author fails to return the corrected proofs sheets by the date set by the Publisher, the Publisher may publish the Work without the Author’s approval of proof’. Clearly, given the importance of accuracy to the author, the publisher’s enforcing this provision to the hilt would impose in the author an expected cost greater than the benefit to the publishers [...] What could explain the inclusion of this provision [...]? [...] Our explanation is that the provision is intended to protect the publisher from circumstances in which the author’s delay in returning proofs is egregious. But if the provision were explicitly limited to those circumstances, enforcement would be a difficult undertaking for a court because determining ‘egregiousness’ might well depend on information available to the parties but not easily and accurately observable by the court. The one-sided provision obviates this concern, while the publisher’s reputational interest protects the authors from the publisher’s taking advantage of the literal meaning of the provision” (Bebchuk y Posner 2006: 833).

Las cláusulas no equilibradas, en consecuencia, permiten mitigar, a costos bajos, el problema de selección adversa que afecta a los proveedores y, por ende, al mercado³⁶. Invaldar tales cláusulas implica, además de desconocer la libertad de los proveedores de concurrir al mercado bajo las condiciones de riesgo que consideren tolerables, despojar a los proveedores de una herramienta fundamental para intentar reducir las pérdidas provocadas por los comportamientos oportunistas de los consumidores; pérdidas que afectan al mercado en general.

IX. EL ESPACIO PARA LA REGULACIÓN

A pesar de que el mercado ha desarrollado estrategias para enfrentar, al menor costo posible, los problemas de insatisfacción y selección adversa, no resulta factible prescindir de la intervención regulatoria. En efecto, existen dos problemas serios que las estrategias indicadas aún no pueden solucionar: el de los efectos anticompetitivos de ciertas cláusulas empleadas por los proveedores y el de la excesiva complejidad de los textos redactados por los proveedores.

A veces los contratos estandarizados incluyen cláusulas que generan efectos anticompetitivos³⁷. En efecto, algunas cláusulas complejas imposibilitan la comprensión integral de lo que se ofrece y, por tanto, la comparación entre los productos rivales. La falta de comparación permite que, aun sin colusión de por medio, se incrementen los precios por encima del punto de equilibrio (Gilo y Porat 2006: 1007). Otras cláusulas simplemente dificultan el ingreso de nuevos competidores al atar la adquisición de un producto o de un servicio a otros comercializados por el mismo proveedor.

Por otro lado, los contratos estandarizados suelen ser extensos. Además, suelen emplear términos y conceptos técnicos de difícil comprensión. Por ello, generalmente los consumidores

36 "It is plausible that a seller could observe consumer misbehavior that it could not verify to a third party or that is sufficiently costly to verify that self-help would be preferable to a third party enforcement. A seller, therefore, may desire to have a self-help mechanism that allows it to act on its observable, but non-verifiable (or verifiable only at high cost) perception of consumer misbehavior. A contract clause that assigns an entitlement to the seller, but that the seller may underenforce when it is dealing with a good claimant, satisfies that objective. In short, the presence of an onerous clause in a contract may mean only that the drafter is entitled to employ the clause in the event that the parties do not reach an anticipated cooperative resolution of any transactional breakdown" (Gillette 2004: 702).

37 "[...] the supplier uses boilerplate provisions for stabilization of cartels and obstruction among suppliers. First, suppliers could use boilerplate language to make their contracts complex so that consumers would find it difficult to compare contracts of competing suppliers [...] Second, suppliers could use beneficial boilerplate provisions, available only to consumers who read, understand, and remember them, in order to facilitate the sustainability of tacit and explicit cartels. While collusion over harsh boilerplate could relatively easily break down, collusion over the terms applied to nonreaders of boilerplate provisions, coupled with benefits granted to readers of these provisions, could be more sustainable, and at times, also more profitable. Third, suppliers could use beneficial boilerplate provisions, available only to readers of such terms who understand and remember them, as an anticompetitive signaling device. The beneficial provisions are a relatively credible and cheap signal of how efficient and competent the supplier is. Such a signal could discourage welfare-enhancing (unsuccessful) attempts by rivals to exclude the supplier and could also deter entry of new suppliers" (Gilo y Porat 2006: 987).

deciden no leer en su integridad los documentos que los proveedores ponen a su disposición³⁸. Y cuando de modo excepcional deciden hacerlo, no logran comprender aspectos importantes de la transacción. Esto hace que no siempre las decisiones de adquisición de los consumidores sean eficientes³⁹.

La regulación puede combatir ambos problemas. En el primer caso, el regulador puede prohibir la inclusión de aquellas cláusulas que de manera directa o indirecta generen efectos anticompetitivos. En el segundo caso, el regulador puede obligar a los proveedores a suministrar información selectiva y simplificada⁴⁰, puede comparar las condiciones contractuales ofrecidas en el mercado e informar a los consumidores de manera sencilla sobre los resultados de la comparación efectuada, puede incentivar la creación de canales de evaluación de satisfacción de los consumidores⁴¹ o, en casos en los que no exista competencia, puede exigir la aprobación previa de las cláusulas generales de contratación por parte de la agencia estatal correspondiente.

38 “Real people don’t read standard form contracts. Reading is boring, incomprehensible, alienating, time consuming, but most of all pointless. Besides, lots of people bought the product or the service along with the same contract and seem happy enough, so we presume that there must be nothing particularly important buried in the contract terms” (Ben-Shahar 2008: 3).

39 Muchas veces, la extensión y complejidad de los contratos estandarizados es consecuencia directa de las exigencias regulatorias de suministrar información detallada a los consumidores. Cuando la complejidad de la información disponible se incrementa, el proceso de toma de decisiones requiere mayores niveles de esfuerzo cognitivo. Como quiera que las personas desean tomar decisiones correctas, pero a su vez desean minimizar los esfuerzos en el proceso de adopción de decisiones, aquellas terminan empleando estrategias simples que se concentran en las “partes relevantes” de la información disponible. Lamentablemente, nada garantiza una adecuada selección de las partes relevantes de la información que requiere ser evaluada en el proceso de toma de decisiones. Por tal razón, los consumidores pueden adoptar decisiones que no logren maximizar su bienestar (Korobkin 2003: 1226 y ss.). Existe literatura multidisciplinaria que sostiene que en muchos casos la restricción de opciones en el proceso de toma de decisiones conduce a resultados más favorables. Esto supone que no siempre es bueno ordenar el suministro de información detallada (Elster 2002: 15 y ss.; Ariely 2009: 139 y ss.).

40 En Rhode Island se está llevando a cabo un proceso de reforma regulatoria que se basa en la idea de que los formularios contractuales deben estar redactados en *plain English*. Actualmente una cláusula estándar de cualquier contrato de seguro ofrecido en Rhode Island establece lo siguiente: “In the event a third party, including your employer/agent, is or may be responsible for causing an illness or injury for which we provided any benefit or made any payment to you, we shall succeed to your right of recovery against such responsible party. This is our right of subrogation. If you do not seek damages for your illness or injury, you must permit us to initiate recovery on your behalf (including the right to bring suit in your name)”. Como consecuencia de la reforma indicada, a partir del próximo año esta misma cláusula tendrá la siguiente redacción: “Your injury or illness may have been caused by someone else. If so, we can collect from that person any claims we pay on your behalf. For example, if we pay for your hospital stay, we can collect the amount we paid for your hospital stay from the person who hurt you. We can also collect payment from that person even if he or she agreed to pay you directly or has been ordered by a court to pay you. If the person who caused your injury has already paid you, we can collect from you the amount he or she has already paid to you. This is called subrogation. In addition, if you do not try to collect money from the person who caused your injury, you agree to let us do so in your name”.

41 “Rating the quality features of goods and services is a deep-rooted market practice that allows consumers to conduct such price/satisfaction predictions. For example, when reserving a hotel online, Expedia.com and other reservation services rate each hotel on the basis of consumer review along several attributes [...]” (Ben-Shahar 2008: 30).

X. LA OPCIÓN DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE CONSUMO

El proyecto de Código de Consumo ha seguido la dirección de la regulación actual, al considerar necesaria la intervención del Estado en el contenido de los formularios contractuales, al margen de si existe o no competencia⁴². Evidentemente, tal intervención no es condenable *per se*, pues el regulador puede prohibir cláusulas anticompetitivas o promover el uso del lenguaje claro y sencillo para que los consumidores entiendan lo que se les ofrece y tomen decisiones eficientes.

El referido proyecto, sin embargo, se concentra en prohibir cláusulas que resultan valiosas para el mercado en general o en crear estándares de control que lo único que hacen es incrementar el nivel de inseguridad jurídica del país.

Por razones de espacio, no es posible comentar la totalidad de “cláusulas abusivas” tipificadas por el proyecto de Código de Consumo (en adelante, “proyecto”). Lo que sigue a continuación es un análisis breve de los casos más graves.

De acuerdo con el proyecto, son abusivas y, por lo tanto, inválidas, entre otras, las siguientes cláusulas⁴³:

- i) “la que establece un plazo irrazonable para que el proveedor brinde el servicio o entregue el producto”;
- ii) “la que faculte al proveedor a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, o la que lo faculte a resolver un contrato de duración indeterminada en un plazo breve o sin previa notificación realizada en un plazo razonable”;
- iii) “la que permite al proveedor atribuir consecuencias contractuales a la realización u omisión de un acto por parte del consumidor en reemplazo de su manifestación de voluntad expresa”; y
- iv) “la que establezca obligaciones que puedan ser consideradas abusivas que coloquen al consumidor en desventaja exagerada, o que sean incompatibles con la equidad”.

Imaginemos que el proveedor ofrece cumplir dentro de un plazo excesivo en comparación con el que ofrecen los demás proveedores del mercado y, no obstante ello, el consumidor (debidamente

42 El Código Civil y las diversas normas que protegen a los consumidores (Decreto Legislativo 716, Ley 27049, Ley 27311, Ley 27598, Ley 28587 y Decreto Legislativo 1045) establecen una serie de límites a la libertad contractual de los proveedores.

43 Nota del editor: las cláusulas abusivas están reguladas en los artículos 49 y ss. del nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor. Las cláusulas citadas por el autor no corresponden a las actualmente aprobadas, pero son representativas de lo negativo que puede ser en términos generales limitar la capacidad contractual de las personas.

informado) accede a contratar. ¿Por qué el Estado puede invalidar ese pacto? Estamos ante una intervención inmoral e ineficiente, que afecta sin razón alguna tanto los procesos de producción y de comercialización de los proveedores, como la libertad de los consumidores de preferir la mayor calidad en lugar de la rapidez promedio.

La facultad de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado puede ser explicada y justificada por la ocurrencia de eventos sobrevenidos que, afectando a los consumidores, colocan al proveedor de bienes o servicios en una situación de pérdida esperada. Este es, por ejemplo, el caso de la cláusula que permite resolver el contrato de manera anticipada en caso de cesación de pagos, de insolvencia o de quiebra del usuario. Si el consumidor se encuentra en alguna de esas situaciones, resulta claro que no podrá cumplir su obligación frente al proveedor. Por lo tanto, es justo y eficiente que este último resuelva el contrato de forma anticipada, a efectos de tratar de evitar incrementar sus pérdidas. Sin la posibilidad de emplear la cláusula de resolución anticipada, el proveedor queda injustificadamente desprotegido. Por otro lado, si es que el plazo para ejercer el derecho de resolución anticipada no es breve, entonces se expone de manera injustificada al proveedor. Por tal razón, la exigencia de un plazo “adecuado” es irracional.

Para hacer notar los efectos nocivos de la prohibición de establecer la posibilidad de resolver un contrato de duración determinada de forma anticipada, analicemos el caso del préstamo bancario.

Los bancos otorgan préstamos empleando en gran medida los recursos monetarios captados del público (depósitos) (Heffernan 2007: 1-2). Si las personas que toman préstamos bancarios no devolviesen el capital ni pagasen los intereses, los depositantes correrían el riesgo de perder los recursos entregados al banco. A efectos de proteger tales recursos (ahorro interno), las legislaciones suelen otorgar a los bancos remedios y defensas excepcionales que posibilitan la recuperación de las colocaciones de manera rápida y privilegiada. Si se presentan circunstancias que afectan la capacidad de pago de los consumidores, ¿por qué razón un banco no puede resolver de manera anticipada los contratos e intentar recuperar las colocaciones efectuadas? ¿Acaso no es prudente y aconsejable el intentar eliminar o mitigar las pérdidas que al final del día afectan al ahorrista y al mercado?

A mayores trabas para la recuperación de las colocaciones, mayores costos de transacción. A mayores costos de transacción, mayores precios. A mayores precios, mayor demanda insatisfecha.

La cláusula que permite atribuir consecuencias contractuales a la realización u omisión de un acto por parte del consumidor también puede ser explicada y justificada por la existencia de una serie de circunstancias. Si el usuario no manifiesta expresamente su voluntad de usar un servicio pero en los hechos lo usa, ¿por qué no se puede atribuir a tal acción el sentido de manifestación de voluntad expresa de pagar el precio del servicio? El Código Civil permite deducir

la existencia de manifestaciones de voluntad de las acciones que realicen las partes. Tomando en consideración este dato normativo, ¿no es mejor para la sociedad que los proveedores, en lugar de acudir a una demanda judicial, acudan al mecanismo contractual *ex ante*? En otras palabras, ¿no es mejor para todos que, en lugar de que las manifestaciones tácitas sean reconocidas *ex post* en el marco de un proceso judicial que genera costos para los contribuyentes, dichas manifestaciones tengan valor *ex ante* en el marco de la relación contractual? La cláusula comentada permite reducir los costos de transacción de la interpretación judicial del comportamiento contractual. Es absurdo prohibirla.

¿Qué cosa es “desventaja” en el ámbito contractual? ¿Cuándo una desventaja es “exagerada”? ¿Qué significa “equidad”? Estos estándares no solo son subjetivos y, por lo tanto, portadores de inseguridad, sino también carentes de contenido en el mundo real, en la medida en que no existe razón económica o moral que sustente la política legal de establecer la necesidad de un equilibrio entre derechos y obligaciones contractuales.

Los contratos producen intercambios voluntarios. Estos intercambios están expuestos a diversos riesgos y lo racional es protegerse contra ellos. Si un banco otorga un préstamo a una persona, ese banco toma muchos más riesgos que los que toma esta última. Así, el banco toma, entre otros riesgos (p.e., el riesgo del incremento de tasa de fondeo), el riesgo del fallecimiento del prestatario, el riesgo de la incapacidad del prestatario, el riesgo de la insolvencia del prestatario, el riesgo de la ilegalidad de las actividades del prestatario, etc. El prestatario únicamente toma el riesgo del no desembolso. Por tanto, las partes contratantes no tienen que ser titulares de los mismos derechos ni de la misma protección legal. La idea de que debe existir equilibrio o simetría contractual es nefasta porque altera la necesidad de mitigar la desproporción entre los riesgos.

XI. CONCLUSIÓN

Los consumidores necesitan protección del Estado incluso en mercados competitivos. La asimetría informativa impide tomar decisiones eficientes. Las estrategias para restringir o entorpecer la libre competencia incrementan los precios. Estos problemas no pueden ser resueltos a costos bajos por los propios consumidores, mas sí por el Estado.

Muchos aspectos de la regulación existente y de la contenida en el proyecto resultan invasivos de la libertad de las empresas y de los consumidores, sin estar respaldados por alguna justificación de orden moral o de orden económico.

En términos generales, es posible afirmar que la intervención del legislador ha incrementado los costos de transacción de las operaciones de mercado. De aprobarse el proyecto, tales costos se incrementarán aun más. Lamentablemente, ello no será beneficioso para los consumidores.

Una reforma seria del sistema de protección al consumidor requiere tomar en consideración algo muy simple: los problemas de los proveedores terminan afectando a los consumidores. Si aquellos sufren pérdidas por estrategias oportunistas de consumidores o de competidores, el sistema de precios terminará diseminando esas pérdidas entre los consumidores honestos.

Necesitamos que el regulador, en lugar de invadir sin justificación algunas de nuestras libertades, se preocupe de mitigar, a costos bajos, los problemas del mercado en general y otorgue a la agencia estatal llamada a proteger a los consumidores, mayores recursos para que su labor sea efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

ARIELY, Dan

2009 *Predictably Irrational*. Nueva York: Harper Collins.

BARNET, Randy

2002 “Consenting to Form Contracts”. En: *Fordham Law Review*, N° 71, p. 627-45.

BEBCHUK, Lucian A. y Richard A. POSNER

2006 “One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets”. En: *Michigan Law Review*, N° 104, p. 827-36.

BEN-SHAHAR, Omri

2008 “The Myth of the ‘Opportunity to Read’ in Contract Law”. En: *Social Science Research Network*, 29 de agosto. Fecha de consulta: 29/07/2010. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1162922>.

COASE, Ronald H.

1960 “The Problem of Social Cost”. En: *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, p. 1-44.

COHEN, Morris

1933 “The Basis of Contract”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 46, N° 4, p. 553-92.

ELSTER, Jon

2002 *Ulises desatado*. Trad. Jordi Mundó. Barcelona: Gedisa.

ESCOBAR, Freddy y Guillermo CABIESES

2010 “Reivindicando el sentido común: alegato a favor de la derogación de la regulación de la invitación a ofrecer en el Código Civil de 1984”. En: *Advocatus*, N° 21, p. 23-38.

ESPINOZA, Juan

2004 “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”. En: LEÓN, Leysser (ed.). *Estudios sobre el contrato en general*. Lima: Ara Editores.

FRIEDMAN, David D.

2000 *Law's Order*. Princeton – Oxford: Princeton University Press.

GEORGAKOPOULOS, Nicholas

2005 *Principles and Methods of Law and Economics*. Cambridge – Londres: Cambridge University Press.

GILLETTE, Clayton

2009 “Standard Form Contracts”. En: *Social Science Research Network*, 26 de abril. Fecha de consulta: 28/07/2010. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1374990>.

2004 “Rolling Contracts as an Agency Problem”. En: *Wisconsin Law Review*, p. 679-722.

GILO, David y Ariel PORAT

2006 “The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic Imposition of Transactions Costs, Segmentation of Consumers, and Anticompetitive Effects”. En: *Michigan Law Review*, Vol. 104, p. 983-1032.

GOLD, Andrew S.

2009 “A Property Theory of Contract”. En: *Northwestern University Law Review*, Vol. 103, Nº 1, p. 13-63.

HARDIN, Russell

2009 *How Do You Know?* Princeton – Oxford: Princeton University Press.

HEFFERNAN, Shelagh

2007 *Modern Banking*. John Wiley & Sons Ltd.

HILLMAN, Robert A. y Jeffrey J. RACHLINSKI

2002 “Standard-Form Contracting in the Electronic Age”. En: *New York University Law Review*, Nº 7, p. 429-95.

IPPOLITO, Richard

2005 *Economics for Lawyers*. Princeton–Oxford: Princeton University Press.

JEVONS, Stanley William

1965 *The Theory of Political Economy*. Nueva York: A. M. Kellys.

JOHNSTON, Jason Scott

2006 “The Return of Bargain: An Economic Theory of How Standard-Form Contracts Enable Cooperative Negotiation Between Businesses and Consumers”. En: *Michigan Law Review*, Vol. 104, p. 857-98.

KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL

2002 *Fairness versus Welfare*. Cambridge – Londres: Harvard University Press.

KATZ, Avery

1997 “Standard Form Contracts”. En: *Social Science Research Network*. Fecha de consulta: 30/07/2010. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=41320>.

KESSLER, Friedrich

1943 “Contracts of Adhesion: Some Thoughts about Freedom of Contract”. En: *Columbia Law Review*, Vol. 43, N° 5, p. 629-42.

KOROBKIN, Russell

2003 “Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability”. En: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, N° 4, p. 1203-95.

KRONMAN, Anthony T. y Richard A. POSNER.

1978 *The Economics of Contract Law*. Boston – Toronto: Little, Brown and Company.

LEIB, Ethan J.

2010 “Contracts and Friendships”. En: *Emory Law Journal*, Vol. 59, p. 649-726.

MAROTTA-WURGLER, Florencia

2008 “Competition and the Quality of Standard Form Contracts: An Empirical Analysis of Software License Agreements”. En: *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 5, N° 3, p. 447-75.

MICKLITZ, Hans W.

2004 “The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party”. En: *Journal of Consumer Policy*, N° 27, p. 339-56.

POLINSKI, Mitchell A. y William P. ROGERSON

1982 “Products Liabilities, Consumer Misperception and Market Power”. En: *Social Science Research Network*. Fecha de consulta: 03/08/2010. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=300720>

POSNER, Richard

2007 *Economic Analysis of Law*. Nueva York: Aspen Publishers.

2001 *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge – Londres: Harvard University Press.

RAKOFF, Todd D.

1983 “Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 96, N° 6, p. 1173-284.

RAWLS, John

2001 *Justice as Fairness. A Restatement*. Cambridge – Londres: The Belknap Press of Harvard University Press.

ROPPO, Vincenzo

2001 *Il Contratto*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore.

SAMUELSON, Paul y William D. NORDHAUS.

1993 *Economía*. Trad. Esther Rabasco y Luis Toharia. Madrid: McGraw-Hill.

TREBILCOCK, Michael

2003 “Rethinking Consumer Protection Policy”. En: RICKETT, Charles E. F. y Thomas G. W. TELFER (Eds.). *International Perspectives on Consumers’ Access to Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.

ZAK, Paul J.

2008 “Values and Value: Moral Economics”. En: *Moral Markets. The Critical Role of Values in the Economy*. Princeton – Oxford: Princeton University Press.

PUBLICIDAD E INFORMACIÓN PARA EL CONSUMO

Gustavo M. Rodríguez García

Informar al consumidor es positivo porque le permite tomar decisiones de consumo reduciendo los costos de la ignorancia o la incertidumbre. La publicidad es uno de los medios por excelencia para divulgar información acerca de un bien o servicio. Sin embargo, ¿realmente se revela la información necesaria? ¿Qué se debe entender por “información necesaria”? Es a partir de estas y otras interrogantes que el autor nos muestra el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia nacional al tema de la información para los consumidores, así como el análisis económico que hay detrás. De esta manera, nos encontraremos con las distintas paradojas del Derecho del Consumo y se pondrá énfasis en que antes de adoptar medidas respecto a la divulgación de la información, se deberá medir el impacto de las reglas propuestas para el beneficio de la sociedad en su conjunto. Y es que detrás de cualquier regulación y decisión, debe ponderarse una verdad irrefutable: informar cuesta y ese es un costo que alguien debe pagar.

En enero del 2007, *Consumer Reports* anunció los resultados de una investigación sobre los asientos para niños empleados en los automóviles. Aproximadamente dos semanas después de la publicación, *Consumer Reports* se retractó de lo anunciado señalando que se había verificado ciertas fallas en las simulaciones realizadas. Una de las preguntas que suscitó lo ocurrido fue determinar cuán factible era para los consumidores ignorar la información originalmente divulgada como consecuencia de la revelación posterior de información correctiva. En un estudio realizado por Uri Simonsohn, se evidenció que los consumidores son más racionales de lo que algunos partidarios de la teoría de la debilidad inherente del consumidor podrían considerar. Así de poderosa es la información: puede alterar las preferencias de los consumidores y puede recomponerlas.

El Sistema de Protección al Consumidor se orienta a la superación de la asimetría informativa en el mercado. Al respecto, se ha señalado que “en una economía a escala, como regla general, los consumidores individualmente considerados se encuentran en una posición desventajosa en relación a los proveedores de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Esta desventaja principalmente se traduce en un problema de costos en el acceso a determinada información relevante que permite que las decisiones de consumo de cada individuo sean las que, en su opinión, le reporten mayores beneficios [...]” (Patrón 1995: 243).

La pregunta crucial es: ¿cuánta información es necesario exigir mediante una obligación de revelación obligatoria? Esta pregunta nos debe conducir a reflexiones sobre el rol de la información, la eficiencia de establecer reglas probatorias en determinados supuestos en los que se reclama la carencia de información relevante, el reconocimiento de que el exceso de información puede importar un perjuicio real para el derecho de los consumidores y del funcionamiento adecuado del mercado en su conjunto, y la compleja cuestión referida a la valoración de la información contenida en publicidad de cara a la formación de expectativas tutelables por el Derecho del Consumo.

No puede negarse que la publicidad es un mecanismo importante de divulgación de información valiosa y que contribuye a superar el problema de asimetría antes indicado. Con todo, deberá reconocerse también que así como la publicidad reduce los costos de transacción de identificar posibles vendedores y adquirentes (reducción de costos de búsqueda), esta también es un costo en sí mismo, que no necesariamente guarda relación con la valorización particular que se haga del bien o servicio publicitado en el mercado (Stigler 1961: 216).

En esta sección, pretendemos abordar algunas de estas cuestiones tratando de incidir en el enfoque que la jurisprudencia nacional le ha dado al tratamiento de la información como derecho esencial de los consumidores y, en correlato, como deber de los proveedores. Será interesante notar que nuestra normativa de protección al consumidor se encuentra plagada de gran cantidad de disposiciones que importan mandatos, directos o indirectos, de revelación de información.

I. INFORMACIÓN Y PROCESO DE CONSUMO

La anterior ley de protección al consumidor, el Decreto Legislativo 716, recogía en su artículo 5° literal b)¹ el derecho de los consumidores 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 mismos. Como contraparte, el artículo 15° establecía el deber de los proveedores de consignar en forma veraz, suficiente, apropiada y muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados².

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por **toda la información necesaria** para tomar una decisión de consumo adecuada? Y, fundamentalmente, ¿necesaria para quién? A la luz de la actuación de un consumidor razonable, parece adecuado adelantar que la información necesaria es aquella que el consumidor no tiene a su alcance y no resulta previsible dada la operación de consumo. En efecto, es claro que el proveedor no tiene el deber de revelar información que el consumidor ya tiene porque se trata, precisamente, de cuestiones conocidas. En lo que se refiere a la previsibilidad, se trata de un aspecto importante aunque de complejo análisis porque una interpretación subjetiva de la cuestión podría llevarnos al absurdo de analizar lo que era o no previsible para cada consumidor que pretende tutela.

1 Actualmente regulado en el literal 1.1.b del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

2 Actualmente regulado en el numeral 2.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Adicionalmente, a partir del artículo 5, hasta el 17, el nuevo Código establece una serie de disposiciones relacionadas con la publicidad y con el deber de revelar información. El artículo 29 se refiere explícitamente al deber de revelar información en caso de riesgo o peligrosidad de los productos o servicios.

Nosotros creemos, por el contrario, que la información que debe revelar el proveedor es aquella que no resulta evidente dada la naturaleza del producto o servicio que es materia de la relación de consumo.

En la mayoría de casos en los que se discute un problema de información –y de falta de idoneidad que es analizada a partir de la información existente–, es sencillo imaginarse que el consumidor, si hubiera sabido que las cosas eran como el proveedor dice que son, no hubiera llevado a cabo la operación de consumo. Pero ¿realmente es relevante lo que el consumidor hubiera hecho si hubiera entendido la información? ¿O lo que es relevante es si la información divulgada era la esencial para que un consumidor razonable pueda tomar su decisión de consumo con conocimiento de las características y condiciones de lo ofrecido?

Lo primero que debemos enfatizar es que la revelación de toda la información –esencial o no esencial– es imposible. Es absolutamente impracticable que toda la información pueda ser puesta en conocimiento del consumidor. Pero, más allá de eso, ¿realmente le ayuda al consumidor que se le inunde de información que pudiera –o quizás no– resultarle útil? Esto nos lleva a discutir el interesante tema de la **saturación informativa**.

Richard Craswell ha aludido a esta cuestión en los siguientes términos: “el verdadero costo de cualquier advertencia puede incluir no solo el costo físico de imprimir palabras extra en la etiqueta de un producto, sino también el potencialmente más costoso problema de diluir la efectividad de otras advertencias y revelaciones. En otras palabras, cada hecho que puede ser divulgado es visto como una parte separada o una partícula de información (a partir de una visión de conjunto), el problema aquí es que raramente estas partículas de información interactúan” (Craswell 2006: 578).

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) tuvo oportunidad de conocer un caso en el que la cuestión tuvo que valorarse. El denunciante había dejado una casaca en una lavandería y al momento de dejarla se dejó constancia en la boleta de que existía un riesgo de decoloración, que la casaca presentaba un problema de hongos y que no se garantizaba la eliminación de las manchas. Al momento de devolverse la casaca, el denunciante argumentó que esta había perdido su textura como consecuencia del lavado, por lo que denunció al proveedor ante la autoridad por haber prestado un servicio no idóneo.

La primera instancia interpretó que la denuncia debía ampararse. Sostuvo que si bien es cierto se hicieron ciertas advertencias en la boleta al momento de dejar la casaca, ninguna de estas hizo referencia a la posibilidad de pérdida de textura de forma expresa. La empresa proveedora apeló el pronunciamiento y la Sala de Defensa de la Competencia 02 del Tribunal del Indecopi, con buen criterio, revocó el pronunciamiento impugnado señalando textualmente que: “exigir una enumeración de todas las posibles contingencias que una prenda de vestir podría sufrir en

cada caso particular podría complicar el proceso de asimilación de información relevante cuando el consumidor es capaz de comprender que, dadas las características de su prenda de vestir y habiéndose dejado constancia de dicho estado en el momento de su entrega al proveedor, es posible que esta no quede igual a como la dejó o, incluso, pueda sufrir daños como decoloración o pérdida de textura, dependiendo del caso en concreto”³.

La autoridad, en segunda y última instancia administrativa, citó a Celia Weingarten, quien con toda claridad ha señalado que: “la información tampoco debe ser tan excesiva que no permita advertir las características y los riesgos más importantes. Cuando hay sobrecarga de información, también se afecta la posibilidad del individuo de decodificarla correctamente, produciendo idéntico resultado que la falta de información” (Weingarten 2007: 131).

En ese orden de ideas, debemos ser claros en sostener que la revelación excesiva de información también afecta el derecho de los consumidores al generarles impedimentos para la comprensión adecuada de la misma y vaciar, en último término, el propio derecho que se le quería reconocer. Es por eso que quienes propugnan que las etiquetas contengan cantidades extensísimas de información, complotan contra el derecho a la decodificación y comprensión adecuada de información por parte de los consumidores: te informo más, pero entiendes menos.

¿Qué nos debe interesar? ¿La cantidad de información o la comprensión adecuada de la información esencial para la decisión de consumo adoptada? La paradoja que ocupa al Derecho del Consumo es que suele emplear técnicas de revelación mandatoria de información para suplir problemas de decodificación informativa. Al proponerse políticas y normativas orientadas a la defensa del consumidor, deberá recordarse que el objetivo orientado a la superación de la asimetría informativa implica considerar dos cuestiones diversas: (i) revelación de información estrictamente esencial y (ii) salvaguardar el derecho a la comprensión adecuada de dicha información.

II. INFORMACIÓN EX ANTE E INFORMACIÓN EX POST

Una segunda interrogante que podemos plantearnos es: ¿cuándo debe revelarse información esencial al consumidor? Al respecto, debe decirse que el deber de informar adecuadamente se debe verificar tanto antes de la configuración de la relación de consumo como durante la ejecución del acuerdo que se haya celebrado. Antes de la configuración del acuerdo, cierta información será esencial, como aquella que viene dada a través de la publicidad o como la que se encuentra contenida en el contrato que se ponga a disposición de los consumidores.

Durante la ejecución del contrato –cuando ya se encuentra configurada la relación de consumo–, será importante que se brinde la información adecuada en respuesta a los reclamos y quejas

3 Resolución 0848-2010/SC2-Indecopi de 29 de abril de 2010.

formuladas por los consumidores. La normativa pasada, a través del derogado Decreto Legislativo 1045, establecía que los proveedores deben atender y responder los reclamos de los consumidores dentro de los treinta días hábiles de formulado el reclamo. Actualmente se encuentra una norma similar en el numeral 23.2 del nuevo código.

El derecho de los consumidores a recibir información sobre sus reclamos o quejas parte de la premisa de concebir al proceso de revelación de información como uno de naturaleza dinámica y que, por tanto, no es exigible únicamente al momento de la configuración de la relación de consumo sino que acompaña toda su existencia. La información genera certidumbre y facilita el comportamiento del consumidor o usuario permitiéndole, entre otras cosas, conocer sus derechos y obligaciones así como prever posibles contingencias y planear determinadas conductas (Weingarten 2007: 130).

Ahora bien, la disposición especial que establece el ya aludido plazo de treinta días hábiles se refiere únicamente a supuestos referidos a la falta de respuesta a un reclamo. ¿Toda solicitud de información dirigida a un proveedor califica como tal? La respuesta es evidentemente negativa. Bajo esa premisa, la autoridad debe distinguir las comunicaciones que contengan un reclamo que no haya sido atendido en el plazo establecido por la normativa y aquellos supuestos en los que el consumidor solicita determinada información sin que ello tenga una naturaleza de reclamo. En el primer caso, la cuestión se analizará de acuerdo a la disposición especial referida a la atención de los reclamos de los consumidores y usuarios, mientras que en el segundo escenario la cuestión controvertida deberá dilucidarse a partir del deber general de información.

Supongamos que en una comunicación, un consumidor reclama por determinada situación y, a la vez, solicita determinada información. En ese caso, frente a una misma comunicación, resulta razonable que la autoridad analice por separado (y bajo la aplicación de las disposiciones que correspondan a cada caso) la falta de atención al reclamo y la falta de atención a la solicitud de información (que no tiene naturaleza de reclamo). En caso el reclamo verse sobre no habersele remitido determinada información al consumidor, entendemos que deberá considerarse que la cuestión controvertida se refiere exclusivamente a la cuestión del reclamo, salvo que el consumidor denunciante precise que su denuncia se refiere también a la falta de información en sí misma.

Veamos otro supuesto: supongamos que un proveedor establece un plazo diferente para atender los reclamos de los consumidores (plazo menor al exigido por ley, evidentemente). En ese caso, si el proveedor no atiende el reclamo en el plazo estipulado, se configura una infracción al deber de idoneidad y no al deber de atender los reclamos en el plazo de treinta días calendario. La contravención al deber de idoneidad viene dada porque el consumidor esperaría que un proveedor atiende su reclamo en el plazo expresamente informado y fijado por este.

Ahora bien, se debe distinguir, a nuestro juicio, dos supuestos distintos: (i) el escenario en el que el consumidor solicita información manifiestamente impertinente y (ii) el supuesto en el que el

proveedor se niega a recibir el reclamo o queja. En ambos casos, la solución que la jurisprudencia ha desarrollado privilegia la posición del consumidor.

En el primer caso, la Sala de Defensa de la Competencia 02 del Tribunal del Indecopi, destacó que “la falta de claridad de la solicitud de información de la denunciante no exime a las entidades financieras de dar respuesta a la misma dentro del plazo establecido [...] requiriéndole que precise su pedido o comunicándole las razones por las que, en ciertos casos, era imposible remitir determinada información solicitada”⁴. Bajo dicha interpretación, el hecho de que el pedido de información sea manifiestamente improcedente no enerva la obligación del proveedor de tener que absolverla, de ser el caso, pidiéndole las precisiones del caso. El deber de responder los reclamos no equivale a un deber de atender favorablemente los mismos.

Ahora bien, nosotros consideramos que la regla impone un costo excesivo al proveedor, dado que lo ata a una cadena de comunicaciones que claramente no guardan vinculación alguna con el producto o servicio adquirido o contratado. De hecho, esta regla genera un incentivo perverso para que consumidores conocedores de la regla remitan reclamaciones carentes de sentido con el propósito de especular con la eventual demora en la absolución de las mismas. Por ello, nos parece más adecuado que el proveedor, desde un principio, únicamente se encuentre obligado a dar respuesta a aquellas reclamaciones o quejas que guarden vinculación con alguna característica de la relación de consumo existente. Evidentemente, la palabra final sobre si existía o no un deber de respuesta la tendrá la autoridad competente, pero al menos se frenarán los incentivos para remitir comunicaciones manifiestamente improcedentes.

Con respecto al segundo caso, la autoridad ha señalado que: “el deber de atender las comunicaciones remitidas por los consumidores o usuarios implica tácitamente el deber de recibir dichas comunicaciones. En ese sentido, son las entidades [...] las que deben adoptar las medidas que resulten necesarias para viabilizar la recepción de las comunicaciones, canalizarlas a las unidades correspondientes y darles adecuada respuesta conforme a ley”⁵.

La regla nos parece adecuada porque efectivamente genera responsabilidad en el proveedor que bloquea *ex ante* el reclamo para no tener que absolverlo. En el escenario que nosotros hemos propuesto –que el proveedor pueda determinar si corresponde o no absolver el reclamo dada la razonabilidad del mismo–, la regla es adecuada porque el proveedor siempre podrá aceptar una comunicación y no responderla en caso sea manifiestamente impertinente. En caso se acepte que existe un deber de contestar y un deber de recibir absolutamente estrictos y concurrentes, parece que se genera un sobre costo en cabeza de los proveedores, que tendrán que generar procedimientos para la recepción, el diligenciamiento y la absolución de comunicaciones imprecisas y oscuras.

4 Resolución 0869-2010/SC2-Indecopi del 29 de abril de 2010.

5 Resolución 0892-2010/SC2-Indecopi de 30 de abril de 2010.

III. INFORMACIÓN CONTENIDA EN PUBLICIDAD

Una cuestión que resulta sumamente interesante alude al tratamiento que recibe el contenido informativo de la publicidad. La publicidad puede estar conformada por contenido netamente sugestivo o persuasivo y contenido de naturaleza informativa. Y es que “la publicidad no se propone tan solo informar al público sobre las características y precio de los productos anunciados. Junto a la finalidad informativa aparece en la actividad publicitaria una finalidad ulterior: persuadir al público para que compre los productos anunciados. Los anuncios y demás expresiones publicitarias albergan en su interior tanto comunicaciones puramente informativas como manifestaciones esencialmente persuasivas” (Fernández 1989: 58).

Será importante distinguir el contenido netamente persuasivo de aquel que cumple un rol esencialmente informativo, dado que es este último el que resulta susceptible de generar expectativas tutelables en la cabeza de los consumidores. De esta forma, cualquier anunciante puede señalar que su producto es el mejor, pero no por ello el consumidor tiene el derecho de reclamar que efectivamente lo sea. Se trata de una afirmación orientada a enaltecer la propia oferta y persuadir al consumidor, pero no a transmitir información determinada sobre la misma. En cambio, si el anunciante ofrece un servicio educativo y señala que el curso será dictado por un determinado profesor, el hecho de que este sea reemplazado –incluso si se trata de una cuestión absolutamente ajena a la institución encargada del curso– genera responsabilidad en cabeza del proveedor, ya que dicha información referida al nombre del docente es relevante para la adopción de una decisión de consumo determinada.

Entonces, al evaluar la publicidad dirigida al consumidor será importante, en primer término, determinar si las afirmaciones que el consumidor considera como relevantes de su decisión de consumo tienen una naturaleza esencialmente informativa o si, por el contrario, se trata de fórmulas promocionales y sugestivas que no vinculan al proveedor a una condición determinada.

En segundo lugar, debemos diferenciar los distintos escenarios en torno al contenido informativo de la publicidad: (**primer escenario**) el contenido informativo de la publicidad no encuentra correlato alguno en el contrato de consumo; (**segundo escenario**) el contenido informativo de la publicidad complementa o encuentra correlato en el contrato de consumo; y (**tercer escenario**) el contenido informativo de la publicidad es contradicho por las disposiciones o cláusulas establecidas en el contrato de consumo.

Como paso previo al análisis, debemos considerar que el artículo 20° de la anterior Ley de Protección al Consumidor establecía expresamente que “la oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las características y funciones propias de cada producto y las condiciones y garantías ofrecidas, dan lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o

usuarios, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”, artículo que ha sido reproducido de manera exacta en el artículo 46 del nuevo Código de Protección al Consumidor.

Bajo ese marco normativo, el primer escenario es relativamente sencillo de desarrollar. El contenido informativo de la publicidad vincula al proveedor cuando este no haya sido abordado en el contrato de consumo. La publicidad contemporánea se caracteriza por ser cada día más masiva en el sentido de estar dirigida, por diversos medios, a una mayor cantidad de consumidores potenciales. Es por esta razón que debe entenderse que el contenido informativo de la publicidad opera como una especie de garantía explícita ofrecida por el proveedor de forma general a todos los consumidores potenciales del producto o servicio anunciado.

Una cuestión tan sencilla de interpretar fue mal entendida, a nuestro entender, por la autoridad de protección al consumidor de primera instancia en un caso particular. En dicho caso, el consumidor reclamaba que el proveedor había ofrecido la prestación de un servicio educativo con una característica concreta (que el servicio educativo era conducente a la obtención de un título a nombre de la Nación). El proveedor, por su parte, alegó que los términos de dicha publicidad no eran oponibles al consumidor, dado que este se había matriculado antes de que se difundiera la publicidad en la que se ofrecía dicha característica.

Parece razonable sostener que si un consumidor contrata un servicio antes de que se anuncie una característica determinada de la prestación, dicho ofrecimiento posterior no puede ser oponible al consumidor (es más, es claro que en ese caso dicha característica posterior no habría sido relevante para la toma de decisión de consumo, que fue anterior). Lo que resulta curioso es el razonamiento de la autoridad, que sostuvo de forma general que: “[...] del folleto publicitario [...] se comprometía a entregar el título a nombre de la Nación, para la carrera de Chef. No obstante ello, dicho medio probatorio no otorga certeza a este Colegiado de que este beneficio haya sido ofrecido en el caso concreto del denunciante [...]”⁶.

El razonamiento es profundamente infeliz porque pierde de vista que los términos de la publicidad son inmediatamente oponibles, en principio, a los consumidores. El consumidor no necesita acreditar que el contenido informativo de la publicidad le era aplicable en su caso en concreto. Por el contrario, si el proveedor sostiene que por alguna razón dicho contenido no era aplicable, es el llamado a probar ello de forma fehaciente en el procedimiento.

Afortunadamente, con mejor criterio aunque en un caso distinto, la Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal del Indecopi señaló de forma más reciente que: “[...] dada su nota de impersonalidad, el contenido de la publicidad resultará exigible por el consumidor sin que sea necesario que este acredite que las condiciones publicitadas le fueron ofrecidas en su caso con-

6 Resolución 988-2009/CPC de 15 de abril de 2009.

creto dado que opera a modo de garantía explícita general. La carga de la prueba del ofrecimiento de una condición distinta a lo publicitado recaerá en el proveedor anunciante”⁷.

En suma, cuando en el contrato de consumo no existe mención al aspecto informado en la publicidad, este aspecto informativo resulta plenamente oponible a los consumidores y bastará que el consumidor pruebe que dicho contenido informativo fue efectivamente ofrecido y, naturalmente, que el proveedor pretende desconocerlo. Ello será suficiente para acreditar el defecto que la normativa requiere para calificar a un producto o servicio como falto de idoneidad a la luz de la normativa de protección al consumidor. Si el proveedor hizo alguna precisión adicional o modificación al referido contenido informativo, será esta parte la que deberá probarlo en el procedimiento.

En el segundo escenario, esto es, cuando el contenido informativo de la publicidad encuentra un correlato coincidente en el contrato de consumo o complementa lo anunciado, deberá hacerse una lectura integral de dicho contenido informativo a la luz de lo pactado en el contrato y se privilegiará la lectura que resulte más favorable al consumidor siempre que el complemento sea un desarrollo compatible con lo anunciado.

Finalmente, en el tercer escenario nos encontramos ante el supuesto en el que el contenido informativo de la publicidad resulta contradicho o es incompatible con lo pactado en el contrato de consumo. Se trata del caso que genera mayor debate y polémica en la doctrina aunque, en general, se suele sostener que deben prevalecer las condiciones más favorables para el consumidor, las cuales, de ordinario, estarán contenidas en la publicidad y no en el contrato.

En esa línea, el profesor Lema Devesa sostiene que “no cabe olvidar, en efecto, que gran parte de los contratos entre consumidores y empresas son contratos de adhesión en los que el consumidor adopta un papel fundamentalmente pasivo. En muchas ocasiones, de hecho, el consumidor desconoce por completo el contenido de las cláusulas y pactos contractuales a los que se adhiere. De modo que no debe extrañarnos que siga confiando en lo prometido en la publicidad” (Lema 2007: 376).

Discrepamos de ello. A nuestro criterio, siempre deberá prevalecer lo pactado en los contratos de consumo aunque sus términos puedan resultar desfavorables en comparación con el contenido informativo general de la publicidad. En ningún escenario puede tratar de asimilarse la naturaleza de la publicidad con la de un contrato que se caracteriza por su especificidad y exhaustividad. Por el contrario, por principio, el anunciante no tiene un deber de exhaustividad con respecto al contenido difundido en publicidad.

7 Resolución 1029-2010/SC2-Indecopi de 19 de mayo de 2010.

En ese sentido, De la Cuesta señala que “no existe, contra lo que algunos sostienen, una publicidad engañosa por omisión considerando que lo es la que omite datos fundamentales acerca del bien objeto del mensaje. [...] Luego, el anunciante no está obligado a decir mediante su publicidad todo lo que sabe acerca de la oportunidad que ofrece en el mercado [...]” (De la Cuesta 2002: 155). Precisamente porque no existe un deber de exhaustividad, los anunciantes encuentran en el contrato de consumo la forma de completar la información divulgada al consumidor, ya que esta puede establecer limitaciones, restricciones y precisiones sobre lo publicitado.

Sostener lo contrario implicaría partir de la premisa de que el anunciante debe considerar como equiparables la publicidad con el contrato, lo cual resulta francamente absurdo. Es cierto que muchos consumidores pueden tener la mala costumbre de firmar un contrato sin leerlo, pero eso no invalida la técnica contractual sino que revela un problema de diligencia debida por parte del consumidor. Y la normativa de protección del consumidor no puede tutelar a consumidores negligentes que firman algo que no han leído, porque estaríamos orientándonos, como política general, a la generación de incentivos perversos, en particular, fomentando la ignorancia del consumidor, que se sentirá protegido sin la necesidad de informarse adecuadamente respecto de los términos que suscribe.

Por otro lado, resulta curioso el argumento que pretende encontrar en la contratación masiva un argumento a favor del privilegio de la publicidad sobre el contrato, bajo el simple argumento de que este último se presentó en la forma de contrato por adhesión. Es una cuestionable premisa aquella que percibe un contrato de términos predeterminados como fuente de injusticias por el simple dato referido a la ausencia de negociación. El mercado libre permite que los consumidores logren adquirir o contratar los bienes o servicios que maximizan sus beneficios suscribiendo aquellos acuerdos que se orientan a ese objetivo. Los contratos de términos predeterminados cumplen una importante función reductora de costos de transacción. Cuando estamos en un escenario competitivo, el consumidor tiene opciones alternativas a la adhesión a un contrato determinado. Cuando estamos en un escenario no competitivo, el aumento del precio generará el incentivo para que el consumidor lea con mayor atención el contrato de consumo que, por cierto, aún no ha suscrito⁸.

8 George Priest señala que “[...] de la misma forma como los productos y servicios son estandarizados, los términos de contratos estandarizados representan el estándar, es decir, aquellos términos contractuales que son mejor aceptados por el consumidor promedio de la población. En cambio, para los consumidores que no son promedio o quieren algo más, ellos podrán optar por un producto diferente porque pueden pagar más por algo mejor”. Véase Priest (2001: 164). Es más, se ha señalado también que “[l]a existencia de un contrato desequilibrado no implica que la *transacción* será desequilibrada, sino tan solo que el vendedor tendrá discreción respecto de cómo tratar al consumidor. Puede esperarse que un vendedor preocupado por su reputación trate a los consumidores mejor que aquello que le requiere la letra del contrato. Pero el derecho del vendedor de hacer valer el contrato según consta escrito lo protegerá de los compradores oportunistas”. Véase Bebchuk y Posner (2009: 178). De hecho, los contratos de términos predispuestos pueden promover la competencia en la medida en que reducen la diferenciación entre los productos avivando la competencia entre precios. Véase Cooter y Ullen (1998: 357-8).

En todo caso, no nos interesa ahondar en el debate sobre los contratos predeterminados, pero sí apuntar que la tesis que propugna el privilegio de la publicidad sobre el contrato sobre la base de la naturaleza predeterminada del mismo resulta, al menos, debatible. Por el contrario, nosotros creemos que el contrato de consumo es la forma adecuada en la que el proveedor cumple su deber de completar adecuadamente las especificaciones de su oferta, la cual, ya lo hemos dicho, no puede ni debe ser exhaustiva en la vía publicitaria

IV. RESPONSABILIDAD POR RIESGOS NO CONOCIDOS Y REVELACIÓN ANTICIPADA DE INFORMACIÓN SOBRE RIESGOS INCIERTOS

El sistema de protección al consumidor se encuentra principalmente encaminado a superar un problema de información asimétrica. Sin embargo, la identificación de un problema de información asimétrica en un supuesto particular no justifica, a nuestro juicio, la necesaria intervención por parte del Estado para la corrección de dicho problema. En otros términos, la verificación de un supuesto problemático de información asimétrica no implica una presunción de que la regulación es necesaria. Desde una aproximación basada en la información, Trebilcock sostiene que el sistema de protección al consumidor únicamente tenderá a mejorar la situación del consumidor si: (a) mejora la capacidad del consumidor de estimar la información o (b) reduce el costo de adquisición de información para los consumidores (Trebilcock 2003: 73).

En ese escenario, al evaluar la eficiencia de las reglas legales que componen el sistema de protección al consumidor, será necesario identificar si nos encontramos realmente ante un problema susceptible de atención por este *set* de reglas legales; si la regulación propuesta realmente mejora la situación del consumidor o si reduce el costo de adquisición de información para este; y, algo particularmente importante, medir si la regulación propuesta se justifica en términos económicos dados los costos de cumplimiento y monitoreo de las reglas legales considerando, sin duda, los costos derivados de la regulación para otros agentes económicos y el funcionamiento adecuado del mercado.

Así, en determinado supuesto podría ser más eficiente establecer una regulación orientada a la verificación de una determinada característica en los productos ofrecidos, en lugar de generar un estándar que implique la verificación de su cumplimiento en toda una gama de productos. Esto de la misma forma en la que podría ser más deseable un sistema de verificación posterior de cláusulas predisuestas en contratos de consumo a un sistema que exige la aprobación previa de las mismas.

Al analizar las reglas particulares que integran el Sistema de Protección al Consumidor, debemos considerar una vez más que “deberes mandatorios de informar pueden ser innecesarios si el mercado libre puede por sí mismo producir una suficiente cantidad de información. Los productos o proveedores no pueden explotar a los consumidores cargándoles un precio más

alto si no pueden distinguir fácilmente entre los consumidores informados y los desinformados” (Haupt 2003: 1140).

Uno de los casos en los que el sistema comprende deberes mandatorios de revelar cierta información es el referido al deber de rotular. El artículo 7° de la Ley de Protección al Consumidor prescribía que “los proveedores están obligados a cumplir con las normas de seguridad, calidad y rotulado del producto o servicio, en lo que corresponda”. En ese sentido, existen reglamentaciones que detallan la información que determinados productos deben revelar en su rotulado, y la inobservancia de revelar dicho contenido es una trasgresión del ya citado artículo 7° de la normativa. En la regulación actual, se ha incluido disposiciones tanto en relación con el deber de brindar productos seguros (artículo 25), como con el deber de indicar en el rotulado cualquier peligro asociado a su uso, en aplicación de normas sectoriales (artículo 10).

Por ejemplo, el Decreto Supremo 007-98-SA, Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas, prescribe que el rotulado de los productos debe contener la siguiente información mínima: (a) nombre del producto; (b) ingredientes y aditivos empleados en la elaboración del producto; (c) nombre y dirección del fabricante; (d) nombre, razón social y dirección del importador; (e) número de registro sanitario; (f) fecha de vencimiento; (g) código o clave del lote; y (h) condiciones especiales de conservación, cuando el producto lo requiera.

Una cuestión interesante se produce en aquellos casos en los que la autoridad considera que determinada información debe ser revelada a pesar de que no existe obligación legal de que esté contenida en el rotulado. Nos explicamos. Las disposiciones referidas a rotulado establecen que determinada información debe encontrarse en el rótulo correspondiente del producto. Sin embargo, el deber general de información se aplica sin referencia necesaria al rotulado. Así, la autoridad puede considerar que cierta información debe ser revelada –aunque no necesariamente en el rotulado– en aplicación del deber general de informar.

Es eso lo que ocurrió en un reciente caso en el que el Indecopi consideró que era necesario que los proveedores revelaran la condición transgénica de los insumos empleados en la elaboración de alimentos procesados⁹. Tal exigencia no venía dada por las disposiciones referidas al rotulado de los productos alimenticios. Sin embargo, la autoridad entendió que el deber general de información –más amplio que el deber de rotulado– permitía establecer mandatos de revelación de información adicional, ya que no toda la información relevante se restringía a la que se encontraba contenida en el rotulado correspondiente.

A nuestro entender, la decisión del Indecopi es sumamente cuestionable. No solamente no existe base científica que determine la nocividad de los insumos de naturaleza transgénica, sino que se genera una situación de incertidumbre dada la amplitud del deber general de información. La

9 Resolución 0936-2010/SC2-Indecopi, de 6 de mayo de 2010.

relevancia de determinada información ya fue valorada al momento de establecer la regulación que exige que determinados datos sean contenidos en el rotulado de un producto. La autoridad administrativa no puede arrogarse una facultad que no le corresponde, y legislar jurisprudencialmente sobre lo que estima información relevante o no.

En términos económicos, no es aceptable que se sostenga que la decisión adoptada pretende beneficiar a los consumidores. Por el contrario, el Indecopi no puede saber mejor que el propio consumidor lo que le conviene o lo que será valorado positivamente por los individuos. Ciertos consumidores serán sensibles a la información referida al contenido transgénico y otros serán sensibles al precio. Cuando el Indecopi se subroga en la posición de los consumidores, en su conjunto, asume que todos valoramos la información que estima esencial más que el costo de la regulación jurisprudencial. Pero eso es errado. La decisión del Indecopi genera que quienes no valoran esta información adicional, paguen igualmente por la regulación jurisprudencial establecida. Revelar información cuesta y ese costo será distribuido en el nuevo precio del producto.

Un supuesto en el que podría plantearse el deber de revelar información adicional podría producirse con relación a los denominados “riesgos del desarrollo”. Ni la normativa actual ni las reglas legales contenidas en el proyecto hacen referencia expresa a la cuestión; sin embargo, la amplitud del deber de información podría servir de base para la construcción jurisprudencial de mandatos de revelación de información a partir del denominado “principio precautorio” que aconseja establecer regulaciones ante posibles riesgos futuros (**no es un supuesto de prevención porque no se ocupa de riesgos futuros ciertos sino de riesgos futuros inciertos**).

El concepto de riesgos de desarrollo –*development risks*– se refiere a aquellos riesgos derivados de un producto que no eran posibles de detectar en el momento de ponerlo en el mercado dados los conocimientos actuales de la ciencia y la tecnología. Estos riesgos existían cuando el producto fue puesto en el mercado, pero no podían ser objetivamente conocidos en ese momento. En otras palabras, el producto es defectuoso al iniciarse su comercialización pero el defecto no podía ser conocido por su fabricante dado el estado del conocimiento en dicho momento.

Algunas legislaciones han establecido, a nuestro juicio con acierto, una excepción de responsabilidad ante riesgos de desarrollo. Es el caso de la Directiva 85/374/CEE del Consejo de la Comunidad Europea, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, que establece en su artículo 7º e) que el productor no será responsable si prueba que “en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto”.

Debemos distinguir dos escenarios, sin embargo. La aplicación de una excepción de responsabilidad ante riesgos de desarrollo se refiere, precisamente, a un supuesto en el que se exonera de la responsabilidad derivada del defecto desconocido. En ese sentido, podríamos encontrar

un argumento a favor de la eliminación de la excepción en la necesidad de generar incentivos adecuados para la investigación detenida previa al lanzamiento de un producto nuevo. Lo que no encuentra mayor respaldo es la invocación del principio precautorio para generar un deber de revelación de información *ex ante* sobre riesgos inciertos.

Nótese que en un caso la intervención se produciría mediante la atribución de responsabilidad ante la existencia de un riesgo de desarrollo; en otro, la intervención se produciría precautoriamente mediante la interpretación de una exigencia de revelar información sobre riesgos no demostrados y no demostrables dado el estado actual de la ciencia y la tecnología. A nuestro entender, podría discutirse la eficiencia de establecer una excepción por riesgos de desarrollo¹⁰, pero no puede discutirse la absoluta ineficiencia de establecer deberes de revelación anticipada de información sobre riesgos inciertos.

V. ACCESO A LA INFORMACIÓN: REGLA DE REVELACIÓN DIRECTA Y REGLA DE REVELACIÓN INDIRECTA

En términos elementales, es más barato para el proveedor revelar información que para el consumidor obtenerla. Sin embargo, no puede caerse en el exceso de suponer que cualquier medio de revelación de información tiene un costo inferior al beneficio que la revelación implica en términos generales. Bajo ese orden de ideas, se puede distinguir dos reglas diferentes con respecto al deber de informar: (i) reglas que exigen una revelación directa de la información al consumidor específicamente considerado; y (ii) reglas que permiten la revelación indirecta de información mediante la remisión a fuentes en las que la misma se encuentra disponible.

Esta cuestión fue discutida en el ámbito de la publicidad en nuestro país, a partir de un afortunadamente olvidado precedente de observancia obligatoria del Indecopi. En dicho precedente, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi –compuesta por vocales que hoy ya no la integran– señaló que “el contenido esencial del derecho a la información de los consumidores es la puesta a disposición del consumidor, de manera clara, efectiva y comprensible, de todos aquellos elementos necesarios para que este tome una decisión de consumo adecuada en la adquisición de bienes o servicios, en particular, las advertencias, riesgos previsibles, precauciones, limitaciones, requisitos y condiciones relacionados con la adquisición de los productos ofertados, no bastante la sola indicación de su existencia sino que debe mencionarse expresamente en qué consisten. Este contenido esencial es el mínimo indispensable para que el derecho a la información de los consumidores sea reconocible como tal y no se vea vaciado de contenido”.

Una vez indicado ello, dicha Sala agregó: “la difusión de advertencias, restricciones o limitaciones, cuando el medio utilizado sea la televisión o la radio, deberá tener una exposición al

10 Para una apreciación a favor de la atribución de responsabilidad por riesgos de desarrollo, puede revisarse: Ben-Shahar (1998).

consumidor no menor del tiempo que demore una lectura ininterrumpida de todo el texto o la escucha de la lectura del mismo en el caso de la radio”. Así, la regla interpretativa expuesta se presentaba como una medida que encarecía la publicidad para los proveedores y, con ello, tenía por efecto la reducción de la información para el consumidor ya que la actividad publicitaria es un vehículo de revelación de información por excelencia. Encareciendo la publicidad, disminuía la información.

No obstante ello, el problema identificado por la Sala merecía la atención correspondiente. Desafortunadamente, el problema fue atendido de forma inadecuada. La regla se orientaba hacia un deber de revelación directa de información, no al consumidor de forma puntual, esto es, no aludía a un deber de comunicación personal (porque era un caso publicitario), pero sí mediante la exigencia de informar determinado **contenido esencial** en cada anuncio publicitario. Además, nótese que la regla no se limitaba a exigir la enumeración de ciertos datos sino el desarrollo sobre el contenido de los mismos (por eso se indica que no basta revelar que cierta información es tal, sino que debe desarrollarse en qué consiste).

Como no podía ser de otra forma, el precedente fue dejado sin efecto y reemplazado por otro mucho más acorde con la finalidad perseguida y un análisis de los beneficios y consecuencias derivados del establecimiento de una regla de revelación de información. Es así que mediante Resolución 1602-2007/TDC-Indecopi, la Sala de Defensa de la Competencia –conformada por otros vocales– reconoció que: “la publicidad beneficia no solo a los anunciantes sino que también ayuda a los consumidores a acceder a información sobre productos y servicios que de otra forma, no hubieran conocido o lo hubieran hecho a un mayor costo. Sin embargo, requerir que un anuncio contemple todas las condiciones particulares de los productos o servicios, de manera similar a lo que sucede en un contrato de consumo, contradice dicha finalidad pues genera que los anunciantes dejen de realizar publicidad o que consignent información de manera imperceptible para los consumidores”¹¹.

En ese sentido, dicha Sala reconoció que: “un anuncio podrá remitir a un consumidor a un servicio de información gratuito para recibir información complementaria que no puede ser expuesta en el referido anuncio. Así, puede evitarse el exponer en forma imperceptible para el consumidor, excesiva información en anuncios propagados en un medio de comunicación que podría caracterizarse por su fugacidad o limitado espacio en la difusión de la publicidad. Tal remisión a un servicio de información gratuito beneficiará a los consumidores, quienes tendrán la oportunidad de acceder voluntariamente a mayor información sin enfrentar una ‘sobrecarga informativa’, que no es debidamente aprehendida a través de una apreciación superficial e integral de un anuncio”¹².

11 Resolución 1602-2007/TDC-Indecopi, de fecha 3 de septiembre de 2007.

12 Ídem.

La misma lógica se aplica a nuestro juicio a otros supuestos. Imagínese que usted suscribe un contrato con respecto a la afiliación a un programa de puntos para el canje de productos con una tarjeta de crédito. Como es evidente, de seguro dicho programa contará con un reglamento que regula los términos y condiciones relativos al funcionamiento del programa, así como los derechos y obligaciones del proveedor y del consumidor/participante del mismo. El contrato podría establecer ciertas disposiciones, pero no reglamentar en detalle el funcionamiento del programa en su conjunto.

En ese sentido, el proveedor bien podría anunciar, a través de diversos medios al alcance del consumidor –por ejemplo, la página web de la empresa–, que el reglamento del programa se encuentra “colgado” en dicho sitio para que sea leído por los participantes. No debería ser necesario que se acredite que cada consumidor fue informado del reglamento de forma directa y menos aun que pruebe que aceptó el mismo mediante la suscripción de un acta u otro medio fidedigno.

En el pronunciamiento que venimos citando, el Indecopi sostuvo que “[...] un servicio de información gratuito de llamadas telefónicas no será idóneo si un consumidor debe esperar demasiado tiempo antes de que se le proporcione la información complementaria no consignada en el anuncio publicitario. Del mismo modo, un portal electrónico no será un servicio de información gratuito, si su acceso se encuentra restringido o si la información complementaria no consignada en el anuncio publicitario no puede ser fácilmente advertida por un consumidor que accede a dicho portal. Una caseta de atención tampoco podrá ser considerada un servicio de información gratuito, si existen medios alternativos que permiten un fácil y más inmediato acceso de los consumidores a la información complementaria, o su localización no está próxima al lugar habitual en donde se encuentran los consumidores”¹³.

Entendemos la preocupación que motiva este desarrollo, aunque resulta problemática la subjetividad inherente a ciertas exigencias, como aquella referida a que la información sea **fácilmente advertida**. En todo caso, es indiscutible la validez de los mecanismos de revelación indirecta de información.

VI. POLÍTICA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR BASADA EN LA INFORMACIÓN

Una de las asunciones generales sobre la importancia del Sistema de Protección al Consumidor es que sus reglas generarán incentivos para que los proveedores inviertan en la seguridad de sus productos. Desde una perspectiva basada en la información, existen disposiciones contenidas en la normativa que se orientan a preservar la salud y seguridad de los consumidores o sus bienes. Por ejemplo, el artículo 9º de la Ley de Protección al Consumidor establece en su

13 ídem.

segundo párrafo que “[e]n 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”.

Sin embargo, es dudoso que la política de protección al consumidor sea imprescindible para generar incentivos para la producción de productos seguros. Como sostienen Shavell y Polinsky, las fuerzas del mercado pueden generar incentivos para la seguridad de los productos, dado que si los consumidores creen que el riesgo de un producto es alto, lo evitarán o no pagarán un precio alto por el mismo. De la misma forma, señalan que así como la demanda por un producto seguro puede disminuir ante información deficitaria de los riesgos del mismo, también puede incrementarse en respuesta a información favorable sobre seguridad (Polinsky y Shavell 2009). Y esto genera incentivos para que las empresas revelen su información de seguridad o para que adopten previsiones ante riesgos existentes. Incluso, una vez verificado un riesgo por parte de la empresa, su reacción será positivamente valorada por los consumidores.

Del otro lado de la balanza, la política de protección al consumidor puede tener un efecto beneficioso orientado a perfeccionar la función señalizadora de los precios dado que, como consecuencia de la atribución de responsabilidad, los precios reflejarán los riesgos de los productos. Este beneficio opera cuando los consumidores son susceptibles de tener representaciones inexactas sobre los riesgos, ya sea por subestimación o sobrestimación de los mismos. Y esto ocurre porque los productores tendrán que elevar sus precios para trasladar los costos derivados de la responsabilidad que se les pueda imponer por el riesgo derivado de sus productos o servicios.

Desde una perspectiva que considera el problema de los costos de información para el consumidor, Posner sostiene que existen tres posibles respuestas de la política de protección al consumidor: (i) requerir a los proveedores que divulguen más información; (ii) prohibir los productos en virtud a un juicio sobre lo que harían los consumidores si tuvieran la información precisa del producto; y (iii) dejar la carga de informarse a los consumidores incrementando el incentivo del consumidor para obtener información sobre el producto que adquiere (Posner 2008). A nuestro juicio, la combinación correcta debe encontrarse entre la primera y la tercera alternativa, de acuerdo a la naturaleza del producto o servicio y el tipo de información que estemos considerando.

De forma más general, no obstante, las políticas de protección al consumidor han pretendido superar problemas de información asimétrica mediante mecanismos de intervención más directos, como mediante el establecimiento de estándares de calidad o mediante la creación de procedimientos de control previo (por ejemplo, aprobación administrativa previa de cláusulas predispuestas en contratos de consumo). Consideramos, con respecto a este tema, que las políticas de protección a los consumidores deberían concentrarse en gran medida en mecanismos de revelación de información y no tanto en mecanismos de intervención directa.

En ese sentido, estamos de acuerdo con Beales, Craswell y Salop en que “[...] los remedios de información implican un menor riesgo de daño serio si el regulador se equivoca. Por ejemplo, si los consumidores no están realmente interesados en incrementar la calidad o seguridad de ciertos atributos de un producto, un remedio basado en la información no obligará al mercado a que se produzca un cambio ineficiente (que sí ocurriría con un estándar mandatorio referido al producto). De forma similar, los remedios basados en la información permiten que diferentes consumidores consideren balances diversos entre el precio y la calidad del producto mientras que la regulación directa de la calidad casi de forma necesaria implica imponer una elección determinada a todos los consumidores” (Beales *et al.* 1981: 513).

Una forma de superar asimetrías informativas es mediante la eliminación de barreras artificiales a la divulgación de información. En nuestro país, por poner un ejemplo, existe una barrera ética referida a la publicidad de los abogados bajo el entendido de que ello falta a la dignidad profesional. Debe notarse que el mercado de servicios legales se caracteriza precisamente por una situación de información asimétrica a favor de una parte (los abogados) en contraste con otra (los consumidores reales o potenciales de servicios legales). La prohibición de publicidad únicamente consolida esta disparidad informativa al impedir que los consumidores accedan a información sobre servicios legales y genera, asimismo, que estos contraten a un abogado sin información pertinente (si es que optan por contratar alguno, lo cual redundaría negativamente en la cuestión del acceso a la justicia).

También es importante que sepamos cuándo detenernos en nuestra pretensión de revelación excesiva de información. Como bien ha señalado Goldberg, “la cuestión es mayor a simplemente cuánta y qué tipo de información debería ser producida. Debemos preocuparnos también del complejo problema de la distribución de la información. Agrandar la piscina del conocimiento sobre la seguridad de los productos no necesariamente mejora el bienestar de los consumidores si la información no resulta accesible; y llevar la información del productor al consumidor no es una tarea sencilla” (Goldberg 1974: 685).

En todo caso, resulta importante que consideremos los costos que genera la normativa de protección al consumidor. En muchos casos, la presencia de disposiciones en este campo resulta justificada en la medida en que los beneficios de las reglas sean superiores a sus costos de cumplimiento y monitoreo. Desde esa línea argumentativa, la política de protección al consumidor debería encontrar su base normativa en disposiciones que resulten verdaderamente necesarias para superar un problema previamente identificado. Ello, lógicamente, implica que aquellas reglas legales que resuelven problemas que el mercado puede resolver de forma libre, deben desaparecer de la regulación existente y de aquella que sea propuesta.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 17º de la Ley de Protección al Consumidor, que exige que los establecimientos deban contar con una lista de precios en la que consten todos los productos y servicios ofertados, que debe ser proporcionada a todo consumidor que

lo solicite. Se trata de información que los proveedores revelan espontáneamente porque tienen el incentivo de hacerlo. Y es que la información sobre precios suele ser relevante –y en muchos casos, determinante– para la toma de una decisión de consumo. El no revelar los precios afectaría al propio proveedor, dado que los consumidores tendrían que invertir en costos de búsqueda de dicha información que normalmente no estarían dispuestos a asumir (imagínese un establecimiento en el que no consta precio alguno y en el que el consumidor debe preguntar cada vez que le interese un producto de la tienda) salvo que exista algún beneficio particular que compense efectivamente este costo. De esta forma, esta disposición pretende superar un problema que el mercado supera de forma espontánea. La norma, por tanto, es absolutamente intrascendente¹⁴.

Al hacer un análisis general de la política de protección a los consumidores y las disposiciones que integran la normativa de la materia, será necesario considerar los costos y beneficios de cada medida propuesta de cara a la finalidad que la medida pretende lograr. Como dice Castellano, “la imposición de un deber general de información, por ejemplo, puede ser útil para mejorar ciertos aspectos de la decisión de los consumidores, pero no será suficiente para que esa decisión se entienda adoptada en condiciones de información perfecta. Luego, algunos otros dispositivos (aplicables conjuntamente con aquel deber) podrán lidiar mejor con otra clase de efectos indeseables generados por esa imperfección remanente” (Castellano 2006: 173). Por cierto, debemos agregar, en otros casos el propio deber general de información será de por sí innecesario dado que se orienta a la superación de un problema resuelto o susceptible de ser corregido espontáneamente en el mercado.

Incluso, avanzando un poco más en el análisis general de una política de revelación de información, estos deberes de divulgación pueden ser contraproducentes en términos económicos dado que afectan negativamente los incentivos de los proveedores para invertir en la adquisición de información sobre los riesgos de sus productos, lo cual, a la larga, hace que la regla de divulgación sea obsoleta porque únicamente podrá ser divulgada la poca información efectivamente obtenida (Polinsky y Shavell 2006). Y es que la información es un bien cuya obtención es costosa. Una empresa no invertirá en la obtención de un recurso que tendrá que ser divulgado para que cualquiera tenga acceso a este, sin que pueda apropiarse en exclusiva de los beneficios de su inversión.

Finalmente, conviene volver a destacar la importancia de definir el momento adecuado para la intervención legal. Esta cuestión también nos refiere a un problema de asimetría informativa, pero distinto al que nos ocupa aquí. Se trata de la asimetría informativa existente entre el Estado (la autoridad encargada de aplicar la normativa de protección al consumidor) y los agentes de mercado (proveedores y consumidores) sometidos a la normativa. La intervención *ex ante* conviene cuando la autoridad de aplicación cuenta con información apropiada sobre las conductas desarrolladas y sus consecuencias en el mercado. Pero eso no suele ocurrir frecuentemente.

14 En sentido similar, De Trazegnies (2004: 161-74).

Por el contrario, los castigos *ex post* toman en cuenta dos tipos de información privada que no es considerada por la intervención previa: (i) la información sobre lo que hacemos y (ii) la información sobre lo que deberíamos estar haciendo (Friedman 2000: 75). En líneas generales, las normativas de protección al consumidor deberían actuar de forma posterior a las conductas de los sujetos ya que ello permite intervenir sobre la base de información sobre la conducta producida y la que sería deseable en términos generales. No es necesario que se exija la aprobación de una cláusula predispuesta si esta puede ser calificada de abusiva *ex post* con las consecuencias que ello conlleva.

Asimismo, al intervenir de manera posterior debemos evaluar si el problema advertido hoy no puede ser subsanado a través de un proceso espontáneo por parte del mercado. Un ejemplo puede ser explicativo de esta cuestión que ha sido aludida de manera reiterada aquí. En los Estados Unidos, según cuenta Rubin, cuando comenzó la publicidad sobre cigarrillos, el contenido de residuos tóxicos contenidos en cigarrillos con filtro era prácticamente el mismo que en los cigarrillos normales. Sin embargo, entre 1957 y 1959 los niveles de dicho contenido se redujeron en 40% como producto de la publicidad sobre el contenido de toxinas y nicotina. Los primeros cigarrillos en ser publicitados únicamente tenían un contenido escasamente menor y fueron considerados por el regulador como publicidad engañosa. No obstante, el efecto de largo plazo de la publicidad fue la de modificar las características de los productos para beneficio de los consumidores de manera espontánea. En la medida en que algunos competían publicitando el contenido de toxinas remanentes y nicotina, algunos competidores encontraron que era eficiente reducir sus niveles de tales componentes con el objetivo de publicitar dichas cantidades menores. Naturalmente, los competidores de estos empresarios respondieron reduciendo aun más tales niveles. De esta manera, los beneficios derivados de los efectos dinámicos de la publicidad superaron enormemente los costos de cualquier engaño que pueda haberse producido al principio¹⁵.

En suma, y esperamos que este sea el mensaje fundamental de nuestro trabajo, cuando hablamos de publicidad e información para el consumo debemos entender que nos referimos a la información estrictamente necesaria para que el consumidor adopte una decisión eficiente de consumo, y siempre que los beneficios de la divulgación de información superen los costos derivados de no tener acceso a ella. Antes de adoptar deberes genéricos de revelación de información o deberes específicos de divulgación, debemos medir el impacto de las reglas propuestas para beneficio de la sociedad en su conjunto. De lo contrario, podría, a la larga, perjudicar a los propios consumidores que pretendemos proteger mediante una política de protección al consumidor.

15 Este ejemplo ha sido extraído, casi literalmente, de: Rubin (1996-2000: 282-3).

BIBLIOGRAFÍA

BEALES, Howard; Richard CRASWELL Steven C. y SALOP

1981 “The Efficient Regulation of Consumer Information”. En: *Journal of Law and Economics*, Vol. 24, Nº 3, diciembre, p. 491-539.

BEBCHUK, Lucian A. y Richard POSNER

2009 “Contratos desequilibrados en mercados de consumo competitivos”. En: *Themis – Revista de Derecho*, 57. Lima.

BEN-SHAHAR, Omri

1998 “Should Products Liability Be Based On Hindsight?”. En: *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 14, Nº 2, otoño.

CASTELLANO, Andrea

2006 “El análisis económico del derecho del consumidor: información, garantías y daños por productos elaborados”. En: KLUGER, Viviana (Comp.). *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

COOTER, Robert y Thomas ULLEN

1998 *Derecho y Economía*. (Edic. español). México: Fondo de Cultura Económica.

CRASWELL, Richard

2006 “Taking Information Seriously: Misrepresentation and Nondisclosure in Contract Law and Elsewhere”. En: *Virginia Law Review*, Vol. 92, Nº4, junio, p. 565-632.

DE LA CUESTA RUTE, José María

2002 *Curso de Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A.

DE TRAZEGNIES, Carolina

2004 “Obligación de exhibir el precio de los productos”. En: *Ley de Protección al Consumidor*. (A cura de Juan Espinoza). Editorial Rodhas.

FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos

1989 “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias: introducción al estudio de los principios generales de la publicidad”. En: *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Universidad de Santiago de Compostela, p. 57 y ss.

FRIEDMAN, David D.

2000 *Law's Order. What Economics has to do with the Law and Why It Matters*. Princeton University Press.

GOLDBERG, Victor P.

1974 “The Economics of Product Safety and Imperfect Information”. En: *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5, N° 2, otoño, p. 683-8.

HAUPT, Stefan

2003 “An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law”. En: *German Law Journal*, Vol. 4, N° 11, p. 1137-64.

LEMA DEVESA, Carlos

2007 “La promoción como necesidad comercial del empresario: la información al público y la publicidad”. En: *Problemas jurídicos de la Publicidad*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

PATRÓN SALINAS, Carlos

1995 “El principio de veracidad y la ‘substanciación’ previa en materia publicitaria”. En: *Themis – Revista de Derecho*, 27, p. 239-48.

POLINSKY, A. Mitchell y Steven SHAVELL

2009 *The Uneasy Case for Product Liability*. Discussion Paper N° 647. John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Harvard University, p. 6-7.

2006 *Mandatory versus Voluntary Disclosure of Product Risks*. Working Paper N° 12776. National Bureau of Economic Research.

POSNER, Richard A.

2008 “Consumer Protection”. En: *The Becker-Posner Blog*, 18 de mayo. Fecha de consulta: 18/5/2008 <http://www.becker-posner-blog.com/2008/05/consumer_protec.html>.

PRIEST, George L.

2001 “Reflexiones respecto de la contratación masiva”. En: *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

RUBIN, Paul H.

1996-2000 “Information Regulation (Including Regulation of Advertising)”. En: *Encyclopedia of Law & Economics*. Edward Elgar Publishing, p. 271-95.

STIGLER, George J.

1961 “The Economics of Information”. En: *The Journal of Political Economy*, Vol. 69, N° 3, junio, p. 213-25.

TREBILCOCK, Michael J.

2003 “Rethinking Consumer Protection Policy”. En: *International Perspectives on Consumer's Access to Justice*. Cambridge University Press, p. 68-98.

WEINGARTEN, Celia

2007 *Derecho del consumidor*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

RESOLUCIONES

Resolución 0848-2010/SC2-Indecopi de 29 de abril de 2010.

Resolución 0869-2010/SC2-Indecopi de 29 de abril de 2010.

Resolución 0892-2010/SC2-Indecopi de 30 de abril de 2010.

Resolución 0936-2010/SC2-Indecopi de 6 de mayo de 2010.

Resolución 988-2009/CPC de 15 de abril de 2009.

Resolución 1029-2010/SC2-Indecopi de 19 de mayo de 2010.

Resolución 1602-2007/TDC-Indecopi de 3 de septiembre de 2007.

LOS ACCIDENTES PRODUCIDOS A CAUSA DE UN SERVICIO AÉREO DEFECTUOSO: SU TRATAMIENTO NORMATIVO Y LA DISTRIBUCIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES

Luis Miguel Velarde Saffer
Daniel Gonzales La Rosa

En el presente trabajo, los autores nos introducen en el tema de la responsabilidad por productos defectuosos tomando como referencia un caso que involucró un accidente aéreo. Así, los autores, luego de hacer un breve recuento sobre lo que se entiende por “producto defectuoso” en nuestra legislación, realizan un ejercicio de aplicación de la norma, sobre la base, además, de regulación sectorial sobre aeronáutica civil.

1. LOS PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y SU REGULACIÓN EN NUESTRO PAÍS

1.1 Conceptos preliminares

La regulación de protección al consumidor está orientada a subsanar la brecha existente entre consumidores y proveedores, derivada de la asimetría de información existente entre los actores antes mencionados.

En ese sentido, el sistema de protección al consumidor tiene un ámbito de aplicación restringido, puesto que no se aplica a cualquier relación contractual por la cual una persona adquiera un bien o contrate la prestación de un servicio, sino que aplicará solo a aquellas que califiquen como “relaciones de consumo”¹.

Las relaciones de consumo no se definen por la naturaleza del contrato subyacente, sino por las características de los sujetos que intervienen en ella. Así, para determinar la existencia de una relación de consumo deberán presentarse tres elementos concurrentes, a saber: un consumidor, un proveedor y un producto o servicio materia de una transacción comercial. Asimismo, el adquirente del producto o servicio solo será considerado un consumidor en tanto adquiera, utilice o disfrute del mismo para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato, para lo cual se tomará en cuenta la asimetría informativa existente en la transacción comercial^{2 3}.

1 Sin perjuicio de ello, cabe precisar que la legislación de protección al consumidor también se aplica a otros supuestos, en los cuales no existe (en estricto) una relación de consumo, tales como: etapas pre / postcontractuales (tratativas y servicios postventa), casos de discriminación, entre otros.

2 Resolución 0422-2004/TDC-Indecopi, de fecha 3 de octubre de 2003.

3 Debe precisarse que a las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios les será también aplicable la normativa de protección al consumidor en tanto adquieran o utilicen productos o servicios para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados (equiparables a aquellos de los proveedores).

En consecuencia, el sistema de protección al consumidor busca solucionar los problemas derivados de la mayor información que maneja el proveedor en comparación con el consumidor, lo que puede generar distorsiones que impidan al consumidor tomar decisiones adecuadas.

En efecto, si se toma en consideración que el proveedor suele tener mucha más información sobre los bienes y servicios que comercializa, podemos apreciar claramente que es el proveedor quien está en la mejor posición para tomar precauciones sobre en qué condiciones y términos puede ofrecer determinado bien o servicio, y por ello se encuentra obligado legalmente a ofrecer a sus consumidores toda aquella información que sea considerada relevante⁴ para la adquisición del producto o servicio.

El concepto de asimetría informativa está íntimamente ligado al de idoneidad. La idoneidad puede ser definida como la congruencia entre lo que el consumidor espera y lo que obtiene del proveedor; y, a su vez, lo que espera el consumidor se determina con base en la información que recibió de manera previa a la adquisición del bien o servicio en cuestión.

La idoneidad del bien o servicio debe analizarse de manera abstracta, considerando lo que normalmente esperaría un consumidor razonable, salvo que de los términos acordados o señalados por el consumidor se desprenda algo distinto. En ese sentido, se presume que el producto es idóneo para los fines y usos previsibles para los cuales normalmente estos se adquieren en el mercado, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios, contratados⁵.

Para determinar si un producto o servicio es idóneo o no, se recurre al denominado “modelo de idoneidad”, el cual se construye sobre la base de tres elementos, a saber:

- a) Garantía implícita: obligación del proveedor de responder por el bien o servicio en caso este no cumpla con las expectativas de un consumidor razonable, determinadas de acuerdo a las características presentes en el momento de la adquisición (precio, lugar de compra, información de etiquetado, etcétera).
- b) Garantía expresa: obligación del proveedor derivada de los términos y condiciones expresamente ofrecidos al consumidor que pueden limitar o mejorar la garantía implícita.
- c) Garantía legal: obligación del proveedor cuya fuente se encuentra en normas imperativas

4 Según los Lineamientos de Protección al Consumidor, aprobados mediante Resolución 001-2006-LIN-CPC/Indecopi (Lineamientos), para determinar la relevancia de la información será necesario atender a los efectos que la omisión o revelación de la misma hubiese tenido en la decisión del consumidor. Un consumidor razonable espera recibir del proveedor toda la información relevante, es decir, toda aquella información que le permita tomar una adecuada decisión de consumo.

5 Página 33 de los Lineamientos.

o que interesan al orden público. Esta garantía no puede ser limitada ni excluida por la garantía expresa.

El concepto de idoneidad antes esbozado cobra especial relevancia en materia de productos defectuosos, pues es con dicho concepto con el que se inicia el análisis sobre si el producto o servicio en cuestión presenta un “defecto” en los términos de la legislación de protección al consumidor y, por tanto, si existe o no responsabilidad del proveedor del bien o servicio.

1.2 Productos defectuosos

El artículo 32 de la anterior Ley de Protección al Consumidor consideraba, de manera exactamente igual que el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor, que un producto era defectuoso cuando no ofrecía la seguridad a que las personas tienen derecho, tomando en consideración **todas las circunstancias**, tales como:

- a) El diseño del producto.
- b) La manera en la cual el producto ha sido puesto en el mercado, incluyendo su apariencia, el uso de cualquier marca, la publicidad referida al mismo o el empleo de instrucciones o advertencias.
- c) El uso previsible del producto.
- d) Los materiales, el contenido y la condición del producto.

En principio, puede notarse que el artículo transcrito hace referencia expresa a los productos defectuosos mas no a los servicios defectuosos. A pesar de dicha omisión, que creemos responde a un defecto inconsciente de técnica legislativa, pensamos que los servicios defectuosos se encuentran sujetos a la regulación antedicha y, por ende, que ante su constatación se desplegarán los mismos efectos jurídicos que traen consigo los productos defectuosos. Una interpretación contraria a esta supondría contravenir los principios que inspiran el sistema de protección al consumidor.

Sin perjuicio de lo señalado, creemos que la omisión señalada anteriormente debe subsanarse a la brevedad, a efectos de evitar malas interpretaciones que únicamente perjudicarían a los consumidores.

Ahora bien, conforme a lo antes señalado, la calificación de un producto o servicio como defectuoso implica un análisis similar al modelo de idoneidad, en el cual se verifican las circunstancias que rodearon la adquisición del producto o servicio en cuestión, tomando como base los criterios legales antes señalados.

En ese sentido, una vez que se haya analizado los factores antes señalados, así como cualquier otra circunstancia que se estime relevante, podrá determinarse la existencia (o no) de un defecto en el producto o servicio, lo que permitirá (o no) aplicar a las sanciones y distribuir las responsabilidades establecidas en la Ley de Protección al Consumidor.

En efecto, la Ley de Protección al Consumidor establece que los proveedores son responsables por los daños a la integridad física y otros bienes de los consumidores, causados por productos defectuosos. Asimismo, nuestra legislación establece el alcance de la indemnización (la cual incluye el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral); y la **responsabilidad solidaria** entre los diversos proveedores del producto o servicio en cuestión, sin perjuicio del derecho de repetición de los obligados solidarios contra el responsable real del defecto.

De los aspectos antes señalados, la responsabilidad solidaria cobra especial relevancia, toda vez que atribuye a los involucrados en la cadena de elaboración y distribución de un producto o servicio la obligación de indemnizar al consumidor por los daños y perjuicios causados por dicho producto o servicio. En otros términos, el consumidor se encuentra facultado a dirigir su reclamo contra cualquiera de los proveedores (fabricante, distribuidor, etc.) o contra todos ellos simultáneamente⁶. De esta manera, la Ley de Protección al Consumidor incrementa las posibilidades del consumidor de obtener una reparación adecuada por los daños sufridos a causa del producto o servicio defectuoso.

Como es evidente, la solidaridad existente entre los proveedores no se perjudica por la ausencia de responsabilidad de alguno de ellos, de manera que dicha situación no permitirá al proveedor “inocente” exonerarse de responsabilidad frente al consumidor (justamente en esto consiste la solidaridad). Por supuesto, en caso el proveedor “inocente” haya abonado parte o toda la indemnización exigida por el consumidor afectado, aquel tendrá el derecho de repetir frente a aquel o aquellos proveedores que originaron el defecto y obtener el reembolso de todas las sumas pagadas. No obstante lo expuesto, debe ser claramente distinguida de esta hipótesis aquella en la cual los proveedores (en su conjunto) puedan acreditar la existencia de un caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero o imprudencia de la víctima, es decir, de la fractura del nexo causal, toda vez que en esta hipótesis –como lo establece el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor– ninguno de los proveedores será responsable por los daños que el consumidor haya podido sufrir.

De otro lado, debemos precisar que la determinación del monto indemnizatorio estará a cargo del Poder Judicial, toda vez que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) no cuenta con las facultades legales correspondientes para hacerlo.

6 Artículo 1186 del Código Civil, según el cual: “El acreedor puede dirigirse en contra de cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente [...]”.

En efecto, al Indecopi le corresponde determinar la existencia de una infracción a la Ley de Protección al Consumidor, así como fijar las sanciones administrativas y medidas correctivas correspondientes; no obstante, la facultad para determinar la existencia y magnitud del daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona causados por el producto defectuoso, así como la indemnización que deberá ser abonada, corresponde al Poder Judicial.

2. EL CASO DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO

2.1 Los accidentes aéreos y la distribución de la responsabilidad derivada de ellos

Es para todos evidente que la tecnología ha evolucionado de una manera impresionante en muchos ámbitos de nuestras vidas. Piénsese en los aparatos electrónicos, en los programas de computadora, en la posibilidad de realizar compras por Internet con casi cualquier medio de pago, etcétera. Igualmente, piénsese en los nuevos mecanismos de seguridad existentes, tales como los programas antivirus (actualizados constantemente), las claves y tarjetas de coordenadas especializadas para evitar fraudes o clonaciones de tarjetas, etc. Estos son solo algunos de los tantos ejemplos que se puede dar, aunque –por la familiaridad de los bienes o servicios que involucran– nos permiten apreciar con suma claridad la gran evolución tecnológica de la que somos testigos.

Dicha evolución se aprecia, además, en los servicios de transporte aéreo. Algunos profesores de Derecho, y particularmente del curso de Responsabilidad Civil, citan recurrentemente el caso de los hermanos Wright para graficar el estado incipiente de la aviación civil o comercial en el que alguna vez nos encontramos, contrastándolo seguidamente con el estado actual de la aviación civil y comercial, y los efectos que dicha situación ha generado en diversos niveles (con énfasis, claro está, en la forma como debiéramos leer e interpretar las normas de la Responsabilidad Civil sobre la materia).

Independientemente de ello, lo cierto es que los manifiestos avances en el rubro de la aviación traen como consecuencia inmediata una mayor seguridad para todos los ciudadanos y, principalmente, para todos los consumidores continuos de tales servicios, quienes ya no tienen de qué preocuparse al saber que deben realizar uno u otro viaje, cualquiera sea el destino del mismo. No obstante ello, por razones que pueden encontrarse asociadas a muchísimos y muy diversos factores, tales como la negligencia del piloto, del copiloto, de alguno de los funcionarios del organismo de control de tránsito aéreo, de alguno de los funcionarios del aeródromo; o por algún defecto de fabricación del avión, de los motores, de sus turbinas; o por razones del clima, siguen produciéndose accidentes aéreos (aunque, claro está, en mucho menor medida que antes).

Producido algún accidente aéreo, en nuestra calidad de abogados, debemos evaluar a quién corresponde asumir la responsabilidad por los daños y perjuicios que tales nefastos sucesos

hayan ocasionado. Así, deberemos evaluar quién y cómo debe resarcir la muerte de algún pasajero y/o tripulante, o el sufrimiento de una lesión corporal, o los daños morales (*i.e.*, traumas) producidos por alguna de dichas situaciones, entre otros.

Es aquí donde se inicia el análisis jurídico de la cuestión⁷. En efecto, para determinar la asunción y distribución de responsabilidades por el accidente aéreo acontecido, se deberá consultar básicamente⁸ las siguientes normas:

- a) La Ley de Aeronáutica Civil del Perú, aprobada mediante Ley 27261 (Ley de Aeronáutica).
- b) El Reglamento de la Ley de Aeronáutica, aprobado mediante Decreto Supremo 050-2001-MTC (Reglamento de la Ley de Aeronáutica).
- c) La Ley de Protección al Consumidor.

A continuación, haremos una breve explicación acerca del contenido de los dispositivos legales antes indicados, a efectos de que se conozca cómo ha distribuido nuestro legislador las responsabilidades y qué reglas especiales ha establecido.

- a) y b) La Ley de Aeronáutica y su Reglamento

Según estos dispositivos, el transportador (aerolínea) “es responsable de los daños y perjuicios causados por muerte, lesión o daño sufrido por un pasajero, cuando el accidente que los ocasionó se produjo a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque”⁹. Igual regla resulta de aplicación tratándose de la tripulación o personal aeronáutico del que se valga el transportador para desarrollar sus funciones¹⁰.

En cuanto al importe por pagar a título de indemnización, las reglas variarán dependiendo de si el pasajero y/o tripulante murió, sufrió daños corporales (lesiones) o algún otro perjuicio.

7 El análisis que a continuación se desarrolla parte de la premisa de que la legislación peruana resulta aplicable, lo cual ocurrirá –entre otros casos– cuando el accidente haya ocurrido en tierras nacionales. No obstante, debe quedar claro que existirán muchos otros casos en los que –por diversas circunstancias (*i.e.*, lugar donde ocurrió el accidente, pacto expreso establecido en los documentos del contrato de transporte)– dicha normativa no resulte aplicable y, por el contrario, lo sea la normativa internacional sobre la materia (*i.e.*, Convenio sobre Aviación Civil Internacional, Convenio para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional).

8 Aquí solo se citan las normas relevantes para efectos del presente artículo. No obstante, es claro que el abogado a cargo del caso deberá también consultar el Código Civil y alguna otra regulación aeronáutica que pueda ser de relevancia para el caso concreto.

9 Numeral 114.1 de la Ley de Aeronáutica.

10 Artículo 265 del Reglamento de la Ley de Aeronáutica.

Así, en caso de muerte, el transportador tiene la obligación de pagar a los herederos de la víctima un importe fijo equivalente a 45.000 Derechos Especiales de Giro (DEG). De dicho importe, el veinte por ciento (20%) deberá ser cancelado dentro de los 15 días-calendario siguientes de que ello le sea requerido por los sujetos legitimados.

En caso de lesiones, el transportador tendrá la obligación de pagar hasta 45.000 DEG. No obstante, a diferencia de la hipótesis anterior (en la que el monto a pagar es fijo), aquí la víctima deberá acreditar cuáles fueron los daños sufridos para que le sea abonada la parte proporcional (o el íntegro) de los 45.000 DEG.

Tratándose de otro tipo de daños (*i.e.*, morales) no se ha establecido una regla especial, por lo que su resarcimiento se regirá por las normas ordinarias de responsabilidad civil contenidas en el Código Civil.

Cabe destacar que, para el caso de muerte, el legislador nacional ha señalado expresamente que la suma fija pagada “no será reembolsable ni supondrá ningún tipo de reconocimiento de responsabilidad”¹¹. A pesar de que la referencia ha sido colocada expresamente para el caso de muerte (de un pasajero o tripulante), pensamos que ella resulta extensiva a los casos de lesiones. Ello habida cuenta de que en ambos casos la regla de responsabilidad es la misma, a saber, que el transportador deberá pagar determinada suma de dinero una vez que se haya verificado la muerte o lesión corporal, e independientemente de cuál hubiese sido la causa del accidente.

En efecto, como se habrá apreciado, la Ley de Aeronáutica y su Reglamento establecen la responsabilidad “automática” del transportador una vez que se haya verificado la muerte de algún pasajero y/o tripulante o, en todo caso, una vez que se haya verificado la existencia de una lesión corporal y los daños asociados a esta hayan sido acreditados. En tal sentido, en esta etapa no resulta relevante determinar cuál fue la causa del accidente aéreo (como señalamos líneas arriba, pueden haber sido muchísimas); por el contrario, lo único relevante es que el transportador abone las sumas que tales normas mandan, sin que ello –claro está– suponga reconocimiento o atribución de responsabilidad alguna.

Cualquier persona que haya llevado el curso de Responsabilidad Civil sabe que para que surja la obligación de indemnizar, deben verificarse una serie de requisitos (copulativos), los que giran en torno a: la antijuridicidad, el nexo causal, el factor de atribución y el daño. Igualmente, sabe que, dependiendo del caso, la regla de responsabilidad puede ser subjetiva u objetiva, y que con ella variarán las defensas que el supuesto causante puede oponer cuando se pretenda hacerlo responsable.

11 Numeral 116.2 de la Ley de Aeronáutica.

Para los efectos que aquí nos interesan, corresponde señalar que, de encontrarse vigente una regla subjetiva de responsabilidad, el causante del daño podrá exonerarse de responsabilidad si acredita que en su actuar no medió dolo ni culpa o, en todo caso, que se presentó un supuesto de ruptura del nexo causal. Por el contrario, de encontrarse vigente una regla objetiva de responsabilidad, aquel solo podrá exonerarse de responsabilidad si prueba la fractura del nexo causal. Como podrá apreciarse, en ambos casos el supuesto causante del daño tiene medios diferentes para defenderse e intentar quedar exento de responsabilidad.

Ahora bien, existen otros casos en los que la ley –por diversas consideraciones– ordena indemnizar y no otorga al obligado la posibilidad de liberarse de tal deber bajo ninguna circunstancia. En tales casos se ha señalado que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva absoluta (Fernández y León 2004: 86) o, por otros, ante una relación jurídica de garantía (Forno 1992: 48)¹². Parece claro que, atendiendo a la regulación contenida en la Ley de Aeronáutica y su Reglamento, sería justamente esta última la responsabilidad de la aerolínea por la muerte o padecimiento de lesiones corporales de alguno de sus pasajeros y/o tripulantes.

Por último, es importante indicar que si luego de verificada la muerte o lesión corporal de algún pasajero o tripulante del transportador la víctima pudiese probar que los daños sufridos exceden los 45.000 DEG, entonces la responsabilidad del transportador se medirá atendiendo a una regla subjetiva de responsabilidad. El artículo 124 de la Ley de Aeronáutica señala que:

“Artículo 124°.- De la determinación de indemnizaciones superiores

El transportista no será responsable por indemnizaciones superiores a las establecidas en la reglamentación respectiva, en la medida de que pruebe:

- a) Que el daño no fue causado por culpa inexcusable, acción u omisión dolosa del transportador o sus dependientes en el ejercicio de sus funciones, o
- b) Que el daño se debió únicamente a la culpa inexcusable o a otra acción u omisión dolosa de un tercero”.

Nótese entonces que, de querer obtener el pago de una indemnización superior a los 45.000 DEG, la víctima o sus herederos deberán probar la culpa inexcusable o dolo del transportador. De no hacerlo, este último quedará exento de responsabilidad por los mayores daños que tales víctimas o sus herederos pudiesen haber sufrido. Esta es una típica regla subjetiva de responsabilidad (donde el causante del daño podrá verse liberado de responsabilidad de probar que actuó de manera diligente) con una ligera variante, a saber, que incluso de haber mediado culpa leve, la aerolínea quedará exenta de responsabilidad.

12 Como señala el citado autor, esta relación jurídica de garantía también se aprecia en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, regulado en los artículos 1470 y 1471 del Código Civil, donde la ley obliga al promitente a indemnizar a su contraparte si el tercero no asume la obligación o el hecho prometido.

De lo expuesto en el presente acápite se puede apreciar que, ocurrido un accidente aéreo que haya producido la muerte o lesión corporal de alguno de los pasajeros y/o tripulantes, la responsabilidad del transportador será una responsabilidad objetiva absoluta (o pesará sobre él una obligación de garantía) hasta por 45.000 DEG; y, por el exceso, una responsabilidad subjetiva limitada, dado que el transportador no será responsable de haber actuado con culpa leve.

c) La Ley de Protección al Consumidor

Como se señaló en los acápites 1.1 y 1.2 de la sección 1 precedente, atendiendo a la asimetría informativa existente así como al interés de brindar una mayor y más eficaz protección a los consumidores, el artículo 32 de la Ley de Protección al Consumidor, de manera similar al artículo 101 del nuevo Código del Consumidor, establecía un tratamiento normativo especial para los productos o servicios defectuosos. Dicha norma debe ser coordinada con el artículo 8 del mismo cuerpo normativo, la que establece una serie de pautas generales para los casos en que nos encontremos ante productos o servicios no idóneos.

El artículo 32 de la Ley de Protección al Consumidor establecía que “el proveedor es responsable de los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos [...] La responsabilidad de los diversos proveedores de un producto conforme a este artículo es solidaria. Sin perjuicio de ello, cada proveedor tiene derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto”.

Si aplicamos el artículo 32 de la Ley de Protección al Consumidor al caso en análisis¹³, veremos que la aerolínea, el fabricante del avión y el fabricante de los motores (salvo que haya otros proveedores involucrados) serán responsables solidarios frente a las víctimas del accidente aéreo. Aquí surge la primera inquietud, que será absuelta en el acápite siguiente: ¿ello supone que, coordinando la Ley de Protección al Consumidor con la Ley de Aeronáutica y su Reglamento, las víctimas podrán exigir a la aerolínea, al fabricante del avión y/o al fabricante de los motores, indistintamente, el pago de los DEG que correspondan?

Enfoquemos ahora nuestra atención en el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, norma que –al tratar la responsabilidad por los productos o servicios no idóneos– señala que “[...] El proveedor se exonerará de responsabilidad únicamente si logra acreditar que existió una causa objetiva, justificada y no previsible para su actividad económica que califique como caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o negligencia del propio consumidor para no cumplir con lo ofrecido. La carga de la prueba de la idoneidad del bien o servicio corresponde al proveedor”.

Una rápida lectura del dispositivo transcrito permite apreciar que la responsabilidad de los proveedores resulta objetiva, toda vez que estos solo podrán exonerarse de responsabilidad de

13 Como se explicó antes, este dispositivo también aplica a los servicios defectuosos.

acreditar la fractura del nexo causal (caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero o imprudencia de la víctima). Surge aquí una segunda interrogante, la que será absuelta también en el acápite siguiente: si todos los proveedores son responsables solidarios por los daños que un producto o servicio defectuoso ocasione, incluidos los daños sufridos por las víctimas de un accidente aéreo, ¿cómo se concilia la existencia de una regla objetiva (absoluta) y subjetiva limitada de responsabilidad –derivada de la Ley de Aeronáutica y su Reglamento– aplicable a las aerolíneas, con la existencia de una única regla objetiva (relativa) –derivada de la Ley de Protección al Consumidor– aplicable a los proveedores en general? ¿Es coherente que, al encontrarse regidos por reglas de responsabilidad diferentes, los proveedores cuenten con medios, a su vez distintos, para exonerarse de responsabilidad?

Por otro lado, al trasladar la carga de la prueba de la idoneidad del producto o servicio al proveedor, el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor ha realizado una inversión de la carga de la prueba¹⁴, dejando de lado la regla general contenida en el artículo 196 del Código Procesal Civil¹⁵. Surge aquí la tercera y última interrogante, que también será absuelta en el acápite siguiente: ¿cómo conciliar el hecho de que, según la Ley de Protección al Consumidor, los proveedores tengan siempre la carga de probar la idoneidad del producto o servicio (bajo apercibimiento de tener que resarcir todos los daños y perjuicios que las víctimas del producto o servicio defectuoso hayan sufrido), con el hecho de que, según la Ley de Aeronáutica y su reglamento, superado determinado límite de daños sean las víctimas quienes deban probar que el proveedor actuó con dolo o culpa inexcusable?

2.2 Absolución de las interrogantes esbozadas y conciliación de la Ley de Aeronáutica, su Reglamento y la Ley de Protección al Consumidor

Para absolver las interrogantes esbozadas líneas arriba es importante tener algunas nociones claras. En primer lugar, debemos ser conscientes de que –atendiendo a sus graves consecuencias– es coherente que la responsabilidad por los accidentes aéreos reciba un tratamiento especial y, por ende, autónomo y diferenciado. Resulta para todos evidente que la magnitud y gravedad de los daños sufridos por el consumidor de un servicio aéreo y el consumidor de otro servicio, digamos, de naturaleza más ordinaria (*i.e.*, servicio de lavandería, servicio telefónico) resultan diferentes. En efecto, mientras que en el primer caso el servicio defectuoso acarrea la muerte o padecimiento de lesiones corporales (sin perder de vista los daños de otra naturaleza que puedan sufrir las víctimas o sus seres allegados); en el segundo caso, los daños sufridos probablemente consistan en que determinada cantidad de ropa se haya malogrado o haya cambiado de color, o en que nos hayan cortado la línea telefónica injustificadamente y, por ende, nos hayan qui-

14 Nota del editor: no se encuentra una norma semejante en el nuevo código.

15 “**Artículo 196.**– Carga de la prueba.– Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

tado temporalmente la posibilidad de comunicarnos desde la comodidad de nuestro hogar. La diferencia en cuanto a la gravedad y magnitud de las consecuencias en los casos descritos es evidente. Siendo ello así, es coherente que –por ejemplo, con la finalidad de lograr un mayor *deterrence* o con la finalidad de atender inmediatamente las necesidades de las víctimas o sus herederos– la normativa aplicable también sea diferente.

Por otro lado, debemos considerar que un régimen especial excluye, en cierta medida, la aplicación de un régimen general (criterio básico de especialidad de las normas). Ahora bien, esta sencilla apreciación no soluciona el problema ni aclara las interrogantes esbozadas en el acápite anterior. En efecto, aun si consideramos que la Ley de Aeronáutica y su Reglamento constituyen un régimen especial respecto de la Ley de Protección al Consumidor, ¿eso qué nos dice respecto de la solidaridad de los proveedores y la obligación de garantía de la aerolínea –según las normas antes indicadas– de pagar una suma fija de dinero a las víctimas de los accidentes aéreos? ¿Pueden las víctimas cobrar tal importe a cualquiera de los proveedores (sin perjuicio, claro está, de las posteriores acciones de repetición)? El problema es un poco más complejo.

En nuestra opinión, el problema se resuelve al atender a la existencia de regímenes de responsabilidad diferentes y, por ende, excluyentes entre sí. En efecto, la responsabilidad por los accidentes aéreos es especial y está normada de manera autónoma habida cuenta de la gravedad de los mismos. Esa especial responsabilidad recae, a su vez, en las aerolíneas, dado que estas se encuentran en control directo de la actividad que ocasiona tales accidentes.

Si se toma ello en consideración, la respuesta a la primera interrogante cae por su propio peso. En efecto: al encontrarse en directo control de la actividad aeronáutica, y atendiendo a la especial gravedad de los accidentes aéreos y la magnitud de sus consecuencias (*i.e.*, fallecimiento del “hombre de la casa”, aquel que brindaba el soporte económico), el legislador obliga a las aerolíneas a indemnizar inmediatamente a las víctimas en caso de muerte y, además, a otorgar determinada indemnización –hasta un tope– a quienes hayan sufrido lesiones corporales. En ambos casos, dada la gravedad de las consecuencias, no resulta relevante evaluar quién fue el causante del accidente; por el contrario, lo único que se desea es que el directamente involucrado en el accidente –la aerolínea– otorgue un resarcimiento inmediato a las víctimas, quienes pueden haber quedado completamente desamparadas como consecuencia del accidente aéreo acontecido.

Siendo ello así, es sencillo comprender por qué no resulta posible que las víctimas –amparadas en el artículo 32 de la Ley de Protección al Consumidor– puedan exigir el pago de los 45.000 DEG o de una parte de ellos, según corresponda, a los proveedores (distintos a la aerolínea) que formen parte de la cadena necesaria para que tal servicio llegue al mercado y sea accesible a los consumidores.

Respecto de la segunda (medios de defensa) y tercera (carga de la prueba) interrogante, la respuesta cae también por su propio peso al considerar la existencia de regímenes de responsabilidad

autónomos y, por ende, excluyentes entre sí. En efecto, los regímenes de responsabilidad tienen un sentido y sus reglas no pueden mezclarse las unas con las otras, so pena de distorsionar completamente el sentido y la finalidad del régimen en cuestión.

En tal sentido, mientras que en el caso de la aerolínea la responsabilidad –hasta los 45.000 DEG– será objetiva absoluta o de garantía y por encima de dicho importe será subjetiva limitada, la responsabilidad de los demás proveedores –en todos los casos y por todos los daños– será objetiva. Así, en el primer caso, de exigirse a la aerolínea el pago de sumas superiores a los 45.000 DEG, la carga de probar su culpa inexcusable o dolo recaerá en las víctimas, y la aerolínea podrá exonerarse de responsabilidad acreditando que actuó con diligencia. Por el contrario, en el segundo caso corresponderá a los proveedores acreditar la idoneidad del producto o servicio en cuestión o, en todo caso, la existencia de una fractura del nexo causal, so pena de quedar obligados a resarcir los daños sufridos por las víctimas.

El análisis esbozado en el presente artículo muestra por qué, en algunos casos, puede resultar justificada la existencia de regímenes de responsabilidad especiales. Igualmente, permite constatar la relevancia de la intención del legislador (*ratio legis*) en el análisis jurídico, así como que cada régimen de responsabilidad es autónomo y tiene un sentido y finalidad particular, los que no deben nunca perderse de vista.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ, Gastón y Leysser LEÓN

2004 *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo X.

FORNO FLÓREZ, Hugo

1992 “Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno”. En: *Advocatus*, año 3, N° 4.

ENTREVISTA A FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES*

1. ¿CÓMO HA EVOLUCIONADO LA LEGISLACIÓN EN CHILE EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR?

Cabe precisar que yo desempeñé el cargo de director del Servicio Nacional al Consumidor (Sernac)¹ entre 1993 y 1998, por lo que me tocó estar al frente de la institución precisamente en el período en que se discutía la primera ley de protección al consumidor en segunda fase de trámite parlamentario. Como usted conoce bien, en Chile tenemos un sistema político bicameral, como antes lo tenía el Perú, valga la aclaración, y entonces a mí me tocó combatir una serie de dificultades y resistencias muy similares a las que tienen hoy en día que afrontar para aprobar el código en el Perú. Había mucho recelo, temor y desconfianza en el ambiente y entorno, pero afortunadamente se fueron disipando con el transcurso del tiempo. La misma praxis demostró que no daba pie a un comportamiento abusivo de los consumidores, sino que les permitía reivindicar lo que el Derecho disponía. Y tanto es así que, en el año 2004, siete años después de la vigencia de la primera ley, se promulgó o dictó una nueva ley que complementó o enriqueció la de [19]97, incorporando elementos nuevos que en su oportunidad no logramos que se consignaran, como: la inclusión de la operación sobre inmuebles nuevos y la compra de vivienda nueva, que había quedado fuera de la primera ley, fundamentalmente por la razón de que los muebles no son mercancías en el sentido tradicionalista. Esto se logró modificar en el año 2004, como recalqué en párrafos anteriores, y se insertaron sobre inmuebles tanto en la compra como en la vivienda nueva hecha directamente por el consumidor a la empresa constructora o a la empresa inmobiliaria que comercializa los inmuebles, como la operación de tiempos compartidos turísticos que dio lugar a muchos abusos y me imagino que acá también, porque son contratos en los que se acosa económicamente al consumidor para actuar sin su consentimiento. Cuando los consumidores querían deshacerse de estos contratos, encontraban todo tipo de dificultades, porque sencillamente ya habían firmado.

* La entrevista fue conducida por Óscar Súmar el 18 de mayo de 2010, con motivo del Intercampus sobre protección al consumidor desarrollado en la UP, y transcrita por Renzo Vernal, alumno de la Facultad de Derecho de la UP.

1 Nota del editor: la página web oficial del Sernac es: <<http://www.sernac.cl/>>.

Entonces, para esos casos se contemplo el derecho al retracto, igual que en otros tipos de operaciones de consumo en que no se garantiza un debido tiempo para la reflexión y comparación entre opciones distintas.

En los servicios educacionales, por ejemplo, hoy en día –en Chile– es posible que un alumno que ingresa a la educación superior con esta nueva ley, que se ha inscrito en una universidad de paga, si en definitiva resulta seleccionado en las universidades llamadas “tradicionales”, que son universidades públicas más las privadas de mayor prestigio y trayectoria, pueda retractar su consentimiento en el contrato de matrícula con la universidad de paga abonando una pequeña cuota para cubrir gastos de administración y para que pueda perseverar en la inscripción de una universidad pública si es finalmente aceptado por ella.

Y se incorporó otra institución muy importante que es la de la tutela de los intereses difusos de los derechos colectivos de los consumidores. Esto demostró que no hay mejor antídoto contra los fantasmas que comprobar en la realidad que estos no existen. Curiosamente la derecha política, muy cercana al empresariado, que había sido la que más tenazmente se opuso a la primera ley, ya en la segunda mostró una actitud distinta y contribuyó con indicaciones y sugerencias para perfeccionarla. En la actualidad, el gobierno del Presidente Piñera, que es un reconocido empresario chileno, está manejando la posibilidad de crear un Sernac específico para la protección de los consumidores en la esfera de servicio financiero, argumentando que esta institución o entidad pública no ha podido actuar y resolver con eficacia igual que en otros casos, debido a que son servicios regulados y, entonces, pueda actuar como contrapeso a nombre de los consumidores frente a una instancia fiscalizadora y reguladora como es la Superintendencia de Bancos y Financieras, de Valores y Seguros o la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Como lo señaló hace poco el ministro de Hacienda de la República, están preparando un proyecto de ley. Ojalá y espero que en el Perú pase algo parecido a lo de Chile.

Es imprescindible comentar que en el año 1990 ya había una ley, así llamada, que establecía normas de protección a los consumidores [y en la] que si uno atiende al título, exclamaría: “¡Caramba!, se está regulando el derecho del consumidor”. Sin embargo, y a pesar de las apariencias, no se constituía como tal. Era, en realidad, una ley muy escueta de ocho artículos, que describía y castigaba conductas de defraudación de los proveedores en el mercado con penas de multas monetarias, salvo en algún determinado caso [en] que adquiriría el rango de delito. Por lo tanto, no se reconocían los derechos reales de los consumidores, no se regulaban las relaciones de consumo en el ámbito civil –que es donde interesa centrar la preocupación determinante en esta materia–. Lo que sucede es que se da una desigualdad o asimetría por las condiciones en que uno y otros actores intervienen en el mercado; por lo que la preocupación de esta legislación no debe estar centrada en sancionar o en castigar, sino, a mi juicio, en equilibrar las relaciones de consumo. Entonces, la ley que nosotros impulsamos desde 1990 apuntó a eso, a ceñirse a los estándares internacionales en materia de protección a los consumidores siguiendo muy fundamentalmente las líneas de directrices de Naciones Unidas

del año 1985², y reconocer como punto medular de la ley los derechos de los consumidores y luego desarrollar una perspectiva a través de instituciones que efectivizan y dan resguardo concreto a esos derechos: información, indemnización, resarcimiento en caso de daños, a la seguridad de los productos de consumo, a ser oídos, a accionar judicialmente, entre otros.

2. ¿USTED CONSIDERA REALMENTE QUE EN NUESTROS PAÍSES SE PUEDE HABLAR DE UN MOVIMIENTO SOCIAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR SIMILAR AL QUE SE DIO, POR EJEMPLO, EN LOS ESTADOS UNIDOS?

Yo creo que esto responde a pautas culturales. En los países anglosajones, claramente Estados Unidos entre ellos, pero también los de cultura anglosajona en Europa y otros continentes, el “asociativismo” cívico tiene fuertes raíces en la historia y en la praxis social; entonces, es normal, y así ocurrió en Estados Unidos pero también en países angloparlantes de Asia y Oceanía, y desde luego en Europa (principalmente en Inglaterra): que se constituyeran asociaciones de consumidores o grupos de acción en defensa del consumidor mucho antes de que hubiese una ley que los regulara.

Pero en los países como los nuestros, de impronta europeo-continental en cuanto a nuestra influencia cultural determinante francesa, italiana –de derecho codificado–, española, ha sido necesario que primero venga un impulso desde la institucionalidad pública, desde el Estado, para favorecer y estimular el desarrollo del “asociativismo” de consumidores. El impulso fundamental lo ha adoptado el Estado, porque básicamente tenemos una cultura mucho más legalista que otras del mundo. Recordemos que el nuestro es un sistema de derecho codificado, y bien tú sabes lo que es el derecho del Common Law, en el que el derecho es un derecho de gentes, de costumbres, de uso.

Por lo tanto, cobra relieve la distinción, que muy acertadamente la escuché hacer en una oportunidad a Marianella Lazzarini, que dijo que aquí había que diferenciar la protección del consumidor de la defensa del consumidor. La protección del consumidor nace de un conjunto articulado de políticas, normas, actividades que tienden a capacitar y empoderar al consumidor para que defienda sus derechos e interés en el mercado, y esta es una cuestión propia de la política pública, traducida naturalmente en un marco normativo de ley y en algunos casos con jurisdicción constitucional incluso (el reconocimiento de los derechos de los consumidores).

Esto yo siento que en los países de cultura jurídica europeo-continental, y entre ellos los que hemos recibido su influencia en América Latina, es determinante mientras no haya o exista una creación del Estado de las condiciones para proteger a los consumidores. Difícilmente los

2 Nota del editor: una versión ampliada y más actual de las directrices puede ser revisada aquí: <http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_sp.pdf>.

consumidores van a poder organizarse por iniciativa propia y actuando para llenar esos vacíos legislativos con una praxis de autodefensa, como ha ocurrido en los países anglosajones. Ya la tarea que subsigue y que es la de resguardar los intereses del consumidor en las situaciones concretas en los que estos se vieran marcados, es una tarea que incumbe a los consumidores con la ayuda de la institucionalidad pública, pero como protagonistas principales, los mismos consumidores. Y eso es lo que Marianella Lazzarini llamaba “la defensa del consumidor”. Debemos siempre asociar que “protección del consumidor” involucra una defensa directa del Estado; y la “defensa del consumidor”, la responsabilidad de los consumidores mismos.

3. ¿NO SE PODRÍA PENSAR QUE ESTO PUEDE TENER QUE VER CON EL HECHO DE QUE NUESTRAS ECONOMÍAS SE ENCUENTRAN EN EXPANSIÓN Y, POR LO TANTO, EL FENÓMENO DE DESEQUILIBRIO ENTRE GRANDES EMPRESAS Y CONSUMIDORES NO ES TAN REPRESENTATIVO EN EL CASO PERUANO, O POR LO MENOS NO LO HA SIDO HASTA LOS ÚLTIMOS AÑOS? ENTONCES, ¿NO SERÍA MEJOR CREAR NORMAS QUE PERMITAN MAYOR COMPETENCIA Y NO REGLAMENTOS QUE ESTABLEZCAN TRABAS?

Desde mi punto de vista, esto que usted señala no guarda ninguna relación, ya que ambas son necesarias. Tiene que haber mayor competencia para que el precio por obtenerse sea el más próximo al costo marginal de producción. Es decir, [que] se obtenga el óptimo económico. Pero la sola libre competencia no basta, porque si no hay protección de los derechos de los consumidores, los distintos agentes económicos pueden actuar estandarizando comportamientos que son lesivos y perjudiciales para esos derechos de los consumidores, por ejemplo, en materia de rotulación de productos. La rotulación es uno de los elementos centrales en la información al consumidor, que [este] tiene en cuenta o debe tener en cuenta para decidir su inteligente opción de consumo. Si no hubiese normas que regularan el etiquetado de los productos, esto podría ser insuficiente. ¿Qué raciocinio puede llevar a cabo el consumidor del etiquetado que se le presenta en una lengua que no domina? Y ahí puede haber libre competencia; sin embargo, no hay reconocimiento de este derecho esencial de informarse para consumir con un mayor provecho y mejores beneficios. Si no hay regulación del derecho de los consumidores, en términos de condiciones equánimes de contratación, también las cláusulas estándar podrían ser uniformemente dañinas para los consumidores; y yo pregunto: ¿qué podría contrarrestar eso? Y la respuesta es “nada” si, en definitiva, los establecimientos de comercio se guían por una pauta que les sería común a todos ellos. Y de hecho eso ocurre en muchas ocasiones con las empresas del rubro de servicio público, que son empresas monopólicas, donde no hay una regulación que garantice la preservación de los intereses o bienes de los consumidores, que podrían llegar a ser víctimas, de un modo sencillo y fácil, de abusos, ya que se prestan en disposiciones de monopolio. Entonces, una y otra cosa son complementarias, no son excluyentes. Para que haya libre competencia sana y favorable, tiene que haber protección de los consumidores, y la protección del consumidor únicamente resulta eficaz en la medida en

que exista la libre competencia entre los distintos oferentes en el mercado. Esa es mi visión del problema. No son excluyentes.

4. HABLANDO ESPECÍFICAMENTE DEL TIPO DE NORMA QUE USTED CONSIDERA QUE DEBERÍA HABER EN UNA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, ¿USTED CREE QUE SE DEBERÍA TENDER PRINCIPALMENTE A GARANTIZAR CIERTO NIVEL O CALIDAD DE LOS PRODUCTOS, CIERTOS PARÁMETROS?, O, MÁS BIEN, ¿DEBERÍA INCLINARSE A AVALAR EL QUE LOS PRODUCTOS TENGAN MENORES PRECIOS Y MEJORES CONDICIONES DE ADQUISICIÓN?

Eso depende mucho del tipo de producto o servicio del que se trate; siendo la regla general la libre determinación de los precios; esta es una cuestión que se debe entregar a los mecanismos de libre competencia en el mercado. Quien sea más eficiente para producir a un costo más bajo, podrá ofertar un precio más atractivo a los consumidores. Eso no ocurre tratándose de los precios de servicios regulados, en que, precisamente por prestarse bajo condiciones de insuficiente competencia y tratándose de satisfactorias esenciales, el Estado debe intervenir a través de un ente regulador para fijar los precios o tarifas. Tratándose de productos que son sensibles para la seguridad o la vida incluso de los consumidores, debe haber una norma que impida que se comercialicen productos inseguros o peligrosos contra la integridad de la persona humana. En este caso, el o los clientes. De suerte tal que en estos casos la regulación alusiva a la calidad pasa a ser determinante de la protección del interés del consumidor. Claro está que, refiriéndose a productos que se constituyen como inocuos, también es materia de competencia. La ley ya no tiene, en estos casos particulares, que ser la que obligue a un estándar mínimo de calidad. Pero tratándose de productos que pueden incidir en la vida o en la salud de los consumidores o la integridad del medio ambiente, deben existir regulaciones que exijan índices mínimos de calidad.

LOS AUTORES

Arturo Álvarez Alarcón

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Cádiz, España. Es autor de *El Sistema Español de Arbitraje de Consumo* (Edit. Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1999), entre otras publicaciones relacionadas con el arbitraje de consumo.

Alfredo Bullard

Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú. LL.M. Yale University. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio del Estudio Bullard, Falla y Ezcurra Abogados. Es uno de los principales exponentes del análisis económico del Derecho en la región, con diversas publicaciones en el tema, dentro de las que destaca *Economía y Derecho: análisis económico de las instituciones legales* (Edit. Palestra, Lima, 2003).

Freddy Escobar Rozas

Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho – Harvard Law School. Socio de Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados. Miembro de la Comisión de Protección al Consumidor de Lima Norte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Profesor de Análisis Económico del Derecho, Contratos, Mercado e Instituciones Legales, y Teoría Legal Contemporánea, en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico.

Francisco Fernández Fredes

Magistrado del Tribunal Constitucional de Chile y ex director del Servicio Nacional del Consumidor de dicho país. Ha sido profesor de Derecho en la asignatura de Protección Jurídica del Consumidor en las universidades de Chile, Central de Chile y Diego Portales. Ha dictado la cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Chile.

Daniel Gonzales La Rosa

Abogado por la PUCP. Asociado de Rebaza, Alcázar & De las Casas Abogados.

César G. Ordinola Guerra

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se desempeña como asistente legal de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi.

Carlos A. Patrón

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LL.M. Yale University. Máster en Políticas Públicas (M.Sc.), Oxford University. Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor de Regulación Económica en la UPC. Socio de Payet, Rey, Cauvi Abogados.

Alberto Rebaza Torres

Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Perú. LL.M. University of Virginia. Asimismo, se desempeña como profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el área de Derecho Mercantil. Ha sido profesor de la Universidad de Lima y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Rebaza, Alcázar & De las Casas Abogados.

Gustavo M. Rodríguez García

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral (Argentina).

Myriam Silvy

Licenciada en Administración de Empresas, y MBA, por la Universidad del Pacífico. Actualmente es profesora de cursos de márketing y administración en Centrum y de desarrollo ejecutivo en la Universidad Aplicada de Ciencias y la Universidad San Ignacio de Loyola.

Juan Manuel Sosa Sacio

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Constitucionalismo Crítico. Coordinador general de la *Gaceta Constitucional*.

Pierino Stucchi López Raygada

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho de Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, con segunda Maestría en Derecho Internacional Económico en la PUCP. El autor es gerente Legal del Indecopi, y como tal ha participado en la preparación del proyecto de la Ley 29571, que aprobó el vigente Código de Protección y Defensa del Consumidor. Profesor del curso Integración Económica en la UPC, y del curso Propiedad Intelectual y Libre Competencia de la Universidad San Ignacio de Loyola.

Óscar Súmar

Profesor e investigador a tiempo completo en la Universidad del Pacífico. Actualmente dicta los cursos Economía y Derecho y Derecho de la Empresa 1. Es coautor del libro *Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú* (Fondo Editorial UP, Lima, 2010), conjuntamente con Julio Avellaneda.

Luis Miguel Velarde Saffer

Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Perú. Asociado de Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE
TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA
PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156-164 - BREÑA
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Página web: www.tareagrafica.com
TELÉF. 332-3229 FAX: 424-1582
MARZO 2011 LIMA - PERÚ



**¿Quién no ha deseado alguna vez haberse enterado de las restricciones antes de acceder a una promoción?
¿Quién no ha comprado un producto fallado o que no cumplía con sus expectativas? ¿Quién no ha recibido una llamada o e-mail no deseado ofreciéndole un producto?**

De una manera u otra, todos somos consumidores y todos hemos sufrido estas u otras situaciones equivalentes en carne propia. Esto, sumado a la importancia de las relaciones entre consumidores y proveedores, hace que las normas de protección al consumidor siempre sean objeto de las más apasionadas discusiones, no solo en el ámbito legal sino incluso en nuestra vida diaria.

Con el propósito de satisfacer la necesidad de mantener este debate, este libro aborda la temática desde una perspectiva crítica –aunque no necesariamente opositora–, abarcando diversos aspectos como: el fundamento económico de la protección al consumidor; el comportamiento de los consumidores; los actuales mecanismos de protección; y algunos aspectos específicos de la normativa, como el contractual o de responsabilidad de los proveedores. El debate –aunque jurídico, en esencia– se realiza desde una perspectiva marcadamente multidisciplinaria, con énfasis sobre todo en disciplinas afines como la Economía y la Administración.

El libro está balanceado: se podrá encontrar en él desde perspectivas contrarias a las normas “protectoras” de los consumidores, hasta críticas más específicas sobre la extensión o enfoque deseado de estas o su interpretación o recuentos de lo que se ha hecho hasta el momento en materia de protección al consumidor en el Perú. Los autores provienen de diversos ámbitos –público, privado y académico– por lo que, en ese sentido, el libro también presenta diversos enfoques.

Por último, cabe mencionar que los trabajos aquí contenidos se enmarcan en el contexto de la reciente aprobación de un Código de Protección y Defensa del Consumidor, el mismo que ha reabierto el debate acerca de la materia en nuestro país.



**UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO**

