

¿ES EL CONSUMIDOR UN IDIOTA?

EL FALSO DILEMA ENTRE EL CONSUMIDOR RAZONABLE Y EL CONSUMIDOR ORDINARIO

ALFREDO BULLARD*

Resumen

El debate sobre cuál es 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 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 como funcionará el sistema.

1. Introducción

Stella Liebeck es quizás uno de los nombres más conocidos en la historia de la protección al consumidor. La señora Stella compró un café en MacDonalds. 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 MacDonalds 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 respiración fuerte y echársela encima para ir a cobrar una indemnización.

* Abogado, Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC., Socio Estudio Bullard, Falla y Ezcurra Abogados

Abrir una taza de café caliente sujetando el envase entre las piernas no parece muy razonable. Pero la señora Stella recibió una indemnización porque las Cortes estimaron que merecía que MacDonalds 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, página 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. Saliendo 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.
- 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 podían 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.

¹ Ver <http://www.stellaawards.com/caselog.html>

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 responsabilizados. 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 el horno microondas o descuidan a sus hijos cerca de las escaleras; podrían invocar la protección legal, haciendo 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 el estándar de conducta que debe usarse para proteger a los consumidores en el mercado.

La reciente discusión en torno a 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 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 *“La presente ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria de acuerdo a las circunstancias”* y que no es otra cosa que la definición de consumidor razonable.

Sin embargo, la jurisprudencia del INDECOPI había desarrollado en los años noventa, en una serie de casos, la idea 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”.

Así, la propuesta de norma exige 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 habrían 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 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, preservando en el tiempo conductas poco razonables. El que la

idiotéz 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 de eliminar el concepto de consumidor razonable crea un problema muy serio porque elimina la idea 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 de 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 cualquier persona 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 recibiendo algo distinto a lo que deseaban tienen básicamente dos fuentes: una es la falta de información de los proveedores, pero la otra es la falta de diligencia de los propios consumidores.

De la misma manera como los accidentes de tránsito dependen de cómo manejan los conductores de vehículos, pero también de cómo cruzan la calle los peatones (cuando no usan, por ejemplo 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 comenten 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. Efectivamente, 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 transacciones cerradas en términos ineficientes por falta de diligencia del consumidor, generando 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 renunciar a tener mejores consumidores. Si uno quisiera evitar accidentes de tránsito por parte de los chóferes de “combis” evidentemente no usaría como principio de responsabilidad el del chofer promedio 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, perpetuaría 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 le protegiera, entonces no habrá 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 a precios mayores de los productos y servicios involucrados, es decir, el peor de los mundos. Si es razonable leer lo que se firma, entonces no se puede amparar al que no quiso leer. 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 INDECOPI es el de Henri Van Hasselt Dávila vs. Bancosur². 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 incluían los mecanismos a 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 debía efectuar 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:

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

² Resolución N° 179-1999/TDC de fecha 21 de mayo de 1999.

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

Muchas veces se critica 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 les protege porque es un estándar diseñado a incentivar conductas consideradas adecuadas. El chofer razonable de “combis” quizás no exista, pero esa no es razón para usar un chofer de “combi” promedio para establecer un principio de responsabilidad.

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 preferir pagar algo más pero gozar de una garantía de por lo menos un año. Esto explica por qué un consumidor compra un televisor a un vendedor ambulante o informal por más que sabe 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 éstos actúan no razonablemente, estamos en el fondo asumiendo que no puede elegir, y por tanto el Estado o la autoridad que lo representa, está en mejor capacidad de decidir por él.

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 verse resumidas en dos grandes categorías. La primera, se refiere a los problemas de idoneidad, 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 recibe. Pero, a su vez, lo que el consumidor espera depende del nivel de información que ha recibido. Sin embargo, para efectos operativos, tanto la ley como la jurisprudencia administrativa han hecho esfuerzos para ir forjando algunas diferencias.

Para determinar si el proveedor cumplió con sus obligaciones, se construye un modelo de idoneidad que se compara con lo que el consumidor recibió. Si lo que recibió es menos que el modelo no hay idoneidad y entonces hay responsabilidad del proveedor.

Así, se cumple el modelo de idoneidad si:

$$\begin{array}{rcc} \text{MODELO DE IDONEIDAD} & & \text{REALIDAD} \\ X+Y+Z & = & X+Y+Z \end{array}$$

Donde X, Y y Z son las características del bien o servicio.

Por el contrario, no hay idoneidad si:

$$\begin{array}{ccc} \text{MODELO DE IDONEIDAD} & & \text{REALIDAD} \\ X+Y+Z & = & X+Y+H \end{array}$$

Donde X, Y y Z son las características esperadas por el consumidor razonable del bien o servicio y X, Y y H es lo que recibió en realidad, siendo H menos que Z. En ese caso habrá incumplimiento del deber de ofrecer un bien o servicio idóneo.

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*³ se estableció el principio de garantía implícita y garantía explícita que se deriva del artículo 8 del Decreto Legislativo 716. El caso se refería a un par de zapatos adquiridos por un consumidor en el que en un plazo de apenas dos meses uno de ellos apareció con un agujero. El Tribunal del INDECOPI consideró que el referido zapato no era idóneo porque no cumplía con las garantías implícitas que se consideraba el proveedor había ofrecido, pues un consumidor razonable no esperaría que un zapato comprado en las circunstancias en que se adquirió en el caso duraría tan poco tiempo.

En dicha Resolución se establecieron tres precedentes de observancia obligatoria, dos de los cuales tienen relación directa con el tema de idoneidad que venimos analizando. Así, se estableció:

“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

³ Resolución 085-96-TDC/INDECOPI de fecha 13 de noviembre de 1996.

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.

b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo”.

La diferencia entre garantía implícita y garantía explícita es clara. Ambos conceptos sirven para reconstruir la expectativa del consumidor 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 en base a tres coordenadas. La primera es la llamada garantía implícita. Por garantía implícita se entiende aquellas características y condiciones que el consumidor razonable hubiera esperado recibir, dadas las circunstancias. Así, en el caso que reseñamos, se consideró que un zapato que duraba menos de dos meses no era idóneo, pues dadas las circunstancias, un consumidor razonable esperaría una duración mayor. Así, el Tribunal estableció, en el caso *Tori vs. Kourus*, lo siguiente:

“La garantía implícita no implica que el proveedor deba responder cuando el producto no ofrece la mejor calidad posible. Ello podría, en última circunstancia, perjudicar a los propios consumidores,

pues los proveedores se verían obligados a colocar en el mercado productos a mayores precios para responder a dicha calidad ideal. Los consumidores están en la posibilidad de elegir entre productos de distintas calidades y precios, y no es función de la Comisión decidir cuál es la calidad estándar que deberían reunir los productos o servicios que se ofrecen en el mercado. En tal sentido la garantía implícita a la que se refiere esta Sala es la obligación de responder cuando el bien o servicio no es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren o contratan éstos en el mercado, debiendo considerarse para ello las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados. Así, un lapicero es adquirido para escribir razonablemente bien por un tiempo a su vez razonable, dadas las circunstancias en las cuales fue adquirido. Un electrodoméstico es adquirido para su uso en el hogar, esperándose que el mismo funcione adecuadamente por un tiempo razonable, nuevamente teniendo en consideración las circunstancias en que fue adquirido. En el caso de un zapato de cuero, es de esperar que el mismo sea idóneo para ser utilizado como calzado, teniendo una duración mínimamente razonable, dada las circunstancias que rodean su adquisición”.

Veamos algunos ejemplos de aplicación de este principio.

- En el caso Solmenia Reátegui 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 desprendería 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 contratada⁴.
- 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 2 meses de adquirida la cocina. En dicha oportunidad, los mismos fueron cambiados. Sin embargo, manifestó que los portahornillas continuaron

⁴ Resolución N° 096-1998/TDC de fecha 8 de abril de 1998.

deteriorándose, siendo el caso que dichos accesorios fueron cambiados hasta en 3 oportunidades, en el lapso de aproximadamente un año de uso. Al respecto, la Sala consideró que un consumidor razonable no esperaría que el portahornillas de una cocina que acaba de adquirir se deteriore a los dos meses de uso. Asimismo, en el presente caso, el proveedor no demostró que el rápido deterioro de los portahornillas de la cocina que adquirió el señor Roggero se debiera a causas que no le eran imputables, por lo que, en este sentido, la infracción del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 716 es atribuible al proveedor⁵.

- 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, robándose las maletas del consumidor. El denunciante sostuvo que debía entenderse que la compañía de taxis debía contratar un seguro contra robos. La Sala consideró que un servicio de tales características hubiera sido considerado novedoso por los consumidores, lo que indicaba que no se encontraba dentro de los términos y condiciones que esperaría un consumidor razonable, y por tanto tal obligación no estaba comprendida dentro de la garantía implícita. La denuncia fue declarada infundada⁶.

La garantía implícita es simplemente la reconstrucción de aquellos términos que, dada la expectativa de un consumidor razonable, se entienden implícitamente incorporadas a la relación contractual de consumo.

La segunda 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 específicamente ofreció el proveedor, y que haya sido informado de manera clara al consumidor

⁵ Resolución N° 160-1998/TDC de fecha 19 de junio de 1998.

⁶ Resolución N° 69-1998 /TDC de fecha 11 de marzo de 1998.

Así, las garantías explícitas, como su nombre lo indica, se refieren a lo expresamente ofrecido por el proveedor. Así, en la Resolución del caso *Tori vs. Kouros*, se señaló lo siguiente:

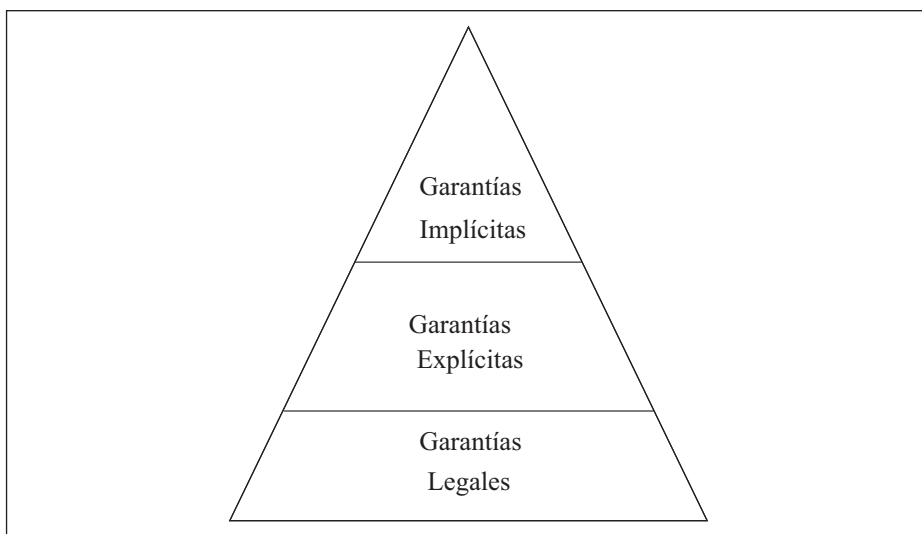
“Si las condiciones y términos expesos (contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor) no señalan algo distinto, se presume que el producto es idóneo para los fines y usos previsibles para los cuales normalmente éstos se adquieren en el mercado, considerando las condiciones en las 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 por que 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 esperaba el consumidor, o sea que esta ofreció menos, en cuyo caso se considerará que si el consumidor fue adecuadamente informado no podrá exigir más de aquello que le ofrecieron expresamente.

A ello se añade una tercera coordenada no incluida en el precedente, que es la garantía legal. Así, si la ley manda un estándar o característica que el bien debe tener necesariamente y contra el que no cabe pactar, no cabe que este sea deslazado por la garantía explícita. Así, el modelo de idoneidad incorpora todas las características y garantías que la ley ordena. Por ejemplo, una norma técnica obligatoria que indica las características que debe reunir el cemento no puede ser dejada de lado por medio de un pacto. Lo mismo ocurre si una aerolínea pacta con un pasajero que no le ofrecerá seguro de accidentes cuando la ley ordena que ello sea obligatorio. O el caso 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 N° 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 complementados con las precisiones que se hicieron al caso *Tori vs. Kourus*, a través del caso *Carbonel vs. Finantur*⁷. En ese caso, se presentó una consumidora alegando que no había sido informada, al comprar un pasaje Lima-Los Angeles, que el vuelo iba a tener tres escalas. 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.

⁷ Resolución 102-97-TDC/INDECOPI de fecha 25 de abril de 1997.

El análisis efectuado por el Tribunal del INDECOPI condujo, sin embargo, a precisar algunos principios de carga de la prueba que ayudan a definir la importancia de las garantías explícitas. Se señaló que si el término o condición ofrecida era de tal naturaleza que superaba lo que esperaría un consumidor razonable, entonces la carga de probar que tal término o condición fue ofrecida correspondía al consumidor. Por el contrario, si el término o condición se encontraba por debajo de lo que esperaría un consumidor razonable, entonces la carga de la prueba de que tal condición menos favorable había sido ofrecida al consumidor correspondía al proveedor.

Así, en la Resolución referida se estableció un precedente de observancia obligatoria en el siguiente sentido:

“1. Los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquélla pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria.

Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. En lo no previsto, se considerará que las partes acordaron que el bien o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios por los cuales éstos suelen adquirirse o contratarse según el nivel de expectativa que tendría un consumidor razonable.

2. La prueba de la existencia de una condición distinta a lo normalmente previsible por un consumidor razonable dadas las circunstancias corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual. De esta manera, en caso que el consumidor alegue que el bien o servicio debe tener características superiores a los normalmente previsible 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 previsible—. Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsible dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él —es decir,

corresponderá al proveedor probar que ofreció condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podrían esperar”.

Para determinar los alcances de este precedente la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal usó en la misma Resolución algunos ejemplos para graficar los principios en él recogidos:

“Por ejemplo, el consumidor que contrata un servicio de confecciones de un traje esperará como mínimo que como resultado del trabajo tenga una prenda de vestir que se ajuste a su talla, que la duración del trabajo sea la normalmente previsible, que las costuras tengan un nivel aceptable de resistencia, etc. Quien adquiere un televisor esperará que este funcione adecuadamente, tenga una señal meridianamente clara, y tenga una vida útil aceptable. La determinación precisa de estas características dependerá de las circunstancias y de los usos y costumbres comerciales existentes en la plaza.

Sin embargo, en caso que el consumidor alegue que el bien o servicio debe tener características superiores a las normalmente previsibles dadas las circunstancias la carga de la prueba de dicha característica recaerá sobre aquél. Es decir, corresponderá al consumidor probar que se le ofreció una promoción adicional o que se le ofrecieron características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsibles como consecuencia de su experiencia en el mercado. Por ejemplo, si ante el silencio de las partes o la falta de documentos que prueben algo distinto, el consumidor alegase que el pasaje adquirido es de primera clase y no de clase económica como el que recibió, él deberá demostrar que tal condición efectivamente le fue ofrecida y se incorporó al contrato.

Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsibles dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él. Es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podían esperar. Por ejemplo, si ante el silencio de las partes o la falta de documentos que prueben algo distinto, el proveedor sostuviese que el pasaje aéreo vendido es uno condicionado a que haya espacio disponible, le corresponderá demostrar que ello fue efectivamente ofrecido y/o informado al consumidor y, por tanto, que tal condición se incorporó al contrato.

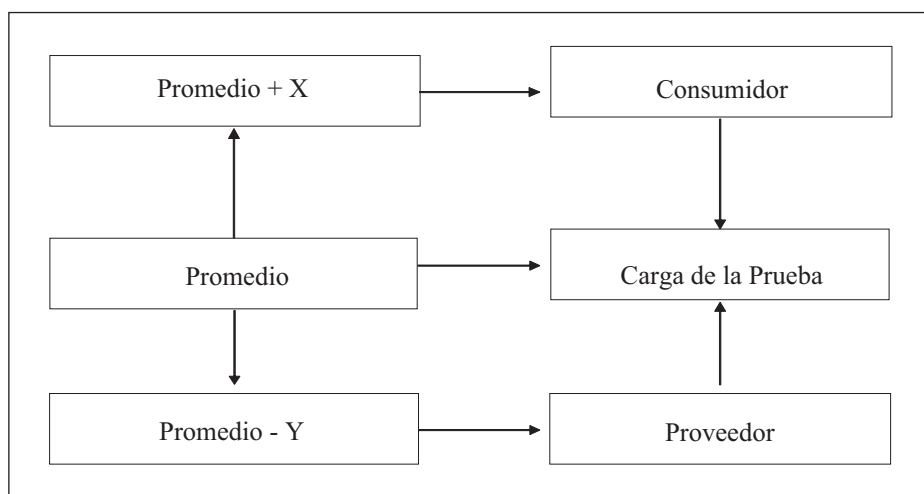
En pocas palabras, la prueba de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible por un consumidor razonable dadas las circunstancias, corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual”.

En el caso Finantur se consideró que dado que no había pruebas de si se había ofrecido un vuelo directo o se había informado el número de escalas, era necesario establecer qué esperaría un consumidor razonable respecto de un vuelo Lima-Los Ángeles. Se consideró que esperaría razonablemente que tuviera una o hasta dos escalas, pero que tres ya superaba el estándar de garantía implícita. Por tanto se sancionó a la empresa de turismo por no acreditar que informó al consumidor del problema.

Otro ejemplo gráfico sería 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. Siendo esa la garantía implícita la carga de la prueba de demostrar que se informó que era un pasaje por tierra será entonces del proveedor. Si no acredita que lo informó se considerará que el pasaje es por avión.

Las cargas de la prueba están graficadas en el Diagrama N° 2:

Diagrama N° 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 de lo esperado, es decir la existencia de una garantía explícita. Así, si dice que por el precio de clase turista le ofrecieron primera clase, 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” bajo conocimiento del consumidor, tendrá que demostrar que el consumidor fue informado adecuadamente.

Al sustentar la Sala el principio recogido en Carbonel vs Finantur manifiesta su intención de reducir los costos de transacción, reconociendo lo complicado que sería en los mercados masivos obligar a que las partes documenten todos los términos y condiciones que regulan los contratos entre proveedores y consumidores. Así, en Carbonel vs. Finantur se señala:

“Las razones que inspiran este principio radican en la necesidad de garantizar la seguridad en las operaciones de consumo sin elevar los costos de transacción en el mercado correspondiente. Así, se considera que lo pactado es lo que normalmente hubiera aceptado un consumidor razonable dadas las circunstancias. Esto evita generar pruebas o documentación excesiva en este tipo de contratación estandarizada, dinámica y masiva. Por el contrario, si alguien alegara que en realidad las condiciones son distintas a las previsibles y que dicha diferencia lo beneficia, entonces tendrá la carga de demostrar lo que afirma”.

Podemos apreciar cómo estos principios reflejan la íntima relación que existe entre idoneidad e información, tal como lo 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 se 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 oportuna y adecuadamente informado). Así, no basta establecer que el bien no es idóneo, sino que 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 éste demuestre que tal falta de idoneidad no le es imputable⁸.

Así, en términos de la Sala:

“El hecho de que exista una garantía implícita no implica que el proveedor sea siempre responsable. Podría ser que el deterioro haya sido causado por un factor diferente como puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor; circunstancias en las cuales obviamente no podría hacerse responsable al denunciado de lo ocurrido”.

Así, en dicho caso, nunca se pudo determinar si el agujero en el zapato había sido ocasionado por un uso inadecuado (se dijo que el consumidor podría haber

⁸ Así, como ya se citó anteriormente, en este caso se estableció que *“La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo”.*

usado los zapatos para patear piedras) o a una mala fabricación del zapato. Pero dado que el proveedor tenía que probar que el defecto no le era imputable (cosa que no hizo) se le atribuyó responsabilidad por lo ocurrido.

Algunas personas han criticado el precedente por haber invertido administrativamente la carga de la prueba que, según estos críticos, no se deriva de la ley. Sin embargo tal supuesta inversión es en realidad la aplicación del principio contenido en el artículo 1229 del Código Civil, según el cual la prueba del pago corresponde a quien afirma haberlo efectuado. Siendo que el pago de la obligación de entregar un bien o dar un servicio idóneo es precisamente la entrega de un 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 que es el proveedor el que, por su conocimiento del mercado, está en mejor posibilidad, respecto del consumidor, de determinar cuáles son las causas posibles del problema y tomar las precauciones necesarias para evitarlo. Así, el principio se sustentó en la siguiente fundamentación efectuada por la Sala en la Resolución que comentamos:

“De las dos partes es el proveedor el que se encuentra en mejor posición para poder determinar que la falla no puede serle atribuida. Ello 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 a lo 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, asignando 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.

4. ¿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 suelen discutirse 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. Sin embargo, 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; y, (iii) 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.

4.1. 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 a los consumidores incautos, 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 éstos 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, entre otros.⁹

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

⁹ Esto ya ha sido claramente sugerido por Schwartz (1986) p. 113. Incluso, en otro trabajo Schwartz (1988) p. 374, sugiere algunas fórmulas para determinar los supuestos bajo los cuales los consumidores son optimistas o pesimistas. Así, si:

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

C^* =costo real del defecto.

Entonces:

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

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

Por valor esperado, Schwartz se refiere al descuento que se hace cuando se sabe que no de todas maneras ocurrirá un daño, sino de que existe alguna probabilidad de que se dé. 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 $p < p^*$ en magnitud suficiente para dominar cualquier sobrestimación de los costos del defecto; o
- (3) $p > p^*$ pero $C < C^*$ en magnitud suficiente para dominar cualquier sobrestimación de las posibilidades de que se de una pérdida.

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

Los consumidores son en realidad, vistos desde la perspectiva de mercado, pesimistas. Desconfían de los productos y de las cualidades que se le ofrecen, porque saben que quien les vende no lo hace de favor, sino para hacer un negocio¹⁰. 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 servicio¹¹.

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

Le puedo asegurar que pensó que había menos de cincuenta (es decir que fue pesimista). Es más, me atrevería a afirmar que pensó que había bastante menos de esa cifra, y que la mayoría pensó que la caja probablemente estaba vacía o tenía apenas

¹⁰ Estas razones fueron recogidas de alguna manera en la Resolución N.º 053-96-TRI/SDC de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI que resolvió la acción de oficio seguida contra Liofilizadora del Pacífico S.R.Ltda y otros por la publicidad del producto “Manaxx Gold”, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día 3 de octubre de 1996. En dicha Resolución se estableció un precedente de observancia obligatoria según el cual, al apreciar el análisis superficial que según 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.

¹¹ El ejercicio que se desarrolla a continuación es una simple adaptación del razonamiento que propone Grossman (1981) p. 466.

unas cuantas manzanas. ¿Cuántos lectores creen que hubieran aceptado la oferta? Me animaría a pensar que la inmensa mayoría la hubiera rechazado. Evidentemente si hubiera habido cien manzanas habría sido un negocio redondo. Pero les podemos asegurar que nadie esperaba encontrarse con dicha calidad.

Repitamos el ejercicio con una ligera variante. El ofertante le dice al formular su oferta que “Por lo menos hay tres manzanas”. ¿Cuántas creería que hay? Probablemente ha pensado en una cifra cercana a tres, sino tres. Probablemente creerán que hay la cantidad mínima ofrecida, pero asumirán que no hay mucho más que eso.

El deseo de pagar del consumidor dependerá de cuántas manzanas cree que hay en la caja. El consumidor sabe que no es un buen negocio para el ofertante ofrecer más manzanas que la cantidad mínima que garantiza, porque sabe que eso 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 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), existe una suerte de selección adversa en contra del vendedor que no revela claramente los atributos que tiene su bien. Los consumidores esperan, racionalmente, que la calidad del bien sea la peor posible en relación a la información que le pueda proporcionar el vendedor. El vendedor, conociendo esta conducta de los consumidores, es decir la de pagar el menor monto posible relacionado con la calidad revelada, encuentra óptimo revelar la máxima calidad posible consistente con la verdad¹².

¹² Grossman (1981) p. 463.

¿Cuáles son las causas de este “pesimismo natural”? En realidad las causas pueden ser muy diversas. Schwartz y Wilde (1979) 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 vivido 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”¹³.

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

¹³ Schwartz, Alan y Louis L. Wilde (1979) p. 1438. En el mismo sentido se pronunciaría después Schwartz (1988) p. 381. En ese mismo lugar cita (pie de página N.º 56) a distintos autores e investigaciones que soportan su punto de vista. Así, Weinberger (1986), “Products as Targets of Negative Information: Some Recent Findings” En: *European Journal of Marketing*, Vol. 20, p. 110 (los consumidores dan un peso desproporcionado a la información negativa sobre los productos), Lynch y Scrull (1982), “Attentional Factors in Consumer Choice: Concepts and Research Methods” En: *Journal of Consumer Research*, Vol. 9 p. 18, Mizerski (1982) “An Attribution Explanation of the Disproportionate Influence of Unfavorable Information” En: *Journal of Consumer Research*, Vol. 9, p. 301, Einhorn y Hogarth (1986) “Decision Making Under Ambiguity” En: *Journal of Business*, Vol. 59, p.225, p.236 y (1985) “Ambiguity and Uncertainty in Probabilistic Inference” En: *Psychological Review*, Vol. 92, p. 433 Baron (1987), “Second Order Probabilities And Belief Function” En: *Theory and Decision*, Vol. 23, p.25 (observando que cuando las personas se encuentran en situación de incertidumbre sobre las probabilidades, suelen comportarse como si hubieran asignado altas posibilidades de un mal resultado, evitando tomar las acciones que pudieran llevarlos a un mal resultado incluso si fueran las mismas acciones que los llevarían a un buen resultado) y Oliver y Winer (1987) “A Framework for the Formation and Structure of Consumer Expectations: Review and Propositions” (la gente hace predicciones pesimistas cuando le falta información). En: *Journal of Economic Psychology*, Vol. 8, p. 469, 490-491

de que conocemos más gente que fuma que no está enferma. Una noticia en la televisión sobre un daño causado por un producto lleva a que mucha gente deje de inmediato de consumirlo a pesar de que hay miles de ocasiones en que el producto fue adquirido y no ocurrió nada.

Otra explicación adicional, mencionada por Schwartz y Wilde (1979) 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 continuas¹⁴.

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. Este error ha sido verificado con análisis empíricos. Una investigación, basada en encuestas, realizada por la Universidad de Michigan señaló que las personas percibían que sus necesidades de reparación en la compra de nuevos artefactos para el hogar eran bastante mayores que sus necesidades de reparación respecto de los artefactos que ya venían poseyendo¹⁵.

¹⁴ Este fenómeno es descrito por Kahneman y Tversky (1982) en “Subjective Probability: A Judgement of Representativeness”, En: *Cognitive Psychology*, 3, pp 430-454 y por Zukier (1982) en “The Disolution Effect: The Role of the Correlation and the Dispersion of Predictor Variables in the Use of Nondiagnostic Information”, citados por Schwartz y Wilde (1983) “p. 1439, nota a pie de página 83.

¹⁵ Schwartz y Wilde (1983), pp. 1439-1440. El estudio de la Universidad de Michigan

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 caiga 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) 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”¹⁶.

mencionado, citado por los autores de la referencia, fue realizado por Courvelle y Hausman (1979), “Warranty Scope and Reliability Under Imperfect Information and Alternative Market Structures”, en la, p. 1439, nota a pie de página 84.

¹⁶ Schwartz (1988). p. 113.

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, los 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 relevantes para los riesgos involucrados en la operación. Adicionalmente, 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.

4.2. 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, 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 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 al leer no entienden, las cláusulas y condiciones a las cuales se adhieren. El mercado perfecto puede reemplazar el rol de la negociación en un mundo de intercambio masivo siempre que exista adecuada información. Si bien el consumidor no puede negociar los términos de un contrato, sí puede ir a otro 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⁾¹⁷, el problema no es que las cosas se planteen en los términos de “tómelo o déjelo” sino si en el caso que el consumidor decide dejar lo que se le ofrece, conozca y tenga otras opciones disponibles.

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):

“(...) las objeciones normativas a ejecutar contratos celebrados por consumidores informados de manera imperfecta son generalmente injustificadas cuando tales contratos se refieren a bienes intercambiados en mercados competitivos. Una decisión para intervenir regulando los contratos o requiriendo se suministre más información no puede, en consecuencia, sustentarse en la demostración de que un número apreciable de consumidores se encuentran desinformados; por el contrario, la pregunta normativa debería ser cuándo la existencia de información imperfecta produce precios y términos no competitivos”¹⁸.

¹⁷ Trebilcock, M.J. (1974) p. 80.

¹⁸ Schwartz y Wilde. (1979) p. 631.

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

“(...) el análisis suele fallar en establecer directivas a quienes deben tomar las decisiones legales sobre 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”¹⁹.

Si se analiza lo dicho por los autores citados 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 ordinario²⁰, 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 es de 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) 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

¹⁹ *Ibidem*, p. 635.

²⁰ A la cual renuncié antes de que culminara sus labores.

*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*²¹.

Como bien dicen Schwartz y Wilde (1979):

*“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”, por que los abogados no tiene herramientas rigurosas para evaluar y responder a problemas de información”*²².

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

“Algunos consumidores consultan una serie de fuentes de información, como periódicos, amigos o reportes de consumidores, visitan numerosas tiendas antes de comprar y planean sus compras durante largos períodos de tiempo; otros consultan pocas o ninguna fuente de

²¹ Beales, Craswell y Salop (1981) p. 491.

²² Schwartz y Wilde (1979) p. 630.

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”²³.

La pregunta a 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 a nuestra hipótesis de trabajo, en el común de los casos los consumidores saben, cuando adquieren un producto de baja calidad, los riesgos y problemas que pudieran estar enfrentando. El dolo o el engaño son pues la excepción que confirma la regla. Nadie discute que hay consumidores engañados, como tampoco se discute que hay consumidores que se equivocan, pero la inmensa mayoría de consumidores saben lo que hacen cuando lo hacen. De lo contrario 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 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 encuentre 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 le ofrezcan lo que se está buscando a un precio determinado.

²³ *Ibidem*, p. 637.

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 ofertantes²⁴.

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 otra²⁵. 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. A fin de capturar la mayor cantidad de clientes, tenderá a ofrecer los mejores términos y condiciones posibles al precio que se desea pagar. No es posible discriminar entre los buscadores y los pasivos a simple vista, con lo que la posibilidad de explotar a los segundos se mediatiza por la simple existencia de los primeros.

En el mismo sentido se pronuncian Schwartz y Wilde ²⁶ 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

²⁴ Los mismos Schwartz y Wilde (1979) pp. 650-651, 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 $nA_n \div (A_1 + nA_n) < 1 - (F \div (s(PL - \mu)))$.

²⁵ Es curioso apreciar como en ciertos casos las personas sí pueden ser identificadas como pasivos o desinformados. Ese es el caso de los turistas, en especial los que no hablan español. Cuando acuden a mercados son identificados como tales y se les ofrecen precios y condiciones diferentes. Ello se debe a que normalmente los turistas no disponen de mucho tiempo para comprar y, sobre todo, no son compradores recurrentes, 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.

²⁶ Schwartz y Wilde (1979),p. 638.

pecuniaria”: personas que en ocasiones buscan proteger 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)²⁷ 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), 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 Unidos²⁸. Debe destacarse que si bien se trata de estudios referidos a un mercado distinto como el norteamericano, 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

²⁷ Priest, George (1981) p. 1347.

²⁸ Schwartz y Wilde (1979) p. 653.

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 aún 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 aún cuando el comprador 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):

“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 (...)*²⁹.

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 N° 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”

²⁹ Beales, Craswell y Salop (1981), pp. 501-502.

embolsado³⁰. Este proveedor había difundido una publicidad en la que anunciaba que tres cuartos de kilo de su arroz rendía más que un kilo de arroz a granel. Luego se demostraría que tal afirmación era falsa, pues los estudios en que se basaban carecían de sustento técnico, mientras que tres estudios más completos y detallados mostraban que no existía tal capacidad de rendimiento.

Lo interesante es que cuando la Sala tuvo que analizar la posibilidad de ordenar un anuncio rectificatorio, debía investigar 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.

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 arroz a granel. Nótese además que la promoción del arroz estuvo dirigida principalmente a consumidores de bajos ingresos.

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

Y la sanción para quienes no satisfacen las expectativas del consumidor es bastante grave: la salida del mercado. Quienes ofrecen las mejores condiciones a los mejores precios irán desplazando a quienes ofrecen peores condiciones a más

³⁰ Resolución 072-96-CCD en el expediente N.º 039-96-CPD y 076-96-CCD, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día 31 de enero de 1997.

altos precios. Los niveles de calidad existentes son respuestas competitivas, al igual como son respuestas competitivas los precios y las condiciones contractuales.

“En situaciones en donde los vendedores no mienten, el único problema es cuanta verdad van a decir. En particular si un vendedor tiene un producto malo, si no dice nada, ¿llevará ello a los consumidores a creer que su producto es de una 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”³¹.

Según Grossman (1981) 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 (1981) nos demuestra es que quienes vendan productos de mayor calidad intentarán convencer a los consumidores que la diferencia vale el precio adicional sea mediante publicidad o el ofrecimiento de garantías contractuales³². 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.

³¹ Grossman (1981), p. 465.

³² Quien compra en ambulantes sabe que no recibe garantías exigibles. Quien compra en un local formal sabe, por el contrario, que recibe una garantía. La garantía es una señal de calidad importante. Quien ofrece una garantía está dispuesto a respaldar contractualmente la calidad del bien, cosa que el ambulante no hace. Ello explica en parte la diferencia de precio. A pesar que esto es sabido por todos los consumidores, aún muchos siguen comprando en ambulantes, asumiendo conscientemente un riesgo a cambio de una reducción en el precio.

El propio Grossman (1981) nos explica este efecto:

“(...) si el vendedor ofrece menos que una garantía plena, consumidores con expectativas racionales concluirán que lo están tratando de engañar sobre la calidad del producto. Todo consumidor sabe que es óptimo, en términos de Pareto, que un vendedor le venda el bien al precio de reserva del consumidor con una garantía plena. En consecuencia un vendedor solo ofrecerá menos que una garantía completa si esto hace que la posición del vendedor mejore respecto a la situación en la que se encontraría si brindara la garantía total. Pero ello haría que el consumidor estuviera peor a como estaría si recibiera una garantía completa. Pero ello daría al consumidor menos que su precio de reserva, por lo que no habría la compra”³³.

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

$$P_g - P_n$$

³³ Grossman (1981), p. 463. 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 refleja lo más que el consumidor está dispuesto a pagar (precio de reserva del consumidor) o lo mínimo que el proveedor está dispuesto a aceptar por el bien (precio de reserva del vendedor).

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:

$$P_g - P_n < C_g - C_n^{34}$$

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 norteamericanos 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 las que el rol del INDECOPI es reconocido.

Un estudio de la consultora 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*

³⁴ Las fórmulas propuestas son una simple derivación de las propuestas por Schwartz y Wilde (1983). 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 esta a menos de su costo marginal, y una empresa que maximiza beneficios no haría ese tipo de operaciones.”

funciona una lógica donde se asume que se está pagando muy barato por algo que, asumen, se puede malograr, estar fallado, etc. (...) la mayoría de personas son conscientes de los riesgos que toman al momento de comprar en ambulantes, en un lugar de prestigio dudoso o productos de contrabando o “piratas”. Hay consenso en mencionar que se compra en esos lugares por el precio (principalmente los sectores más bajos). Saben que la probabilidad de engaño es alta pero consideran que por lo bajo del precio, se justifica el riesgo”³⁵. Lo que sí les preocupa a los consumidores es cuando adquieren un producto en un local formal y este no tiene una calidad adecuada³⁶. 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 garantías³⁷.

4.3. Consumidor razonable y pobreza

Otro de los argumentos que se usa 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

³⁵ APOYO (1996) pp. 15-16.

³⁶ *Ibidem*, pp. 14-15.

³⁷ Trizia (1993) p. 8.

*comprar zapatos hechos de cartón y otras cosas similares*³⁸.

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 consistentes con un presupuesto de razonabilidad.

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

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

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

En el primer caso, no existe cantidad suficiente para que la persona acepte que lo maten. En el segundo se paga una cantidad determinada. ¿Cuál es la razón de la diferencia en la valorización? La respuesta es muy sencilla. La segunda de las preguntas obtiene una respuesta condicionada por lo que se conoce como “efecto ingreso”. Las personas no pueden pagar más de lo que tienen, así valoricen su vida en más que todo su patrimonio. Y cuanto menos tengan su disposición a pagar, incluso para defender su propia vida, será menor. Por ello a la segunda de las preguntas recibiremos respuestas diferentes según la situación de cada persona a la que se le

³⁸ En <http://coase.org/coaseinterview.htm> (1 de abril del 2010).

plantea la oferta. Un millonario estará dispuesto a pagar millones para no morir. Un pobre estará dispuesto a pagar unos cuantos soles. El condicionante del nivel de ingreso se manifiesta de manera distinto, sin que con ello queramos decir que la vida de un rico vale más que la de un pobre. Es solo que el rico tiene más que sacrificar a cambio de su vida y sus alternativas de opción, siendo mayores, le permiten una mayor gama de posibilidades.

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

La capacidad de asumir costos adicionales para reducir nuestra posibilidad de morir o para proteger nuestra salud está en relación directa a nuestra capacidad financiera. Es de esperar que los pobres gasten menos en ello de la misma manera como es de esperar que gasten menos en alimentos, compren ropa de inferior calidad, construyan casas más baratas o viajen menos al extranjero. 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 ello, 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 conciente. Quien compra bienes en “paraditas” en las que no se ofrecen todas las garantías es, en la mayoría de los casos, conciente de lo que compra. El consumidor, por medio de su experiencia de mercado, ha ido paulatinamente identificando los pros y los contras de esos productos. Si sigue consumiéndolos es 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 vienen consumiendo carece por completo

de sustento fáctico y real. Por el contrario, su conducta aparece como claramente razonable.

Pero incluso en el supuesto 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 (1977) 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):

“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”³⁹.

Hasta aquí Schwartz (1977) 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”⁴⁰.

En el mismo sentido se pronuncia Craswell (1991), cuando nos dice:

“La escasez de recursos de estos consumidores los dejará 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”⁴¹.

Más adelante, el mismo autor continúa diciendo:

³⁹ Schwartz, Alan (1977) pp. 1057-1058. Como se puede apreciar esta es una simple aplicación del llamado criterio de Pareto.

George, Priest (1981) p. 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.*”

⁴⁰ *Ibidem*, p. 1058. La elasticidad respecto del ingreso mide el nivel de respuesta de la demanda a cambios en el ingreso de las personas. Es determinada dividiendo un porcentaje de variación en la cantidad entre un porcentaje de variación en el ingreso. Se puede decir, según lo afirmado por Schwartz, que la demanda por calidad es elástica respecto del ingreso, por lo que el consumidor preferirá cubrir sus necesidades básicas (en las que la demanda es inelástica) antes de adquirir calidad adicional.

⁴¹ Craswell, Richard (1991) p. 379.

“(...) 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 de bajo valor que deposita en el derecho legal”⁴².

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 precios 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) 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

⁴² *Ibidem*, p. 392.

*muy alto por ella (...)*⁴³.

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, pueden también estar conformados por aquellos que tienen poco dinero que gastar. En tal supuesto, la redistribución entre los consumidores será regresiva.

Si dejamos de lado la presunción de que los verdaderos beneficios de la garantía son los mismos para todos los consumidores, y asumimos, por el contrario, que la divergencia entre el verdadero valor y el deseo de pagar varía entre los distintos consumidores, la redistribución a través de los consumidores se torna aún más compleja. Los consumidores marginales serán entonces o los que le dan el menor valor al producto mismo o los que le colocan de alguna manera un valor mayor pero estarían dispuestos a pagar solo un monto muy reducido por la garantía. Si aquellos que van a pagar un monto reducido por la garantía están en tal la posición como consecuencia de la información imperfecta o por falta de conciencia, entonces la redistribución trasladará recursos de estos en favor de aquellos que tengan mejor información y aquellos cuyas preferencias no han sido tan distorsionadas. Si bien es difícil generalizar sobre la distribución en estas dimensiones, en muchos casos los perdedores serán precisamente los grupos que la garantía trata de ayudar”⁴⁴.

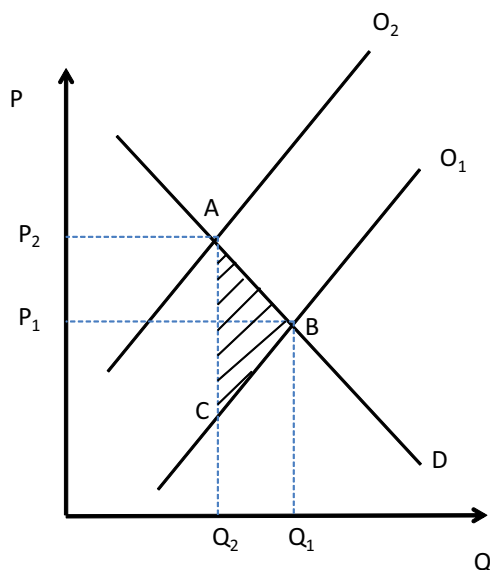
Fijémonos que Craswell (1991) se pone incluso en el supuesto de mercados que están funcionando con altos costos de transacción (preferencias irracionales e información imperfecta) y sin embargo concluye que los efectos distributivos de imponer condiciones en los contratos entre consumidores y proveedores no son los deseables.

⁴³ *Ibidem*, pp. 395-396.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 397.

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.

Diagrama N° 3



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. O_1 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 Q_1 al precio P_1 . 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, siendo la nueva curva resultante O_2 . El nuevo punto de equilibrio determina que se producirá Q_2 al precio P_2 , donde $Q_2 < Q_1$ y $P_1 < P_2$, 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, y 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 (1977), 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”⁴⁵. 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 (1977) 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”*⁴⁶.

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”*⁴⁷.

⁴⁵ Schwartz, Alan (1977) p. 1078.

⁴⁶ Newton (1977), “Economic Rationality of the Poor”. En: *Human Organization*, Vol. 36, 1977, p. 58, citado por Schwartz (1977) p. 1079.

⁴⁷ Day y Brandt (1972). “A Study of Consumer Credit Decisions: Implications for Present

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 (1981), nos dice que, “*En la agricultura tradicional, es decir en la economía campesina, no existe ineficiencia ni sobrepoblación; la pobreza aquí se explica por la pobre dotación de recursos y por la tecnología tradicional. Los campesinos son pobres pero eficientes*”⁴⁸. Javier Albo (1987) concluye que la estrategia campesina no es irracional, sino que es producto del bajo nivel de tecnología disponible, constituyéndose posiblemente en la mejor adaptación posible al medio ambiente dadas las circunstancias⁴⁹.

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 un “incauto” a una persona que puede administrar tan bien sus recursos es, sin duda, un exceso, por lo menos cuando se generaliza el término para justificar una intervención más agresiva del Estado⁵⁰.

and Prospective Legislation”. En: *Technical Studies*, Vol. 1, p. 95, citado por Schwartz (1977) *Loc. cit.*. En el mismo trabajo se concluye que no existe correlación entre variables demográficas como la raza o el ingreso y el comportamiento poco racional o desinformado de los consumidores.

⁴⁸ Citado por Figueroa, Adolfo (1981) pp. 67-89.

⁴⁹ Albo, Javier (1987) p. 63.

⁵⁰ Incluso existen estudios realizados en personas con enfermedades mentales (Ayllon y Azrin “The Measurement and Reinforcement of Behavior of Psychotics”. En: *Journal of Experimental Analysis of Behavior*. Vol. 8 o Battalio, Kagel, Winkler, Fisher, Basmann y Krasner “A Test of Consumer Demand Theory Using Observations of Individual Consumer Purchases”. *W. Economics Journal*, Vol. 11 citados por Schwartz (1977) p. 1080) que demuestran que esa categoría de personas responde a incentivos económicos tales como mejores sueldos o cambios en los precios relativos de los bienes. Ante tal evidencia, considerar a los pobres incapaces de responder a incentivos económicos tiene una clara connotación discriminatoria.

Quizás la mejor manera de comprender esto es leyendo la cita que hace Newton (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”⁵¹.

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 consumidores individuales puede llevar a desproteger a los consumidores en su conjunto. De allí la importancia de generar incentivos para una conducta razonable.

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.

⁵¹ Newton (1977), “Economic Rationality of the Poor”. En: *Human Organization*, Vol. 36, 1977, p. 50, citado por Schwartz (1977) p. 1080.

Referencias

- ALBO, Javier (1987). "Algunas Pistas Antropológicas para un Orden Jurídico Andino". En el libro *Derechos Humanos y Servicios Legales en el Campo*, Comisión Andina de Juristas, Lima.
- APOYO (1996) "Imagen y Actitudes hacia INDECOPI" Apoyo, Lima, julio-agosto.
- BEALES, Craswell y SALOP (1981), "The Efficient Regulation of Consumer Information", Vol. 24, En: *Journal of Law and Economics*, p. 491.
- CRASWELL, Richard (1991). "Passing on the Cost of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships". En: *Stanford Law Review*, Vol. 43.
- FIGUEROA, Adolfo (1981). *Economía Campesina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima.
- GROSSMAN, Sanford (1981), "The Informational Role of Warranties and Private Disclosure About Product Quality". En: *Journal of Law & Economics*, Vol. XXIV, diciembre, p. 466.
- PRIEST, George (1981), "A Theory of the Consumer Product Warranty". En: *The Yale Law Journal*, Vol. 90, N° 6, mayo, p. 1347.
- SCHWARTZ (1988) "Proposals for Liability Reform: A Theoretical Synthesis". En: *The Yale Law Journal*, Vol. 97, N° 3, febrero, p. 374.
- SCHWARTZ (1986) en "Justice and the Law of Contracts: a Case for the Traditional Approach". En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 9, N° 1
- SCHWARTZ, Alan (1977), "A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability". En: *Virginia Law Review*, Vol. 65.
- SCHWARTZ, Alan y Louis L. WILDE (1979). "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: a Legal and Economic Analysis". En: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 127, p. 1438.
- 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, p. 1439.
- TREBILCOCK, M.J. (1974) "The doctrine of inequality of bargaining power: Post-Benthamite economics in the House of Lords". En: *University of Toronto Law Journal*, N.º 26, p. 80.
- TRIZIA (1993) "La Otra Cara del Consumidor". *Magazín de Actualidad*, Año 1, N° 2.