

En el presente artículo, el Dr. Rejanovinschi realiza un análisis sobre la relación existente entre el derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado y los derechos del consumidor, principalmente el derecho a la información relevante sobre bienes y servicios. En tal sentido, el autor plantea que los derechos de los consumidores también protegen el derecho a un ambiente adecuado, y que el consumidor preferirá la calidad de un producto o servicio frente al precio, por lo que preferirán los productos o servicios con menor impacto en el medio ambiente, en tanto el impacto final recae en su salud.

La elección del consumidor a un ambiente adecuado

Consumer choice of a suitable environment



Moisés Rejanovinschi Talledo* **

Palabras clave: Protección al consumidor, información relevante, idoneidad, signos distintivos, ambiente adecuado.

Índice: I. Introducción. II. Externalidades negativas involucradas. III. Relación con Derechos Fundamentales. IV. La información como mecanismo de elección adecuada. V. La expectativa del consumidor. VI. Participación de diversos actores. VII. Consideraciones finales.

I. Introducción

Supongamos que usted se encuentra en un transporte público, tiene hambre luego de un agotador día de trabajo, entonces se acuerda que ha comprado un paquete de galletas y decide abrirlo. Una vez que procede a devorar ávidamente las galletas no sabe qué hacer con la envoltura. Lo más fácil sería tirarla a la calle por la ventana del transporte público; sin embargo, reflexiona y se abstiene de hacerlo, pues sería sujeto a una humillación pública: Primero, las personas a su alrededor le reclamarán la osadía de su acción, los pasajeros le increparán con palabras poco amigables su falta de racionalidad. Asimismo, no faltará alguna persona que fije esta escena para la posteridad, mediante la grabación con un dispositivo móvil, y luego proceda a subir este magno evento en YouTube o en una red social, en el cual usted es la estrella principal. Ante un potencial daño a su imagen – y posiblemente a su integridad física – decide sabiamente guardar la envoltura de las galletas en su bolsillo, y cuando llegue a su domicilio – o al tacho de basura más cercano – se desprenderá sin remordimiento alguno de la envoltura. En otras palabras, usted ha interiorizado una conducta socialmente condenable, pues si no dispone de manera adecuada los residuos que genera, su acción tiene un impacto negativo en el ambiente.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la misma casa de estudios. Docente de la PUCP en la Maestría de Derecho Propiedad Intelectual y de la Competencia y en el Programa de Segunda Especialidad de Protección al Consumidor, y Docente en la Universidad Continental. Asesor en temas de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual. Email: mrejanovinschi@puccp.pe

** A Sandra, quien me alienta a seguir mejorando todos los días.

Un ejemplo vinculado es el caso de una conocida empresa perteneciente al sector automovilístico, que implantó un software en los motores de determinados vehículos para manipular sus niveles de contaminación: *“De acuerdo al reporte de varios organismos medioambientales del gobierno de EE.UU., el dispositivo consiste en un software y permite a los autos pasar pruebas de laboratorio pese a que las emisiones reales sobrepasan 40 veces los estándares permitidos”*¹.

En este segundo supuesto se encuentra involucrada la expectativa del consumidor como destinatario final de un producto o servicio, y su relación con el medioambiente. *Consumers International* resalta que los consumidores tienen una responsabilidad ecológica: *“debe haber una mayor sensibilidad a los impactos de las decisiones de consumo sobre el medio ambiente físico, el cual debe ser desarrollado de manera armoniosa, promoviendo la conservación como el factor más importante en la mejora de la calidad real de vida de la población para el presente y el futuro”*².

Un hallazgo interesante, señalado por la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor (DPC) es que los consumidores, en Lima y Callao, comparan productos *“priorizando la calidad (...) antes que el precio”*³. De dicho apunte planteamos como hipótesis que los consumidores, al preferir calidad antes que el precio, preferirán en su elección de consumo aquellos productos o servicios que contribuyan a disminuir el impacto en el medio ambiente,

analizando en el presente documento algunos aspectos de la protección al consumidor que contribuyan a dicha decisión .

II. Externalidades negativas involucradas

En términos económicos, el mercado, como concurrencia entre productores y consumidores, asigna los recursos respondiendo a las preguntas qué producir, cuánto producir, y a qué precio. La intensidad de los mercados se visualiza mediante un mercado competitivo, es decir, *“el mercado en donde participan tantos compradores y tantos vendedores que ninguno de ellos puede influir en el precio”*⁴.

En esta interacción de asignación de recursos pueden obtenerse efectos no deseados, denominados externalidades: *“Una externalidad se define como aquella acción externa a las decisiones de los individuos o de las empresas que afectan el comportamiento de estas. Las externalidades pueden llevarse a cabo entre productores, consumidores o entre ambos, pudiendo ser, además, negativas o positivas. Las externalidades son negativas cuando la acción de una de las partes impone costos adicionales a la otra, y son positivas cuando la acción de una de las partes proporciona beneficios a la otra”*⁵.

Ligado al tema anterior, una falla de mercado es la asimetría informativa que tienen los consumidores, es decir *“cuando los consumidores no tienen un acceso igual a la información sobre productos y mercados”*⁶. En las externalidades negativas como la contaminación ambiental, será el consumidor

1 http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/09/150918_yw_audi_retiro_engano_polucion_ao Consulta: 25.09.15

2 <http://es.consumersinternational.org/who-we-are/consumer-rights/> Consulta: 02.10.15

3 INDECOPI - Dirección de la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor (DPC), Estado de la Protección de los Consumidores en el Perú, Informe Anual 2013, p. 21. <http://www.indecopi.gob.pe/portal/dpc/documentos/InformeAnual%202013DPC-02.09.2014.pdf> Consulta: 20.09.15

4 PARKIN, Michael, Economía, México, Pearson Educación, 2004, 6ª Edición, p. 58

5 GALARZA CONTRERAS, Elsa, La economía de los recursos naturales, Lima, Universidad del Pacífico, 2004, pp. 72 - 73.

6 RIVERA URRUTIA, Eugenio, Teorías de la regulación en la perspectiva de las políticas públicas, México, Red de Gestión y Política Pública, Gestión y Política Pública, Vol. XIII, No. 2, II Semestre de 2004, p. 317. Disponible en e-libro.

quien contribuya a la misma con la elección de productos y/o servicios que disminuyan un impacto en el medio ambiente. El consumidor se enfrenta al problema de la contaminación ambiental y la asimetría informativa, pues no cuenta con información para determinar si los productos que elige en qué medida contaminan el medio ambiente.

III. Relación con Derechos Fundamentales

Ante estas externalidades, el consumidor cuenta con los siguientes derechos fundamentales⁷: El derecho a un ambiente adecuado, el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran en el mercado, a su seguridad y salud.

El derecho a un ambiente adecuado se encuentra reconocido como un derecho fundamental en el numeral 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el numeral 22 del artículo 2, ya que *“toda persona tiene derecho (...) (...) a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”*. El Tribunal Constitucional ha señalado, en lo referente a este derecho, abarca *“el derecho de gozar de ese medio ambiente, y (...) el derecho a que ese medio ambiente se preserve”*⁸.

En lo referente al primer alcance, implica que *“en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la*

*persona y de su dignidad”*⁹. Con relación al derecho a la preservación, el Tribunal Constitucional sostiene que son *“obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute (...) tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente”*¹⁰.

El derecho de los consumidores a la información a la protección de su seguridad y salud se encuentra igualmente reconocido en la Constitución Política del Perú. El artículo 65 señala expresamente que *“el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”*. Según el Tribunal Constitucional el consumidor *“es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado”*¹¹.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la información *“implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles”*¹². En cuanto a la seguridad y salud, la Corte Constitucional de Colombia sostiene que *“los defectos de los productos y servicios, no son indiferentes para el consumi-*

7 También es necesario precisar que ante las externalidades pueden existir soluciones particulares, como el ejemplo del paquete de galletas descrito al inicio del presente artículo, así como la intervención del Estado mediante la regulación. Recomendamos revisar MANKIW, Gregory, Principios de Economía, Madrid, Mc. Graw Hill, 1998, pp. 164 y siguientes.

8 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 048-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico No. 17.

9 Ibídem.

10 Ibídem.

11 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico No. 28.

12 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico No. 31.

*dor y el usuario, pues las lesiones que generan pueden afectar su vida, su integridad física y su salud. De ahí que el derecho del consumidor reconozca como elemento de su esencia el derecho a obtener de los productores y distribuidores profesionales, el resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios*¹³.

Contar con un ambiente adecuado, encontrarse informado sobre los productos que se adquieren y la seguridad y salud de los consumidores son derechos que se encuentran vinculados.

IV. La información como mecanismo de elección adecuada

Hemos indicado en líneas anteriores que una falla de mercado es la asimetría informativa entre productores y consumidores. De igual manera, señalamos precedentemente que un derecho de los consumidores es el de la información sobre bienes y servicios.

Las normas de protección al consumidor desarrollan los derechos de los consumidores reconocidos constitucionalmente. Particularmente, el derecho a la información de los consumidores se reguló en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 716, aprobado por Decreto Supremo No. 039-2000-ITINCI, el cual señalaba como uno de los derechos de los consumidores el de *“recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”*, según el literal b) del artículo 5.

A su vez el artículo 15 de la norma citada establecía que *“el proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apro-*

piada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados (...) Está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos”.

El alcance este derecho los podemos obtener de la resolución de la denuncia presentada por Liliana Carbonel contra Finantour. En dicho procedimiento se emitió un precedente de observancia obligatoria referido a la información, recaído en la Resolución No. 102-97-TDC, por la cual *“los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquella pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria”*.

Recordemos que relevante, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia, significa *“importante, significativo”*¹⁴. En otras palabras, la información relevante es aquella indispensable para que el consumidor decida adquirir o no un producto o un servicio.

Actualmente, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley No. 29571, y al cual denominaremos Código de Consumo, ha recogido el texto de sus normas antecesoras y complementado mediante pronunciamientos emitidos por INDECOPI¹⁵.

Las características de la información relevante, con la cual debe contar un consu-

13 Sentencia C-1141/00 de la Corte Constitucional de Colombia, Numeral 9.

14 <http://lema.rae.es/drae/?val=relevante> Consulta: 20.07.12.

15 Entiéndase el Instituto Nacional de Defensa de Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

midor, son las siguientes: i) Oportuna, suficiente, veraz, fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión de consumo y para efectuar un consumo adecuado¹⁶; ii) Fácilmente comprensible, apropiada, en idioma castellano¹⁷; iii) Información sin la que no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos distintos¹⁸; iv) Que no sea excesiva o muy compleja¹⁹; v) Se prohíbe información u omisión de la misma que induzca a error al consumidor sobre las características de los productos o servicios ofrecidos²⁰.

Como complemento a lo anteriormente citado, la Resolución No. 197-2005/TDC-

- 16 Código de Consumo. “Artículo 1. Derecho de los consumidores. 1.1. En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...) b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”.
- 17 Código de Consumo. “Artículo 2. Información relevante (...) 2.2. La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano”.
- 18 Código de Consumo. “Artículo 2. Información relevante (...) 2.3. Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta del consumidor.”
- 19 Código de Consumo. “Artículo 2. Información relevante (...) 2.4. Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de confusión que generarían al consumidor el suministro de información excesiva o sumamente compleja, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado”.
- 20 Código de Consumo. “Artículo 3. Prohibición de información falsa o que induzca a error al consumidor. Está prohibida toda información o presentación u omisión de información que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos”.

INDECOPI –estableció la relación entre el Derecho de la Publicidad y el Derecho de la Protección al Consumidor, delimitando las competencias entre la Comisión de Represión de la Competencia Desleal de INDECOPI- actualmente Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal de INDECOPI – y la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI.

Si se resalta una parte de la composición del producto, como ejemplo, “Cero Colesterol”, nos encontramos ante una publicidad en envase, es decir, promover la adquisición del producto. Las infracciones a la publicidad consignadas en el envase de un producto las resuelve la actual Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI²¹. En cambio, el rotulado se encuentra constituido por la descripción del producto, siendo competente en caso de alguna infracción, la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI²² o el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos, siempre que el valor del producto no supere las 3 UIT²³. Si nos encontramos ante una afectación concreta de un consumidor serán competentes las autoridades de protección al consumidor.

El precedente citado en líneas anteriores define al rotulado de un producto como la información neutra, “que se imprime o adhiere a su envase, incluyendo los insertos, (...) expre-

- 21 Resolución No. 197-2005/TDC-INDECOPI, Tercera Disposición Resolutiva, numeral 3.
- 22 Resolución No. 197-2005/TDC-INDECOPI, Tercera Disposición Resolutiva, numerales 4, 5.
- 23 Conforme al artículo 125 del Código de Consumo. Asimismo los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos también son competentes para resolver denuncias “que versen sobre requerimientos de información, métodos abusivos de cobranza y demora en la entrega del producto, con independencia de su cuantía (...) incumplimiento de medida correctiva, incumplimiento de acuerdo conciliatorio e incumplimiento de liquidación de costas y costos. No pueden conocer denuncias que involucren reclamos por productos o sustancias peligrosas, actos de discriminación o trato diferenciado, servicios médicos, actos que afecten intereses colectivos o difusos”.

sada en términos neutros o meramente descriptivos, sin valoraciones o apreciaciones sobre las características o beneficios que la situación informada aporte al producto, es decir, sin la finalidad de promover, de manera directa o indirecta, la contratación del producto”²⁴.

El precedente añade que el rotulado de un producto puede ser obligatorio o facultativo: “El rotulado obligatorio hace referencia a las reglamentaciones técnicas, ya que sólo éstas resultan de obligatorio cumplimiento para los proveedores. El rotulado facultativo hace referencia a los estándares de calidad recomendables, principalmente a Normas Técnicas, sin que ello signifique perder su carácter neutro o descriptivo. Ambos tipos de rotulado comparten la misma naturaleza y, por tanto, se encuentran sujetos a las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor”²⁵.

Finalmente, el precedente resuelve, que el rotulado obligatorio se encuentra sujeto al artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor²⁶, actualmente regulado por el artículo 10 del Código de Consumo²⁷; en cambio, el rotulado facultativo se rige por lo dispuesto en el literal b) del artículo 5 y en el artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor²⁸, actualmente regulados en el literal b) del artículo 1.1 y artículos 2.2, y 3 del Código de Consumo²⁹. Sea obligatorio o facultativo, la

información transmitida no debe inducir a error a los consumidores.

La información de productos vinculada a la protección del medio ambiente se encuentra en las etiquetado voluntario que siguen las siguientes Normas Técnicas Peruanas: i) NTP - ISO 14021:2001 - Etiquetas y Declaraciones Ambientales. Autodeclaración ambiental (Etiquetado ambiental, tipo II); ii) NTP ISO 14020:2008. Etiquetas y Declaraciones Ambientales. Principios Generales.

Una declaración ambiental, conforme al numeral 3.1.3 de la NTP ISO 14021:2001 es “aquella afirmación, símbolo o gráfico que indica el aspecto ambiental³⁰ de un producto, un componente o un empaque”. Como consecuencia de ello una autodeclaración ambiental, según el numeral 3.1.13 de la NTP ISO 14021:2001, es una “declaración ambiental que, sin certificación independiente de tercera parte, es efectuada por fabricantes, importadores, distribuidores, minoristas o cualquier otra persona quien probablemente se beneficiará con tal declaración ambiental”.

El objetivo de las etiquetas y declaraciones ambientales es “estimular la demanda y suministro de aquellos productos que causan menos impacto en el ambiente³¹, a través de una comunicación verificable, precisa y no engañosa acerca de los aspectos ambientales de los productos, con lo cual se promueve el potencial para la mejora ambiental continua impulsada por el mercado”³². Agrega como

24 Resolución No. 197-2005/TDC-INDECOPI, Tercera Disposición Resolutiva, numeral 4.

25 Resolución No. 197-2005/TDC-INDECOPI, Tercera Disposición Resolutiva, numeral 5.

26 Resolución No. 197-2005/TDC-INDECOPI, Tercera Disposición Resolutiva, numeral 6.

27 Código de Consumo. “Artículo 10. Información acerca de los productos envasados. 10.1. Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 2, los productos envasados ofrecidos al consumidor deben tener de manera visible y legible la información establecida en la norma sectorial de rotulado correspondiente. En el caso de los productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes (...)”.

28 Resolución No. 197-2005/TDC-INDECOPI, Tercera Disposición Resolutiva, numeral 6

29 Normas citadas anteriormente en el presente do-

cumento.

30 Se define como aspecto ambiental, según el numeral 3.1.2 de la NTP ISO 14021:2001, como “elemento de las actividades, productos o servicios de una organización que pueden interactuar con el ambiente”.

31 Conforme al numeral 3.1.5 de la NTP ISO 14021:2001, se define al impacto ambiental como “cualquier cambio en el ambiente, sea adverso o beneficioso, resultante de manera total o parcial de las actividades, productos o servicios de una organización”.

32 Numeral 4 de la NTP ISO 14021:2001.

uno de los beneficios de este tipo de etiquetas es “el aumento de las oportunidades para los compradores, potenciales compradores y usuarios del producto de hacer elecciones mejor informadas”³³. (El resaltado es nuestro).

Podemos observar que las etiquetas y declaraciones ambientales no contravienen los derechos de los consumidores, siempre que brinden información veraz de productos que causen un menor impacto en el ambiente, pues éstas deben ser precisas, verificables y no engañosas³⁴. De acuerdo a lo expuesto expresamente en la norma, serán contravenciones al derecho a la información de los consumidores si algún producto cuenta con una declaración que afirme “ambientalmente seguro”, “ambientalmente amigable”, “no contaminante”, entre otros³⁵.

La NTP ISO 14021:2001 indica asimismo que el lazo Mobius – símbolo con tres flechas dobladas que forman un triángulo, se utiliza solamente para declaraciones de contenidos reciclados y reciclables³⁶.



FIGURA 1 – Ejemplos del lazo Mobius

Fuente: NTP ISO 14021:2001 p. 11

Conforme a lo indicado en la Norma Técnica Peruana, si un proveedor en su rotulado utiliza el lazo Mobius, y el producto no

cuenta con la característica de reciclable³⁷, estará infringiendo el derecho a la información de los consumidores, la cual debe ser veraz y no inducirlos a error³⁸.

La Norma Técnica Peruana ISO 14020:2008 establece principios generales aplicables a las etiquetas y declaraciones ambientales. Entre ellas tenemos – al igual que la NTP ISO 14021:2001 – que las etiquetas y declaraciones ambientales “*deben ser precisas, verificables, pertinentes y no engañosas*”³⁹, y particularmente el siguiente enunciado: “*Las partes que hace una etiqueta o declaración ambiental, debería poner a disposición de los compradores o potenciales compradores la información sobre los aspectos ambientales de productos y servicios relacionados con la etiqueta o declaración ambiental*”⁴⁰. Si un proveedor afirma que su producto contribuye a la conservación del medio ambiente, deberá brindar dicha información a los consumidores.

Los consumidores, si desean contribuir al derecho de contar con un ambiente adecuado, preferirán estos productos frente a aque-

33 Literal f) del numeral 4 de la NTP ISO 14021:2001.

34 Literal a) del numeral 4 de la NTP ISO 14021:2001.

35 Según el numeral 5.3 de la NTP ISO 14021:2001 además de las frases indicadas como prohibidas, también encontramos las frases “amigable con la tierra”, “no contaminante”, “verde”, “amigo de la naturaleza”, “amigable con el ozono”.

36 De acuerdo al numeral 5.10.24 de la NTP ISO 14021:2001.

37 NTP ISO 14021:2001. Numeral 7.7.1 “*Característica de un producto, empaque o componente asociado que puede ser extraído del flujo de desechos a través de procesos y programas disponibles y que puede ser recolectado, procesado y devuelto para ser usado como materia prima o producto*”.

38 Debemos agregar que el numeral 5.7 de la NTP ISO 14021:2001 establece una serie de condiciones para utilizar autodeclaraciones ambientales, mencionando alguna de ellas: “*a) Deben ser precisas y no engañosas; b) Deben ser sustentadas y verificadas; c) Deben ser pertinentes al producto en particular, y usadas solamente en un contexto o marco apropiado; (...) e) Deben ser específicas en cuanto al aspecto ambiental o mejora ambiental que se declara; (...) j) No deben, directamente ni de manera implícita, sugerir una mejora ambiental que no existe, ni exagerar el aspecto ambiental del producto con el que se relaciona la declaración; k) No deben efectuarse si, a pesar de la validez explícita de la declaración, es probable que sean interpretadas erróneamente por los compradores, o que sean engañosas debido a omisiones de factores relevantes (...)*”.

39 NTP ISO 14020:2008, Numeral 4.2.1.

40 NTP ISO 14020:2008, Numeral 4.10.1.

llos que no cuentan con una declaratoria ambiental⁴¹. Sustentamos la presente afirmación bajo la premisa que un consumidor razonable prefiere la calidad antes que el precio, y que un consumidor de diligencia ordinaria tiene en cuenta los efectos de sus acciones en su entorno.

V. La expectativa del consumidor

La idoneidad es un derecho de los consumidores, constituido por la relación entre lo que efectivamente recibe por un producto o servicio y lo ofrecido por el proveedor, formándose en el consumidor una expectativa que no debe ser decepcionada. Esta expectativa se encuentra regulada en los artículos 18⁴² y siguientes del Código de Consumo. Cabe precisar que en la expectativa influye la información que puede transmitir un signo distintivo del cual el proveedor es titular o se encuentra autorizado a utilizar.

Para explicar lo anterior debemos remitirnos a las funciones que cumplen los signos distintivos. Una primera función es la llamada función distintiva por la cual se relaciona un signo distintivo con un origen empresarial, ya que *“al contemplar una marca puesta en relación con un producto o un servicio, el consumidor piensa lógicamente que el producto o servicio procede de una determinada empresa: de aquella empresa que proceden*

*todos los productos o servicios de la misma clase que están dotados de la misma marca”*⁴³. Esta primera función la encontramos en el artículo 134 de la Decisión No. 486⁴⁴.

Una segunda función es la indicadora de calidad, por la cual *“en relación con el artículo de marca que es conocido por propia experiencia o bien por consecuencia de las informaciones proporcionadas por otros consumidores (...) el consumidor piensa que el artículo posee aquellas características que le son propias de todos los artículos del mismo género que llevan sobre sí la misma marca”*⁴⁵. La calidad, sea alta o baja, la decide el titular de la marca, siendo esta información que reduce costos de transacción a los consumidores pues, del ensayo – error u opinión de terceros pueden reconocer mediante un signo distintivo las características de un producto o servicio. Es por ello que el artículo 135 literal i) de la Decisión No. 486 prohíbe el registro de las llamadas marcas *“engañosas”*⁴⁶. La calidad del signo distintivo genera confianza, y ésta contribuye a superar el déficit informativo: *“Las empresas envían señales a fin de distinguir sus servicios, así por ejemplo, un nombre con trayectoria ayuda a resolver el problema de la desinformación del consumidor acerca de la calidad de su servicio; el consumidor puede presumir el nombre o marca como una señal de calidad”*⁴⁷.

41 En el numeral 24 de la Resolución No. 936-2010/SC2-INDECOPI se indica que *“la protección del ambiente y la biodiversidad también son aspectos que pueden motivar la elección de los consumidores, debido al proceso de concientización que viene operando respecto a la protección del planeta y el equilibrio de los sistemas ambientales”*.

42 Código de Consumo. *“Artículo 18. Idoneidad. Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función de lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado (...)”*.

43 FERNÁNDEZ – NOVOA, Carlos, “Las funciones de la marca”, En: Actas de Derecho Industrial No. 5, p. 35

44 Decisión NO. 486. “Artículo 134. (...) constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado (...)”.

45 FERNÁNDEZ – NOVOA, Carlos, Op. Cit. p. 40.

46 Decisión No. 486. *“Artículo 135. No podrán registrarse como marcas los signos que: (...) i) puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia geográfica, la naturaleza, el modo de fabricación, las características, cualidades o para el empleo de los productos o servicios de que se trate”*.

47 WEINGARTEN, Celia, “La confianza como elemento superior de la asimetría para consumidores y usuarios” En: GHERSI, Carlos y Celia WEINGARTEN, Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores, Buenos Aires, La

Las dos primeras funciones señaladas son conocidas como funciones tradicionales de marcas “comunes”, ya que dependerá del reconocimiento en el mercado con el que cuente la marca para poseer funciones adicionales, tales como las marcas notoriamente conocidas⁴⁸. Como parte de esta función indicadora de calidad encontramos las ecomarcas, siendo aquellos “*signos, etiquetas, sellos ecológicos, expresiones, figuras que se colocan sobre productos con atributos vinculados al medio ambiente ya sea porque su método de fabricación es respetuoso del medio ambiente (no contaminantes) o porque contiene ingredientes naturales, orgánicos, no tóxicos o reciclados y no impactan negativamente al desecharlos*”⁴⁹. Estas ecomarcas, como signos distintivos, no deberán ser descriptivas ni engañosas⁵⁰.

Estas funciones adicionales son el *goodwill* o prestigio y la función publicitaria. La función del prestigio señala que “*la marca e un mecanismo en el que va condensándose progresivamente el eventual goodwill o buena fama de que gozan entre el público los productos diferenciados por la marca*”⁵¹. A su vez, la función publicitaria sostiene que “*el valor de la moderna marca estriba en su selling power o capacidad para vender; este selling power del efecto psicológico de la marca sobre el público y no tan solo de los méritos que los correspondientes productos*”⁵².

Ley, 2011, p. 81

48 Reguladas sus características en los artículos 136 literal h), 224 y siguientes de la Decisión No. 486.

49 ARANA COURREJOLLES, Carmen, “Estudio preliminar sobre las ecomarcas” En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Lima, Palestra Editores, 2013, No. 09, p. 213. En dicho artículo menciona variados ejemplos, entre ellos el del Ángel Azul en Alemania, el cual indica que un producto en un folder es elaborado al 100% con papel reciclado.

50 Es decir, los supuestos establecidos en los literales e) e i) del artículo 135 de la Decisión No. 486.

51 FERNÁNDEZ – NOVOA, Carlos, Estudios sobre la protección de la marca renombrada, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 40

52 SCHECHTER citado por FERNÁNDEZ – NOVOA,

De acuerdo a lo anterior, la información que pueda brindar un signo distintivo, tal como la función distintiva, indicadora de la calidad, prestigio o función publicitaria, formará parte de la expectativa del consumidor. Una marca notoriamente conocida puede incluso ser un referente de “estatus”, y posiblemente mayor calidad de un producto o servicio.

Una vinculación adicional de los signos distintivos y la protección al consumidor la encontramos en los contratos de franquicia, negocios jurídicos en los que se transmite además del *know how* la licencia de una marca⁵³. En el artículo 67 del Decreto Legislativo No. 1075 se indica, al igual que su norma antecesora⁵⁴, que “*el licenciante responde ante los consumidores por la calidad e idoneidad de los productos o servicios licenciados como si fuese el productor o prestador de éstos*”. Encontramos una relación entre la función indicadora de la calidad y la expectativa del consumidor en los contratos de franquicia.

Un ejemplo de la información y características de un servicio que transmite una franquicia a los consumidores la encontramos en el caso Multident. Si bien en el mismo no se menciona el artículo citado del Decreto Legislativo No. 1075, la Sala de Protección al Consumidor del INDECOPI declara procedente la denuncia contra Multident – como franquiciante de un servicio odontológico - invocando la teoría de la apariencia: “*la teoría de la apariencia se permite enjuiciar a los proveedores que aportan su buen nombre en el posicionamiento de un producto o servicio a cargo de otro operador, por la defraudación de expectativas que sufra el consumidor de las prestaciones de estos últimos, y es que en mate-*

Carlos, Op. Cit. p. 41.

53 Recomendamos revisar el artículo de SORIA AGUILAR , Alfredo y Madeleine OSTERLING LETTS, “Apuntes acerca de las principales obligaciones en el Contrato de Franchising” En Foro Jurídico, No. 12, 2013.

54 El Decreto Legislativo No. 823 en su artículo 167.

*ria de protección al consumidor la responsabilidad no sólo se define por las condiciones expresamente pactadas sino principalmente por las expectativas generadas en los consumidores*⁵⁵.

Regresemos al ejemplo mencionado al inicio del presente documento. Si una empresa fabricante de vehículos instala un software en el motor de los mismos que elude los mecanismos de control de emisiones nos encontramos ante una infracción a las expectativas de los consumidores. Tendremos que analizar en nuestro país si dicho fraude atenta contra una garantía legal – aquella “*cuan-do por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio*”⁵⁶ - para lo cual deberemos remitirnos a las normas de Límites Máximos Permisibles de Vehículos en nuestro país, y determinar si las emisiones de dichos vehículos superan dicho tope.

En este extremo, encontramos otro nexo entre la protección al consumidor y el derecho ambiental, ya que la protección al consumidor, como rama del derecho transversal al ordenamiento jurídico, recurrirá a la legislación ambiental para determinar si existe una infracción a las características, términos o condiciones de un producto dadas por ley.

El Límite Máximo Permisible es definido como la “*medida de la concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o a una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente (...) Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos*”⁵⁷. Se tendrá que determinar si los vehículos en el país cumplen con los límites máximos

permisibles, los cuales varían de acuerdo a la legislación de cada país. Si las emisiones ofrecidas en los vehículos son inferiores a los límites máximos permisibles se cumplirá la garantía legal.

Asumiendo en el ejemplo citado que la emisión en nuestro país cumple con el límite máximo permisible establecido⁵⁸, el siguiente análisis será determinar si se incumple una garantía expresa, es decir, si el fabricante del vehículo señaló expresamente cuáles son las emisiones del vehículo y si efectivamente se cumplen o no. Para esto, una garantía expresa es aquella que “*se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor*”⁵⁹. De lo conocido en las noticias se ofreció al consumidor un vehículo con determinadas características; sin embargo, la expectativa se defrauda pues realmente las emisiones son mayores a las indicadas expresamente, con el agravante de utilizar un software para manipular cualquier evaluación a las emisiones, reduciéndolas solo al ser sometido el vehículo a un estudio.

Una zona gris de análisis sería si no existiera garantía legal ni expresa, es decir, que no se informara cuáles son las emisiones de un vehículo, y tuviéramos que recurrir a la garantía implícita, entendiéndose con esta última “*que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor, considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado*”⁶⁰. Cabe preguntarse si de los usos y costumbres en el mercado o los fines y usos previsibles se pueda concluir que un consumidor razonable espera que un vehículo sea amigable con el medio ambiente. La

55 Resolución No. 757-2014-SPC, Numeral 41.

56 Código de Consumo, artículo 20 literal a).

57 Decreto Supremo No. 008-2005-PCM, Artículo 64.

58 Revisar Decreto Supremo No. 047-2001-MTC.

59 Código de Consumo, artículo 20 literal b).

60 Código de Consumo, artículo 20 literal c).

respuesta no es sencilla, pero nos podemos apoyar en el hallazgo efectuado por la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor, en la cual los consumidores preferirán calidad antes que el precio, para sostener que la tendencia será utilizar bienes y/o servicios que tengan un impacto menor en el ambiente.

VI. Participación de diversos actores

En el caso Volkswagen existen 11 millones de vehículos afectados a nivel mundial⁶¹. Un problema mundial requiere una solución mundial, ya que existe un riesgo injustificado en la salud de los consumidores que adquirieron un vehículo - que creyeron “verde” - con emisiones contaminantes, genera a su vez una externalidad negativa en aquellas personas que no disfrutaban del transporte del vehículo pero verán afectada su salud por la contaminación de dichos vehículos.

El artículo 28 del Código de Consumo señala que *“el proveedor está obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro en el plazo inmediato; entre ellas, notificar a las autoridades competentes (...) retirar los productos o servicios, disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores a la brevedad, de las advertencias del caso”*.

En este problema planteado debe intervenir el Estado, los proveedores y consumidores mediante asociaciones. Las obligaciones del proveedor se han indicado en el artículo 28 del Código y también se encuentran en el artículo 29 de la misma norma.

En el seno de la OEA se ha creado la Red Consumo Seguridad y Salud (RCSS)⁶², el cual comprende el Sistema Interamericano de Alertas Rápidas (SIAR). Este último permi-

te *“una activa y permanente interacción entre agencias nacionales (...) y constituye un marco de acción desde el cual los países de las Américas pueden identificar las alertas de seguridad sobre los productos de consumo emitidas con un criterio compartido, así como adoptar las medidas necesarias para prevenir o detener la venta de un producto, de acuerdo con los procedimientos internos del país”*⁶³.

En el caso del Estado la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor – siendo en nuestro país INDECOPI - coordinará la implementación del sistema de alerta⁶⁴ de productos o servicios peligrosos. Dentro de nuestro país la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor deberá coordinar con entidades gubernamentales ya sean ministerios, gobiernos regionales y/o locales, entre otros, los que ayuden a difundir la alerta correspondiente. La fluidez, interconexión y oportunidad de la información en el sistema de alertas será indispensable para la protección de los derechos de los consumidores, las cuales deberán verse también reflejadas en los portales virtuales de las entidades competentes.

La Autoridad Nacional de Protección al Consumidor, junto con otros entes gubernamentales y privados forman el Consejo Nacional de Protección al Consumidor⁶⁵. Dentro de las funciones del Consejo se encuentra la de formular recomendaciones sobre la priorización de acciones en determinados sectores y la promoción de la creación del sistema de alerta y actuación oportuna frente a productos y servicios peligrosos⁶⁶. Planteamos que dentro de estas funciones se incluya un símil a la abogacía de la competencia introducida en el Decreto Legislativo No. 1205, que modi-

61 <http://www.bbc.com/news/business-34325005> Consulta: 23.10.15.

62 <https://www.sites.oas.org/rcss/es/paginas/default.aspx> Consulta: 23.10.15

63 <https://www.sites.oas.org/rcss/ES/Paginas/about/siar.aspx> Consulta: 23.10.15

64 Revisar artículo 136 literal g del Código de Consumo

65 Revisar artículo 133 del Código de Consumo.

66 Código de Consumo, artículo 134 literales b) y f).

fica el Decreto Legislativo No. 1034 sobre represión de conductas anticompetitivas.

Particularmente, en la modificación del artículo 14.2 del Decreto Legislativo No. 1034 la Presidencia del Consejo Directivo de INDECOPI remite las recomendaciones de abogacía de la competencia a las entidades del sector público correspondiente, y éstos deben plantear su posición en el plazo de 90 días hábiles, bajo responsabilidad. En el mismo sentido se debe incluir una norma de “abogacía por el consumidor”, en la cual las recomendaciones indicadas por el Consejo Nacional de Protección al Consumidor se remitan a las autoridades involucradas y que respondan bajo responsabilidad en un plazo de 90 días hábiles cómo ejecutar las recomendaciones planteadas en beneficio de los consumidores. Esto permitirá que el Estado mediante diversos organismos se encuentren efectivamente involucrados en la protección al consumidor, pese a que no formen parte del Consejo.

En el ámbito de la Comunidad Andina todavía no se cuenta con una Decisión Andina que regule la protección al consumidor, pese a que el tercer párrafo del artículo 1 del Acuerdo de Cartagena establece que los objetivos anteriormente señalados “*tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión*”, considerando que el Tratado de Creación de la Comunidad Andina cuando apunta a garantizar el bienestar de los habitantes también busca un mejoramiento en el nivel de vida de los consumidores⁶⁷. Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuenta dentro de su agenda positiva la creación de un tratado sobre la protección al consumidor⁶⁸, por lo que al menos existe a

67 REJANOVINSCHI TALLEDO, Moisés, Hacia la Protección del Consumidor en la Comunidad Andina, 2014, pendiente de publicación.

68 http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/index.php?option=com_content&view=article&id=64:agenda-positiva-normativa-para-la-integra-

nivel regional una posible política que beneficie a los consumidores.

La participación de la sociedad civil mediante las asociaciones de consumidores, como entidades sin fines de lucro, también será importante para la contribución en el sistema de alertas, ya de su finalidad es “proteger, defender, informar y representar a los consumidores y usuarios”⁶⁹. La información que se transmita deberá ser responsable teniendo en cuenta la naturaleza del riesgo y no alarmar innecesariamente a los consumidores.

En caso que los consumidores sufran daños, deberán representarlos adecuadamente en la defensa de sus intereses. En España, la OCU ha denunciado ante las autoridades pertinentes a Volkswagen solicitando, entre otros aspectos, el realizar “*pruebas técnicas y/o de otra naturaleza que sean oportunas, para medir el daño causado a los dueños de vehículos de la marca como a los ciudadanos por la contaminación del aire*”⁷⁰.

En una anterior oportunidad indicamos la finalidad de la protección de los consumidores puede complementarse con otras afines, como la defensa del medio ambiente, pues finalmente la asociación tiene el propósito de defender los derechos de los consumidores, mas no de los proveedores⁷¹.

Alegando un interés colectivo o difuso⁷², las asociaciones de consumidores podrán inter-

cion Consulta: 05.05.15

69 Código de Consumo, artículo 153.1.

70 http://es.consumersinternational.org/news-and-media/news/2015/10/ocu_vw/ Consulta: 23.10.15

71 REJANOVINSCHI TALLEDO, Moisés, “¿Defendiéndonos de manera adecuada? El rol de las asociaciones de consumidores en el Perú, Lima, 2011, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 266

72 Se define al interés colectivo como “*acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un*

poner denuncias cuando las declaraciones ambientales contenidas en el rotulado de los productos no sean veraces o induzcan a error a los consumidores, o como el ejemplo planteado, cuando exista un producto o servicio que pueda ocasionar un riesgo injustificado a la seguridad y a la salud de los consumidores. Sin embargo, deberá observarse el esfuerzo de las mismas para participar en un porcentaje de las multas otorgadas en un procedimiento sancionador, evitando algún comportamiento oportunista de estas entidades⁷³.

VII. Consideraciones finales

El Estado tiene el deber de velar por la protección del medio ambiente. Una manifestación de dicho deber lo encontramos en una de las políticas públicas declaradas en el Código de Consumo: *“El Estado promueve el consumo libre y sostenible de productos y servicios, mediante el incentivo de la utilización de las mejores prácticas de comercialización y la adecuación de la normativa que favorezca su diseño, producción y distribución, con sujeción a la normativa ambiental”*⁷⁴.

Es una ventaja competitiva para los proveedores el contar con productos que cuenten con declaraciones ambientales, aumentando el goodwill de sus marcas⁷⁵, pues el consumidor tomará conciencia que el consumo de los mismos genera un impacto menor en el medio ambiente. Se debe reforzar asimismo el rol de las asociaciones de consumidores y del Consejo Nacional de Protección al Consumidor, con la finalidad de lograr una efectiva defensa en los derechos de los consumidores, así como una pertinente coordinación mediante acciones preventivas ante productos y servicios que puedan afectar la seguridad y salud de los ciudadanos.

Actualmente, el consumidor prefiere calidad frente al precio, y la calidad se relaciona con el impacto que los productos y/o servicios que consumimos pueden tener en el medio ambiente, pues a un mediano o largo plazo repercutirán de manera positiva o negativa en nuestra salud y, finalmente, en nuestra vida. El consumidor debe ser responsable al tener en cuenta la “huella ambiental” de los productos y servicios que adquiere en el mercado.

conjunto determinado o determinable de consumidores y que se encuentren ligados con un proveedor y que pueden ser agrupados dentro de un mismo grupo o clase”. Asimismo el interés difuso es definido como “acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados”. Código de Consumo, artículo 128.

73 REJANOVINSCHI TALLEDO, Moisés, Op. Cit, pp. 66 y siguientes.

74 Artículo IV.9 del Código de Consumo.

75 Sobre la función de las marcas de condensar el goodwill o el prestigio, adicionalmente revisar ALEMAN Marcos Matías citado en el Proceso 195-IP-2007, Numeral 1.

En el presente artículo, el Dr. Gustavo Rodríguez analiza cómo los costos de un sistema Pro-consumidor terminarían siendo trasladados al propio consumidor mediante seguros no necesariamente deseados. Asimismo, analiza el impacto de esta regulación sobre la competencia, el cual sería restrictivo de las posibilidades de consumo y elección. Por el contrario, el autor sostiene que el verdadero sentido del Principio de soberanía del consumidor se basa en el otorgamiento de mayores opciones de consumo y elección mediante el fomento de la competencia y eliminación de barreras burocráticas y sobre costos que la restringen.

¿Es el sistema de protección al consumidor peruano pro-consumidor?: Dañando al consumidor con proteccionismo regresivo



Gustavo M. Rodríguez García*

Palabras Clave: Principio pro-consumidor, regulación, seguro no deseado, competencia, Principio de soberanía del consumidor

El sistema de protección al consumidor peruano se encuentra profundamente desorientado. Allí en donde la política pública debiera concentrarse en promover la competencia y eliminar barreras burocráticas absurdas, tanto el legislador como la jurisprudencia parecerían haber optado por el camino del proteccionismo que, en nombre de la defensa del consumidor débil, explota en la cara del propio consumidor al que se trata de proteger.

Con insistencia se escuchan voces que invocan el principio pro-consumidor para plantear interpretaciones que pretenden inmunizar al consumidor, incluso, de su propia negligencia. En otros casos, se trata de propuestas o criterios bienintencionados que tratan de asegurar para el consumidor productos más seguros, de mejor calidad o, en cualquier escenario, que tengan atributos mucho más visibles y comprensibles. Las buenas intenciones, no obstante, no nos conducirán demasiado lejos. Como refiere con innegable acierto el profesor Ramseyer, *“los consumidores aprecian la seguridad pero no es gratuita y lo que pagan por seguridad podría haber sido gastado en otros productos y servicios”*¹.

Estas interpretaciones, propuestas y criterios se expresan frecuentemente en forma de exigencias impuestas a los proveedores. Exigencias de revelación de información o mandatos específicos

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster por la Universidad Austral de Argentina. Summer Scholar (2014) por el Coase-Sandor Institute de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago. Es autor, entre otros, del libro *“El consumidor en su isla: una visión alternativa del sistema de protección al consumidor”*. Profesor de economía y derecho y de derecho y prácticas de marketing en la Universidad del Pacífico así como del Centro de Educación Ejecutiva de esa casa de estudios. Es responsable de la práctica de propiedad intelectual y competencia en Benites, Forno & Ugaz Abogados.

1 J. Mark Ramseyer. *Products liability and product safety: Japan and the U.S.*, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 714, Harvard Law School (2012).

como, por ejemplo, llevar un libro de reclamaciones. Sea como fuere, estas exigencias implican, en cualquier escenario, un costo –*aunque pueda ser mínimo*– que de algún modo impactará en el consumidor. Esos costos podrán reducir la competencia traduciendo en precios más elevados para los consumidores o, cuando es posible, serán directamente trasladados por el proveedor a los precios. En ambos casos, el consumidor tendrá que pagar por la propia protección que se le ha decidido ofrecer (aunque sin consultarle, claro está).

En el presente artículo exploramos de qué manera las regulaciones protectivas de los consumidores terminan siendo pagadas, tarde o temprano, por los propios consumidores a los que se pretendía defender. Aunque uno pueda considerar que el costo impuesto a los consumidores es justificado en nombre de su propio bienestar, lo cierto es que ese juicio no nació de una decisión voluntaria del consumidor sino de un tercero quien determinó adecuado trasladarle a ese consumidor el costo del sistema tuitivo sin haberle consultado si deseaba pagar el precio incrementado como consecuencia del traslado del sobre costo.

I. Impacto asimétrico del costo regulatorio

De la misma forma que el costo de la legalidad es percibido de manera más impactante por quienes tienen menos recursos económicos, el costo de la regulación en la actividad económica afecta de manera asimétrica a las empresas en función a las espaldas financieras que éstas tienen. En otros términos, una micro empresa con una restricción presupuestaria mayor que una empresa grande, es afectada en mayor medida por el costo impuesto por la regulación pese a que la obligación impuesta sea aplicable tanto a la micro como a la gran empresa por igual.

La situación descrita explica cómo empresas con menor restricción presupuestaria

pueden tener incentivos para presionar por regulación costosa (ejemplo, incrementar estándares de calidad) que, en buena cuenta, sirva para desplazar a empresas de mayor restricción presupuestaria del mercado. Así, de la misma forma en la que uno puede ganar la pugna competitiva mejorando sus precios o incrementando la calidad de sus productos, es posible facilitar esta ganancia mediante el empleo de la regulación como instrumento anti-competitivo.

Lo expuesto tiene consecuencias directas en el consumidor. Una empresa con menor poder económico podría no darse el lujo de trasladar directamente el costo de la regulación al precio final del producto que vende dado que ese incremento del precio importaría una reducción de la demanda. Si la empresa logra trasladar ese costo al precio final del producto, es evidente que quien realmente paga por la regulación protectora no es el empresario sino el consumidor a quien se pretendía tutelar. Si la empresa no puede trasladar el costo de la regulación, sus márgenes podrían verse reducidos hasta el punto en el que, eventualmente, la continuidad de la empresa podría estar en riesgo. Cuando las empresas pequeñas salen del mercado, las empresas grandes empiezan a concentrarlo produciéndose también un efecto en el precio que los consumidores terminan pagando.

En otras palabras, no debe sorprendernos que el discurso político suela apelar a la “defensa del consumidor” de manera frecuente considerando que: (i) el consumidor ve con buenos ojos la idea de que se le defiende o se le protege; y, (ii) el político o “defensor de los consumidores” apela, para ganar ese rédito, a la implementación de medidas que son financiadas por los propios consumidores. Así, nunca ha sido tan cierto que es fácil ser defensor de los consumidores con la plata de los propios consumidores.

Los perjuicios que los consumidores padecen trascienden el plano meramente

pecuniario. El profesor Priest afirma, por ejemplo, que “*el cambio de la producción de empresas más pequeñas hacia empresas más grandes significará que las oportunidades en la sociedad de satisfacer las demandas de mercados relativamente más pequeños (o de crear mercados más pequeños) declinarán disminuyéndose el bienestar de la sociedad (...) es más, en la medida que la producción a través de empresas más pequeñas generan otros beneficios, no económicos, como por ejemplo el lograr un sentido de independencia o auto-confianza, el cambio de producción de empresas más pequeñas a más grandes empresas disminuirá el bienestar en esas dimensiones también*”².

Un aspecto adicional que debe ser considerado es la asunción de que todos los costos adicionales impuestos por la regulación protectora serán cargados a los consumidores. En efecto, algunos costos podrían ser distribuidos en diversos grupos. Por ejemplo, una porción de los costos regulatorios podrían ser asumidos por los trabajadores de la empresa si es que el impacto en las utilidades hace que la empresa reduzca la disponibilidad de oferta de empleo. En otras palabras, no necesariamente la empresa trasladaría el 100% de los costos de la regulación protectora a los consumidores finales dado que, por ejemplo, la reducción del margen de utilidad podría ser ajustada mediante una reducción del empleo³. Sin embargo, una reducción del empleo puede asumirse como una probabilidad menor de producción al nivel previamente existente lo cual, en tanto reduce la cantidad de bienes producidos, reduce finalmente el bienestar de los consumidores.

2 George L. Priest. *Small Business, Economic Growth and the Huffman Conjecture*, The Journal of Small & Emerging Business Law, Vol. 7, (2003), 9.

3 Richard Craswell. *Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43 Stanford Law Review, (1991).

II. Empaquetando seguros no deseados por la vía jurisprudencial

Existe otra forma de protección a los consumidores que genera efectos igualmente perniciosos en los consumidores finales. Se trata del empleo, ya no de la regulación, sino de la jurisprudencia para asignar mayores responsabilidades a los proveedores. Por ejemplo, los funcionarios encargados de resolver las controversias de protección al consumidor podrían hacer más rígido el sistema de atribución de responsabilidad limitando la posibilidad de conciliar o de aceptar desistimientos en cualquier momento del procedimiento o mediante la imposibilidad de decretar la improcedencia de una denuncia cuando la insatisfacción del consumidor fue atendida de manera previa a la denuncia planteada⁴.

Aunque cada estrategia responda a fundamentos diversos, no cuestionamos en lo absoluto las buenas intenciones que pueden subyacer a estos criterios jurisprudenciales. Nuestra posición académica en esta oportunidad no atiende a las intenciones sino a los efectos en el mundo real. De esta manera, aunque podamos asumir que son criterios elaborados con el mejor deseo de beneficiar a los consumidores, sostenemos que son criterios que perjudican a los consumidores y, por tanto, no son expresión adecuada de lo que la frase “protección al consumidor” debería sugerir.

En efecto, “la expansión de la responsabilidad por productos ha hecho que una gran cantidad de productos y servicios sean poco rentables porque, en esencia, se ha atado un contrato de seguro a las ventas de productos que es más caro para los consumidores que su valor. Productos y servicios han sido discontinuados porque la adición de esta prima de

4 Esas estrategias son, precisamente, las que la Sala Especializada en Protección al Consumidor ha implementado en los últimos años de una forma u otra en su jurisprudencia.

seguro ha elevado los precios por encima de la demanda de un número suficiente de consumidores como para hacer que estos productos y servicios puedan ser vendidos”⁵.

Imagínese, entonces, que la autoridad de protección al consumidor decide que pese a que los términos contractuales aplicables a un producto estipulan que en un determinado escenario no hay responsabilidad para el proveedor, dicha limitación de responsabilidad es abusiva y por tanto inexigible. Esta declaración de la autoridad representa una reconfiguración del producto vendido por el proveedor y obliga a éste a, por ejemplo, ajustar su precio para hacerse cargo de la responsabilidad que ahora no puede ser limitada. Si los consumidores no valoran el producto reconfigurado en una cuantía superior al nuevo precio, dejarán de comprar y eso hará que las ventas caigan.

Los controles de *abusividad* de los términos contenidos en contratos de consumo son solo una forma de reconfigurar un producto libremente configurado por el proveedor. Son, en suma, atentados directos a la libertad de las empresas de delinear sus productos o servicios en la forma que estimen pertinente y conspiran contra el bienestar de los consumidores al incrementar la probabilidad de que los precios suban para ofrecer aquello que nunca fue señalizado por el consumidor mediante su disposición a pagar.

Veamos otro ejemplo en el que puede ocurrir un efecto adverso para el consumidor: el de la seguridad de los productos. Las fuerzas de mercado llevan el nivel de seguridad hasta el óptimo lo cual no es, bajo ningún supuesto, un caso de plena seguridad. Viscusi lo explica de esta forma: “*en un marco económico simple en el que las firmas tienen constantes costos unitarios de producción, el proveer a los productos de un nivel más elevado de seguridad resul-*

tará en un más elevado nivel de costos unitarios para el producto. En el caso de mercados competitivos, los costos adicionales asociados a la mayor seguridad de los productos, elevará los niveles de costo unitario lo cual incrementará los precios del producto comprado por los consumidores en un monto igual al costo de la mayor seguridad. De esta forma, los consumidores están, en efecto, comprando una póliza de seguro como parte del producto empaquetado. El que el bienestar de los consumidores se vea mejorado por la mayor seguridad o que la seguridad adicional sea excesiva desde el punto de vista de los consumidores depende de si los consumidores valoran las mejoras de seguridad en más que el incremento del precio del producto”⁶.

En buena cuenta, la protección al consumidor que no emerge del mercado sino de las mentes que producen regulación bien intencionada pero fallida, implica generalmente más costos que beneficios para los consumidores y se sostiene en restricciones impuestas a los proveedores. Si las autoridades acompañan sus decisiones con la creencia errónea de que ayudar al consumidor es viabilizar más denuncias contra los proveedores –incrementar la litigiosidad– podría ocurrir que los costos del sistema tuitivo administrado por la autoridad impliquen costos incluso más superiores. De esta manera, no solo los consumidores probablemente no compren un producto que tiene atado un seguro que no es valorado más que su costo sino que los costos del litigio (tiempo de espera por carga procesal, por ejemplo) podrían incluso hacer menos rentable para el consumidor cuestionar la negativa a ofrecer el seguro atado en el supuesto que el valor asignado a éste si hubiera sido mayor⁷.

5 George L. Priest. *Can absolute manufacturer liability be defended?*, The Yale Journal on Regulation, Vol. 9, (1992), 240.

6 W. Kip Viscusi. *Does Product Liability make us Safer?*, Regulation, Verano (2012), 25

7 Paul H. Rubin. *Markets, Tort Law and Regulation to achieve Safety*, Cato Journal, Verano (2011), 231.

III. Sesgo a favor de regulaciones excesivas, costosas y perjudiciales para los consumidores: incentivos para reducir el riesgo político

Piense que usted ha recibido el encargo de resolver las controversias de protección al consumidor o de emitir regulación implementando estrategias para mejorar la situación de los consumidores en el mercado. Como funcionario designado, su labor se encuentra bajo el escrutinio público. Advierta, además, que la defensa del consumidor siempre ha sido un tema rentable en términos políticos, por lo que usted debe esperar campañas periodísticas y presión de ciertos grupos que impulsan acciones orientadas a golpear a empresas supuestamente infractoras antes que a educar a los consumidores supuestamente afectados.

Haga su cálculo: si usted de manera equívoca deja de sancionar a una empresa que efectivamente afectó a un consumidor o permite que un producto peligroso o riesgoso permanezca en el mercado, los costos de su error pueden ser gigantescos. Así, es previsible que su labor o, en general, la agencia facultada para defender a los consumidores, sea blanco de ataques importantes. Piense en el escenario opuesto ahora, esto es, usted sanciona equivocadamente a una empresa inocente u ordena una medida correctiva que implica dejar de comercializar un producto idóneo. Este error afecta a los consumidores al impactar negativamente en la oferta lícita e idónea de un proveedor en el mercado. No obstante, a diferencia del primer escenario, el riesgo político-mediático es bastante más moderado y, por tanto, el costo total derivado del error puede ser percibido por usted como inferior.

Los funcionarios públicos maximizan su bienestar de la misma forma que el resto de los mortales. Es previsible, entonces, que éstos traten de reducir el riesgo de asumir costos políticos. Esta situación explica el

porqué existe asimetría respecto de las consecuencias derivadas del error regulatorio. Si una agencia sanciona al proveedor inocente o exonera de responsabilidad al proveedor responsable, estamos ante errores en la decisión regulatoria (en ambos casos). No obstante, una agencia reguladora interesada en minimizar los costos políticos de su supervisión en el mercado, tenderá a errar más del lado de la sanción al inocente.

El error responde, en alguna medida, a la gran complejidad que importa determinar si un producto es realmente seguro o no; o si es idóneo o no lo es. Sin embargo, lo expuesto en líneas precedentes podría explicar una tendencia de las autoridades a orientarse a la sanción o persecución en lugar de a la exoneración de responsabilidad. De hecho, la asimetría apuntada podría traducirse en una reducción de los incentivos de las autoridades por incurrir en costos de dilucidación adecuada de los casos.

IV. Comentarios finales: lo que hace un verdadero defensor de los consumidores

El lector escéptico podría pensar que la línea argumentativa planteada es facilista. Después de todo, quizás los consumidores sí quieran ese seguro empaquetado por la jurisprudencia ante la imposibilidad de mitigar un riesgo de otra forma, por ejemplo, ante la imposibilidad o inviabilidad de adquirir un seguro contra el riesgo de afectaciones en el marco de las relaciones de consumo instauradas. Más allá del dato evidente de que simplemente las decisiones populistas sustentadas en la supuesta debilidad del consumidor no se apoyan en evidencia empírica concluyente de alguna clase, existen problemas de fondo mucho más severos.

Este seguro empaquetado por las decisiones protectivas de la autoridad no solo se traducen en precios más altos –un punto que ya hemos abordado explícitamente

aquí- sino que suelen derivar en supuestos de riesgo moral intenso en los que los consumidores pierden incentivos para adoptar precauciones o procesar información que se encuentra a su disposición, precisamente, porque la jurisprudencia lo protege incluso si no lo hace. Algún crítico podría observar que en ciertos casos de daños potencialmente graves para el consumidor –por ejemplo, en el marco de una relación de consumo sobre servicios médicos- el riesgo moral desaparecería porque el costo que el consumidor tendría que pagar sería demasiado alto.

Una cosa es la atenuación del riesgo moral y otra su desaparición⁸. En ciertos casos, el seguro empaquetado por la jurisprudencia puede no representar un blindaje absoluto para el consumidor –por ejemplo, dado que la autoridad peruana de consumo no puede ordenar el pago de indemnizaciones- lo cual no significa que el riesgo moral desaparezca. El seguro empaquetado reduce el costo de ciertas acciones para los consumidores. Aunque el costo no desaparezca, la reducción del costo incrementa la propensión de los consumidores a realizar aquellas conductas que parecen ser más rentables.

Un verdadero defensor de los consumidores debe comprender las consecuencias de las acciones que promueve y debe saber que esas acciones representan, en efecto, bienestar para el consumidor. Una regulación protectora del consumidor que será pagada por el propio consumidor sin que se le haya preguntado si quiere pagarla, no es protección al consumidor. Resulta importante ser enfático en este punto: eso no es ni puede ser protección al consumidor. Los que creen que el consumidor merece legislación o jurisprudencia tuitiva porque el consumidor es débil y el proveedor es fuerte, visualizan el mercado como un ring de box. Para ellos, la

legislación y la jurisprudencia pareciera una toma de partido a favor de una de las partes de una lucha de clases (la clase de “proveedores” versus la clase de “consumidores”)⁹.

Esa visión del sistema de protección al consumidor es desafortunada, antitécnica, pernicioso para el consumidor, destructiva del mercado y sencillamente absurda. Debemos ser enfáticos también en que el sistema de protección al consumidor debe ser delineado de manera técnica y no solo sobre la base de corazonadas o buenas intenciones. No es infrecuente que quienes se sienten aludidos por las críticas que aquí planteamos, respondan argumentando que se trata de posiciones economicistas que no se acercan al consumidor de carne y hueso. Más allá de la retórica poética de quienes invocan una nueva cosmovisión de las cosas, lo cierto es que *técnicamente* su regulación protectora le explotará en la cara a los consumidores. No creo que el drama social de un consumidor denunciante deba gatillar regulación que solamente exige que los demás consumidores subsidien a quien denunció. Esa forma de redistribuir recursos en la sociedad en miope y conspira contra el derecho de los propios consumidores a los que se pretende defender¹⁰.

8 Richard A. Epstein. *Products liability as an Insurance Market*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 14, No. 3, Critical Issues in Tort Law Reform: A Search for Principles. (1985), 653.

9 James Q. Wittman. *Consumerism Versus Productism: A Study in Comparative Law*, *Yale Law Journal*, No. 117, (2007-2008).

10 Durand Carrión refiere con, a nuestro juicio, cierto facilismo que: “(...) debemos dejar de lado criterios y razonamientos puramente economicistas en materia de protección del consumidor, basados en esquemas propios de otras economías y de otras realidades totalmente diferentes a la nuestra. El consumidor peruano reclama soluciones prácticas, eficientes, razonamientos claros y transparentes, inmersos en su contexto y su hábitat, no reclama construcciones teóricas legalmente válidas pero inocuas; porque el derecho es un tema vivo que se construye a diario con las vivencias de los hombres y las decisiones acertadas de sus instituciones tutelares”. Ver: Julio Durand Carrión, *Nuevos Criterios Resolutivos de la Sala Especializada en Protección del Consumidor del Tribunal del Indecopi, una Nueva Mirada de la Dimensión Real del Mercado y los Consumidores en el Perú*, *Derecho & Sociedad*, No. 41, Lima ().

Muchas veces hemos escuchado de rútu-los impuestos a quienes nos desenvolvemos en esta importante área del derecho (*tal persona es “pro consumidor” y tal persona es “pro proveedor”*). Un adecuado entendimiento de lo que representa ser pro-consumidor implica tomar en cuenta que la imposición de costos en las empresas representa una afectación, de una forma u otra, a los bolsillos de los consumidores. Eso, por cierto, impacta de manera más grave en los consumidores más pobres. Se trata, entonces, de regulación bien intencionada (al menos, asumimos eso) pero regresiva y pernicioso de los consumidores.

Un verdadero defensor de los consumidores se preocupa por eliminar barreras burocráticas y eliminar sobre costos

absurdos de modo que la competencia se vea fomentada. La competencia protege a los consumidores porque les otorga opciones de consumo y afianza la posibilidad de elegir. Ese es el sentido del principio de soberanía del consumidor. Los que deciden qué seguro quiere pagar el consumidor sin preguntarle, los que deciden qué información quiere el consumidor desconociendo las importantes restricciones presupuestarias que en muchos casos existen, los que promueven nuevos estándares que concentran el mercado y reducen la oferta en el mismo... ellos están en contra de los consumidores. Un verdadero defensor de los consumidores sabe que no puede protegerlos con corazonadas que someten a los consumidores a la pobreza.