

Entrevista al Dr. Freddy Escobar Rozas\*

# Protección al Consumidor: Nuevos Horizontes, Perspectivas y Desafíos. Una revisión al Panorama Actual.

Por: Lily Cervera Mariluz  
Marco Obando Fernández

A fines del siglo XIX e inicios del siglo XX se produjo un fenómeno para el cual los códigos civiles decimonónicos no estaban preparados: el tráfico masivo de bienes y servicios. Este hecho propició un intenso debate político-económico en aras a otorgar una idónea regulación, al mismo tiempo que puso sobre el tapete la necesidad del reprocesamiento del tratamiento jurídico de las relaciones privadas en este sector. En sede nacional, la discusión sobre el régimen constitucional ha tenido una intensa incidencia en el tema, terminándose por adoptar una Economía Social de Mercado en nuestras dos últimas constituciones. La pregunta que debe responderse en la actualidad es si la regulación de la relación de consumo requiere de una mayor actuación estatal o debe dejarse de lado las políticas paternalistas. El presente encuentro pretende además abrir el panorama y analizar cómo el resto del ordenamiento debe entender las instituciones jurídicas involucradas, a la luz de la evolución de la Protección al Consumidor.

**1. Trayendo a colación una de las conclusiones de las investigaciones de Herbert Simon, ganador de un premio Nobel en economía, y haciendo un símil con la materia bajo análisis, se entiende que los sujetos -para nuestros efectos consumidores- no actúan siempre en una misma intensidad económica, en términos económicos sí, pero con otros variantes para obtener el fin último que es la satisfacción. Por otro lado, el proveedor y el consumidor, cada uno de estos dos sujetos tienen distintas razones para entablar una relación comercial. En ese sentido, ¿realmente existe una parte débil que merezca una mayor protección legal en términos contractuales? ¿cuál es el justo medio de protección que se le debe dar al consumidor para no generar externalidades negativas en el mercado?**

Esta pregunta contiene diferentes conceptos que, en mi opinión, no están necesariamente vinculados. Empecemos por el trabajo de Simon. En 1978 Herbert Simon, profesor de ciencias de computación y psicología en el Carnegie Institute of Technology, obtuvo el premio Nobel de Economía por sus aportes a la teoría de la decisión. Básicamente, Simón sugirió que los sujetos actúan con racionalidad limitada en la medida en que el costo de adquirir información para buscar en todo momento la solución más óptima en términos de Pareto resulta sumamente alto. La racionalidad limitada implica que los sujetos tratan de obtener una satisfacción mínima, que es ajustada hacia arriba en cada decisión subsecuente.

Después de Simon, Daniel Kahneman y otros notables investigadores (Jon Elster, Richard Thaler, Dan Ariely, etc.) han profundizado el análisis del proceso de toma de decisiones, demostrando que diversos factores atentan contra la toma racional de decisiones en términos de Pareto.

La conclusión que uno puede obtener de todos estos trabajos es muy simple: los individuos no siempre actúan racionalmente, aun cuando piensen que así lo hacen. Ahora bien, dos atenciones muy importantes. Primero: la racionalidad limitada supone que, al intentar obtener una satisfacción mínima, los individuos maximizan su utilidad dentro del círculo en el que deciden actuar. Si ampliaran ese círculo, seguramente sus decisiones no serían eficientes en el sentido de Pareto. No obstante, dentro de ese círculo, sus decisiones generalmente son eficientes. Segundo: la racionalidad limitada cede terreno a la racionalidad estándar en función de la importancia de las decisiones. Esto es fácilmente comprobable en la vida diaria. Si voy a adquirir un auto

\* Abogado (Pontificia Universidad Católica del Perú). Máster en Derecho (Harvard Law School). Miembro de la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI. Profesor de Análisis Económico del Derecho, Contratos, Mercado e Instituciones Legales y Teoría Legal (Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad del Pacifico). Socio de Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados.

o una casa, obtengo toda la información relevante y realizo un análisis costo-beneficio relativamente detallado. El resultado que obtengo de dicho análisis se acerca normalmente a la eficiencia de Pareto. Pero si voy a adquirir un ticket para ver una obra teatral, no obtengo toda la información relevante ni realizo un análisis costo-beneficio relativamente detallado, ya que ello es muy costoso dado el beneficio esperado. Al no obtener dicha información ni realizar dicho análisis corro el riesgo de tomar una mala decisión. Tomar ese riesgo tiene sentido para mí dado que el costo de obtener información perfecta es alto en función del beneficio esperado de la decisión.

¿Demuestran estos trabajos que las motivaciones de proveedores y consumidores no sean económicas? ¡En absoluto! Estos trabajos sólo demuestran dos cosas: (a) que los sujetos a veces no intentan maximizar su bienestar en términos de Pareto; y, (b) que los sujetos a veces toman decisiones irracionales aun cuando no quieran hacer tal cosa. Esto, sin embargo, no hace que las decisiones de los individuos no tengan carácter económico, pues estos últimos siempre buscan mejorar su situación de bienestar, y eso hace que sus actos tengan sentido económico. El intento de mejora limitada o el resultado erróneo del proceso de mejora no le quita el carácter económico a las decisiones de los individuos en el mercado.

¿Existe una parte “débil” en la relación entre proveedores y consumidores? Depende de lo que se entienda por “débil”. Si entendemos por “débil” al que “tiene menos”, sin duda. Esto, sin embargo, no es legalmente relevante per se. Los proveedores pueden tener más dinero, más experiencia, más información que los consumidores. El Derecho Contractual, sin embargo, no puede ser redistributivo, esto es, no puede amparar a unos u otros en función de sus niveles de riqueza. Si ello ocurriese, disminuiría la actividad productiva y comercial, lo que ocasionaría mayor pobreza. Si una sociedad decide ser redistributiva, entonces lo mejor es que esa sociedad incentive la producción y el comercio, de modo que las ganancias de los individuos se incrementen. A mayor ganancia de los individuos, mayor recaudación por impuestos. A mayor recaudación por impuestos, mayor posibilidad de redistribuir la riqueza. Para que la producción y el comercio se incrementen las reglas de Derecho Privado (propiedad, contratos y responsabilidad) no pueden ser redistributivas.

A diferencia de la riqueza, la experiencia y la información sí juegan un rol importante en el Derecho Contractual. En efecto, si los contratos son legalmente vinculantes debido a que a través de ellos las personas mejoran su situación de bienestar, entonces nos interesa que la decisión de las partes no sea errónea. ¿Por qué? Porque una decisión errónea puede generar, en lugar de ganancias, pérdidas. Ahora bien, el sistema legal no puede controlar la toma de decisiones con la esperanza de que éstas sean siempre beneficiosas, pues, de un lado, la libertad de los individuos quedaría

afectada; y, del otro, los altos costos de transacción del modelo consumirían buena parte del ahorro interno. En consecuencia, lo que queda es generar los incentivos para que fluya la información relevante en términos asequibles, de modo que los sujetos estén en condiciones de tomar una buena decisión. Si teniendo esa información a su disposición los sujetos deciden no usarla y a causa de ello toman una mala decisión, entonces esos sujetos son moralmente responsables por sus pérdidas, por lo que el resto de la sociedad no tiene por qué internalizarlas.

Como es obvio, en el mercado los proveedores suelen tener más y mejor información que los consumidores. Esa asimetría informativa puede generar malas decisiones de parte de estos últimos. A fin de evitar esto, el Derecho debe generar incentivos para que los proveedores revelen la información que los usuarios necesitan conocer para tomar decisiones beneficiosas.

¿Cuál es el justo medio de la protección? En teoría, el justo medio de la protección consiste en obligar a los proveedores a revelar la información relevante. Ahora bien, ¿qué es información relevante? En términos abstractos, información relevante es aquella que cierto consumidor (razonable, estándar, etc.) requiere poseer para tomar una decisión racional. ¿Pero qué significa esto en términos concretos? A veces no es sencillo encontrar un punto medio. El caso de los alimentos transgénicos es un buen ejemplo. Generalizando, pienso que en caso de duda razonable, el Estado debe inclinarse por el consumidor y obligar a revelar la información materia de discusión.

## **2. En función a nuestra carta magna, ¿cuáles son los fundamentos de la protección al consumidor?; y en ese sentido, ¿cuáles serían los parámetros de actuación de los agentes económicos: el Estado, los proveedores y los consumidores?**

El artículo 65 de la Constitución establece lo siguiente: “[e]l 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 (...).” Como resulta claro, el fundamento de la protección constitucional al consumidor radica de manera exclusiva en la asimetría informativa que afecta a este último. Cualquier consideración que incluya fundamentos distintos a la asimetría informativa (p.e. vulnerabilidad del consumidor, debilidad del consumidor, etc.) supone re-escribir la Constitución. En términos hipotéticos, si algún día el mercado se tornase perfecto y la información fluyera de manera óptima, no existiría fundamento constitucional alguno para proteger al consumidor.

Bajo el artículo citado, el parámetro de actuación del Estado es el siguiente: (a) definir qué es información relevante para adquirir bienes y servicios, en la medida en que los consumidores no pueden realizar una acción

colectiva para hacer esto; (b) obligar a los proveedores a suministrar esa información a través de medios razonables; y, (c) sancionar a los proveedores que no cumplan con comunicar al mercado la información necesaria para tomar una decisión de adquisición.

El artículo citado no impone parámetros de actuación a los consumidores. Esos parámetros pueden ser fijados por ley en función de las políticas públicas que se consideren apropiadas de tiempo en tiempo. Por tal razón, la ley puede determinar, por ejemplo, qué tipo de consumidor debe resultar protegido en un momento dado (p.e. "consumidor razonable" o "consumidor estándar").

**3. Tomando en cuenta la diversidad de preferencias y siendo que nadie está en mejor posición de proteger nuestros intereses que uno mismo, la intervención estatal en materia contractual resulta un tema bastante delicado. Sin embargo, no cabe duda que en experiencias foráneas estos mecanismos se mantienen con pleno vigor en la actualidad. En Europa, por ejemplo, la Directiva Comunitaria 93/13/CEE regula tan sólo a título enunciativo dieciséis "cláusulas abusivas". ¿En qué casos considera usted que puede llegar a justificarse este tipo de intervenciones en el contenido contractual y bajo qué principios debe regirse?**

Que en Europa hayan tipificado "cláusulas abusivas" no tiene, per se, relevancia legal alguna, pues no existe, hasta donde sé, un estudio de campo sobre los efectos que la tipificación de esas cláusulas ha generado en los mercados de la comunidad europea. Es posible que esos efectos sean negativos, es posible que sean positivos. Me inclino a pensar que ocurre lo primero. En todo caso, esto es especulativo. Lo concreto es que no tenemos por qué copiar lo que hacen los europeos. Lo hemos venido haciendo desde nuestra independencia y los resultados nefastos están a la vista. Así que es mejor analizar el tema de la intervención estatal al margen de lo que hagan unos u otros.

En mi opinión, en materia de protección al consumidor, la intervención del Estado debe ceñirse a la eliminación de la asimetría informativa. No encuentro justificación moral, política o económica para prohibir al proveedor el empleo de una cláusula u otra.

Quiero hacer notar que cualquier limitación a la libertad contractual de los proveedores genera un impacto negativo en los retornos de estos últimos. Es verdad que a veces los proveedores encuentran la forma de compensar dicho impacto a través del incremento de sus precios (lo que finalmente perjudica a ciertos consumidores). Pero es verdad también que a veces no los proveedores no pueden hacer tal cosa debido a una serie de restricciones (legales, comerciales, reputacionales, etc.). Sea cual sea el escenario, la pregunta de fondo es la siguiente: ¿por qué los proveedores no pueden contratar en las condiciones

que desean? ¿Por qué les imponemos restricciones a sus modelos de producción y comercialización? ¿Por qué les impedimos que obtengan las ganancias que desean obtener? ¿Por qué son "demasiado" ricos? ¿Por qué ganan "demasiado"? ¿Por qué sus accionistas son extranjeros?

Yo no creo que la riqueza, el nivel de ganancias o la nacionalidad de los accionistas sean criterios que justifiquen desde un punto de vista moral, político o económico la intervención del Estado en materia contractual. Creo firmemente que los proveedores deben poder contratar en los términos que deseen si es que aquéllos actúan en mercados competitivos. En mi opinión, en esta clase de mercados la única limitación debe estar centrada en la revelación de la información relevante.

Evidentemente, la situación es distinta si se trata de usuarios de servicios prestados en una situación en la que no existe competencia. En tal caso la intervención del Estado no sólo se justifica para obligar a los proveedores a suministrar información relevante sino también para prohibir el uso de cláusulas que evitan u obstaculizan la competencia (p.e. cláusulas de atadura).

**4. En el contexto peruano, caracterizado por una pobre educación, una alta tasa de analfabetismo funcional, carencia de instituciones civiles de defensa del consumidor con fuerza necesaria o ausentes, informalidad, etc., ¿cuáles deben ser las estrategias adecuadas para reducir la asimetría informativa?**

Promover no sólo la revelación de información relevante sino también el uso del castellano. Los formularios contractuales de las empresas suelen estar redactados por abogados que piensan que esos formularios van a ser leídos por otros abogados que quieren demandar a las empresas en cuestión. ¿El resultado? Formularios inentendibles para quienes no tienen formación legal. ¿Qué produce esto? Que nadie lea los formularios contractuales. Por esta razón en muchos casos los consumidores reclaman aun cuando los formularios contractuales expresamente excluyen las pretensiones que aquéllos plantean en sus reclamos.

¿Cómo podemos romper este círculo vicioso? Usando el castellano: en lugar de decir "el perjuicio del título valor no extingue la obligación causal", ¿acaso no podemos decir: "si el pagaré que usted firma se extravía o daña, nosotros seguiremos teniendo derecho a cobrarle"?

En Rhode Island se está llevando a cabo una reforma muy interesante que se basa en la idea de que los formularios contractuales deben estar redactados en "plain English". Cito un ejemplo de cómo funciona la técnica del lenguaje simple.

Actualmente una cláusula estándar de cualquier contrato de seguro ofrecido en Rhode Island establece

lo siguiente: *"In the event a third party, including your employer/agent, is or may be responsible for causing an illness or injury for which we provided any benefit or made any payment to you, we shall succeed to your right of recovery against such responsible party. This is our right of subrogation. If you do not seek damages for your illness or injury, you must permit us to initiate recovery on your behalf (including the right to bring suit in your name)".* Como consecuencia de la reforma indicada, a partir del próximo año esta misma cláusula tendrá la siguiente redacción: *"Your injury or illness may have been caused by someone else. If so, we can collect from that person any claims we pay on your behalf. For example, if we pay for your hospital stay, we can collect the amount we paid for your hospital stay from the person who hurt you. We can also collect payment from that person even if he or she agreed to pay you directly or has been ordered by a court to pay you. If the person who caused your injury has already paid you, we can collect from you the amount he or she has already paid to you. This is called subrogation. In addition, if you do not try to collect money from the person who caused your injury, you agree to let us do so in your name".* ¿No es mucho mejor así?

##### **5. Dejar de lado un esquema paternalista e intervencionista implica al mismo tiempo otorgar al consumidor un rol significativamente más importante para que pueda finalmente obtener los réditos del modelo liberal. En ese proceso, ¿cómo podemos incentivar la formación de consumidores responsables, autónomos y organizados?**

El paternalismo es nefasto por varias razones. Desde un punto de vista filosófico, arrogarse la atribución de decidir por otros atenta contra la libertad y la dignidad de esos otros. El argumento de que los burócratas deben decidir por los ciudadanos debido a que éstos no tienen la información o la capacidad necesaria para adoptar decisiones buenas es inaceptable por tres razones. En primer lugar porque nada garantiza que los burócratas tengan la información y la capacidad necesarias para tomar "buenas decisiones". En segundo lugar porque suponiendo que los burócratas tienen información y capacidad, las "buenas decisiones" que tomen serán buenas para unos y malas para otros, dada la diversidad de preferencias. Y en tercer lugar porque suponiendo que los burócratas tienen información y capacidad, por un lado, y que las "buenas decisiones" son uniformes, por el otro, la dignidad de las personas consiste en permitir que éstas tomen sus propias decisiones, sean correctas o incorrectas, o buenas o malas. La esencia de la libertad radica en tener la posibilidad de equivocarse y de cambiar el rumbo de las acciones las veces que uno considere necesarias.

Desde un punto de vista económico, arrogarse la atribución de decidir por otros genera resultados ineficientes. Quienes tienen más y mejor información sobre las preferencias de los ciudadanos son los ciudadanos mismos. Por lo tanto, son esos ciudadanos

los que deben decidir en qué momento y bajo qué condiciones circulan sus recursos. Si permitimos que los burócratas decidan, la circulación de los recursos de los ciudadanos será, en la gran mayoría de casos, ineficiente en la medida en que, por falta de información, los burócratas no podrán asignar esos recursos a quienes más los valoren.

Existen quienes han tratado de conciliar el modelo paternalista con el modelo libertario (*Richard Thaler & Cass Sunstein: Nudge, 2008*). Su propuesta, denominada Libertarian Paternalism, parte de la idea de que la forma como se presentan las opciones influye en la elección que realizan las personas. Sobre la base de esta constatación, ambos sugieren que aquellos encargados de elaborar y presentar las opciones (choice architects) deben proceder a estructurarlas en un modo tal que la opción más beneficiosa sea la que mayor influencia genere. Este modelo sería libertario en la medida en que permite que las personas sean las que tomen la decisión en función de sus preferencias; y paternalista en la medida en que permite que las opciones sean estructuradas por el Estado con el propósito de que la "mejor" opción genera la mayor influencia.

La idea positiva del Libertarian Paternalism es, sin duda alguna, correcta. La forma de presentar las opciones influye en la toma de decisiones (Daniel Kahneman & Amos Tversky: *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, 1981* / Dan Ariely: *Predictably Irrational, 2008*). Sin embargo, la idea normativa del Libertarian Paternalism no lo es, pues parte de un presupuesto hartamente discutible: la existencia de una "mejor opción". Por lo demás, presumo que el costo de crear un aparato de arquitectos de opciones (que nos sugieran un menú en el que la "mejor opción" tenga mayores posibilidades de ser elegida) resultaría brutalmente alto.

Dicho esto no me queda sino comprobar la vigencia del enfrentamiento entre el modelo libertario y el modelo paternalista. Y ante estas opciones, prefiero, por razones morales y económicas, el modelo libertario. Por tanto, rechazo cualquier enfoque paternalista en materia de protección al consumidor y en cualquier otra materia legal.

¿Cómo podemos incentivar la formación de consumidores responsables, autónomos y organizados?

No tengo una respuesta completa para esta pregunta tan compleja. No obstante ello, considero que para crear una cultura de autonomía y responsabilidad las normas de protección al consumidor sólo deben proteger a aquellos consumidores que actúan de manera razonable, dadas las circunstancias del caso.

Existen quienes propugnan proteger al "consumidor estándar" o incluso al "consumidor torpe". Yo no encuentro una sola justificación moral o económica para que el Estado decida apartarse, en materia de

protección al consumidor, de los parámetros mínimos de conducta interpersonal que exige a todos los ciudadanos en los distintos ámbitos de la vida social.

Por consideraciones morales y económicas, los sistemas legales occidentales exigen a las personas tener cierto cuidado cuando realizan sus distintas actividades. Si uno no tiene cuidado y genera un daño, entonces uno está obligado a indemnizar. Si uno no tiene cuidado y pierde algo, entonces uno está obligado a internalizar la pérdida. Si uno no tiene cuidado y no paga a tiempo una deuda, no contesta a tiempo una demanda, no renueva a tiempo su pasaporte, etc., entonces uno está obligado a asumir los perjuicios que todos esos hechos generan. Uno no puede pretender que los demás internalicen esos perjuicios.

Si alguien procede de manera negligente, ese alguien no tiene derecho moral ni legal de exigir que los demás internalicen el costo que la imprudencia ocasiona. Ahora bien, si esto es así, es decir, si los sistemas legales exigen que las personas actúen con cierto cuidado en los distintos ámbitos de la vida social, ¿por qué debemos hacer una excepción en materia de relaciones de consumo? ¿Por qué debemos exonerar a los consumidores del deber de proceder con cuidado? ¿Cuál es la justificación moral o económica para proteger a consumidores que no toman las precauciones mínimas?

No creo que exista una sola razón que justifique la decisión de otorgar al consumidor un trato privilegiado a través de la exoneración del deber fundamental de tomar precauciones mínimas para mitigar el riesgo y el impacto de las interferencias en el ámbito social. La civilización occidental se ha desarrollado sobre la base de ese deber moral y legal; por tanto, desde una perspectiva legal debemos emplear la técnica combinada de incentivos/desincentivos (premios/sanciones) para reafirmar su vigencia.

**7. Si pensamos en el día a día del tráfico comercial es indudable que el contrato de compraventa es el más importante en tanto no concebimos el comercio mundial sin él, mas la misma masificación de las transacciones ocasiona que surjan conflictos entre las partes -comprador y vendedor. Siendo esto así, ¿cómo abordaría el tema de responsabilidad contractual en materia de protección al consumidor? En atención al Código Civil, ¿cuáles serían las principales diferencias a la hora de abordar el tema de las indemnizaciones de este cuerpo normativo en comparación a normas específicas de protección al consumidor? ¿y qué consecuencias conllevan en esta materia?**

No encuentro razón alguna para que el Código Civil y las normas de protección al consumidor presenten un tratamiento diferenciado en materia de indemnizaciones por incumplimiento contractual.

La lógica económica de la indemnización es simple: si las partes pueden dejar de cumplir contratos sin pagar indemnizaciones, entonces los costos de transacción del proceso de contratación se incrementarían brutalmente. Ello generaría menor circulación de recursos y, por ende, menor producción y comercialización de bienes y servicios. ¿Resultado final? Decrecimiento económico.

La operatividad de la indemnización también es simple: Si X no entrega  $\mathbb{L}$  a Z, incumpliendo de ese modo el contrato celebrado entre ambos, Z debe acudir al mercado y obtener un sustituto de  $\mathbb{L}$ . Si el sustituto de  $\mathbb{L}$  vale menos del precio fijado en el contrato, entonces el incumplimiento de X habrá beneficiado a Z, por lo que este último no tiene por qué exigir el pago de una indemnización. Si, en cambio, el sustituto de  $\mathbb{L}$  vale más del precio fijado en el contrato, entonces el incumplimiento de X habrá perjudicado a Z, por lo que este último debe poder exigir el pago de una indemnización. ¿A cuánto ascenderá la indemnización? El resultado de restar el precio de mercado del sustituto de  $\mathbb{L}$  menos el precio contractual de  $\mathbb{L}$ .

Tanto la lógica como la operatividad de la indemnización resultan plenamente aplicables a las relaciones contractuales en las que existe simetría y asimetría informativa.

Es verdad que en el terreno positivo el Código Civil y las normas de protección al consumidor presentan diferencias en materia indemnizatoria. Así, mientras el Código Civil establece que la indemnización procede si el incumplimiento obedece a dolo o a culpa, las normas de protección al consumidor establecen que la indemnización procede al margen de si el proveedor actuó con dolo o culpa. Por otro lado, mientras el Código Civil establece que la indemnización se encuentra limitada a los daños previsibles en caso de culpa leve, las normas de protección al consumidor establecen que la indemnización comprende todos los daños causados.

En mi opinión, la responsabilidad contractual debe ser objetiva y debe estar limitada a los daños previsibles, al margen de si el incumplimiento se genera dentro o fuera de una relación de consumo. Si la responsabilidad contractual no es objetiva, la responsabilidad contractual no sirve en el mundo real, en la medida en que la discusión respecto de si existió dolo o culpa del deudor incrementa los costos de transacción y, por ende, genera la desutilidad del remedio legal. Por otro lado, si la responsabilidad contractual no está limitada a los daños previsibles, los costos de transacción se incrementan por la natural hiperversión al riesgo de perder lo que se tiene. Esto, a su vez, genera el incremento de precios y, por consiguiente, la aparición de demanda insatisfecha. Estos efectos nocivos son ineficientes e inmorales en la medida en que el incremento de precios lo subsidian quienes no están expuestos a daños imprevisibles, que por definición son sólo unos cuantos contratantes (Lucian Ayre Bebbchuk & Steven Shavell: *Reconsidering Contractual Liability and the Incentive to Reveal Information*, 1998).

**8. De las últimas iniciativas legislativas se observa que, en torno a las medidas administrativas, estas comparten ciertas características con otras instituciones ya recogidas en nuestro Código Civil, la rescisión o resolución por ejemplo, un sector considera que se debe partir de dichas instituciones para, desde ahí, abordar el tema de protección al consumidor. ¿Comparte esta opinión? ¿Cuáles serían las ventajas y desventajas? Por otro lado. ¿Cuáles son los alcances, en materia de protección al consumidor, de la rescisión y la resolución contractual?**

No comparto la idea de que las medidas administrativas que ordenan la reposición a la situación anterior tengan alguna relación de fondo o forma con la rescisión. En mi opinión, se trata de dos cosas absolutamente distintas. La rescisión supone que existe un problema al momento de la celebración del contrato (p.e. estado de necesidad apremiante que genera una situación de lesión). Se supone que ese problema es lo suficientemente grave como para permitir a la parte afectada con el mismo generar, vía la acción de rescisión, el decaimiento del contrato. Una consecuencia natural del decaimiento del contrato es la restitución de las prestaciones que se hayan ejecutado. Con la referida restitución, ambas partes se colocan en una situación similar a la que tenían al momento de la celebración del contrato.

Las medidas administrativas que se emplean en materia de protección al consumidor no responden a la existencia de un problema surgido al momento de la celebración del contrato sino más bien al momento de la ejecución del mismo. He ahí una primera gran diferencia con la rescisión.

En algunos casos las medidas administrativas tienden a colocar a las partes en la posición en la que éstas hubiesen estado de haberse ejecutado el contrato sin problema alguno (p.e. reparación de productos, cambio de productos, etc.). En otros casos las medidas administrativas tienden a colocar a las partes en la posición en la que éstas hubiesen estado de no haberse celebrado el contrato (p.e. devolución de la contraprestación pagada por el servicio defectuoso). En este último supuesto existe una similitud con los efectos que genera la rescisión. Sin embargo, notemos que las causas que sustentan la rescisión y las que sustentan las medidas administrativas son diferentes.

Ahora bien, se puede sostener que cuando las medidas correctivas intentan colocar a las partes en la situación que éstas tenían antes de la celebración del contrato, esas medidas tienen efectos similares a la resolución. Ello, sin embargo, no genera, en mi opinión, problema alguno de legalidad.

Rescisión y resolución son dos mecanismos de tutela diseñados y definidos a nivel legal, y no a nivel constitucional. Por lo tanto, una ley puede crear un mecanismo de tutela que tenga las mismas causas y

efectos que los de la resolución, dotar a ese mecanismo de denominación propia y establecer la posibilidad de que un órgano administrativo lo aplique en materia de relaciones de consumo. En este caso tendremos, desde una perspectiva positiva, tres mecanismos de tutela autónomos: dos que operan fuera del círculo de las relaciones de consumo y uno que opera dentro de ese círculo. El hecho que esos tres mecanismos compartan ciertas características es algo legalmente irrelevante.

En consecuencia, salvo que consideremos que rescisión y resolución son dos categorías cósmicas, no veo necesidad alguna de hablar de ellas en materia de protección al consumidor. INDECOPI ordena medidas correctivas, no resuelve ni rescinde contratos. La facultad que INDECOPI tiene de aplicar tales medidas está arreglada a la Constitución y eso es lo único que importa desde una perspectiva legal. Que tal facultad no esté arreglada a la tradición civilista europea es algo legalmente irrelevante.

**9. Hemos presenciado la publicación del Anteproyecto del Código de Consumo, el cual ha sido materia de intensos debates y blanco de ácidas críticas por diversos sectores, además de haber generado rápidamente nuevas propuestas. ¿Cuáles cree usted son sus principales aciertos y defectos? ¿Implica una mejor armonización con el funcionamiento del mercado? ¿Realmente necesitamos un cuerpo normativo de esta naturaleza o sería mejor una regulación sectorial?**

Encuentro pocos aciertos. Me parece que existe un avance en el tratamiento de las medidas correctivas en tanto se identifican de manera explícita nuevas manifestaciones de tales medidas. Me parece que también existe un avance en el diseño de los procesos administrativos, que aparentemente serán mucho más expeditivos.

¿Desaciertos? Muchos. De todos ellos me preocupa en extremo el de la tipificación de las "cláusulas abusivas". Por razones de espacio, sólo voy a referirme a los casos más graves.

De acuerdo con el Anteproyecto, son "abusivas", entre otras, las siguientes cláusulas: (i) "la que establece un plazo irrazonable para que el proveedor brinde el servicio o entregue el producto"; (ii) "la que faculte al proveedor a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, o la que lo faculte a resolver un contrato de duración indeterminada en un plazo breve o sin previa notificación realizada en un plazo razonable"; (iii) "la que permite al proveedor atribuir consecuencias contractuales a la realización u omisión de un acto por parte del consumidor en reemplazo de su manifestación de voluntad expresa"; y, (iv) "la que establezca obligaciones que puedan ser consideradas abusivas que coloquen al consumidor en desventaja exagerada, o que sean incompatibles con la equidad".

Considero que no existen razones que justifiquen la decisión de invalidar las tres primeras cláusulas citadas.

Imaginemos que el proveedor ofrece cumplir dentro de un plazo excesivo en comparación del mercado y, no obstante ello, el consumidor (debidamente informado) accede a contratar. ¿Por qué el Estado considera que ese pacto es legalmente inexigible? Estamos ante una intervención inaceptable por parte del Estado, que afecta sin razón alguna los procesos de producción y comercialización de los proveedores, así como la libertad individual del consumidor que decidió conceder a su proveedor un plazo mayor al del mercado.

En lo concerniente a la cláusula que otorga la facultad de resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, creo que dicha cláusula puede ser justificada por la existencia de eventos sobrevenidos que, afectando al consumidor, colocan al proveedor de bienes o servicios en una situación de pérdida esperada. Este es, por ejemplo, el caso de la cláusula que permite resolver el contrato anticipadamente en caso de cesación de pagos, insolvencia o quiebra del usuario. Si el consumidor se encuentra en alguna de esas situaciones, es claro que no podrá cumplir sus obligaciones con el proveedor. Por consiguiente, es justo y eficiente que este último resuelva anticipadamente el contrato para no incrementar su pérdida. Sin la cláusula citada, el proveedor queda injustificadamente desprotegido. Si el plazo para ejercer este derecho de resolución anticipada no es breve, entonces se expone de manera injustificada al proveedor. Por tal razón, la exigencia de un plazo "adecuado" es irracional.

Para hacer notar los efectos nocivos de la postura del Anteproyecto en materia de resolución anticipada, analicemos el caso de los préstamos bancarios. Como sabemos, en todo el mundo los bancos otorgan préstamos empleando, en gran medida, los recursos captados del público. Si los que toman préstamos bancarios no cumplieran con devolver el capital y pagar los intereses, los depositantes correrían el riesgo de perder los recursos entregados al banco. A efectos de proteger el ahorro interno, las legislaciones suelen otorgar a los bancos una serie de remedios y defensas excepcionales que permiten recuperar las colocaciones de manera rápida y privilegiada. Ahora bien, si se presentan circunstancias que afectan la capacidad de repago de los consumidores, ¿por qué un banco no puede resolver anticipadamente los contratos de préstamo y recuperar de ese modo las colocaciones efectuadas? ¿No es acaso sensato que el banco trate de eliminar o mitigar la pérdida que finalmente puede afectar al ahorrista?

En lo concerniente a la cláusula que permite atribuir consecuencias contractuales a la realización u omisión de un acto por parte

del consumidor, creo que la misma puede ser justificada en diversas circunstancias. Si el usuario no manifiesta expresamente su voluntad de usar un servicio pero en los hechos lo usa, ¿por qué no se podría atribuir a esa acción el sentido de manifestación de voluntad expresa de pagar el precio del servicio? Recordemos que el Código Civil contiene diversas disposiciones que permiten deducir la existencia de manifestaciones de voluntad de las acciones que realicen las partes. Considerando este dato normativo, ¿no es mejor para todos que, en lugar de que el proveedor acuda a una demanda judicial, aquél acuda al mecanismo contractual ex ante? En otras palabras, ¿no es mejor para todos que, en lugar de que las manifestaciones tácitas tengan valor ex post en el marco de un proceso judicial, dichas manifestaciones tengan valor ex ante en el marco de la relación contractual? La cláusula permite reducir los costos de transacción de la interpretación judicial del comportamiento contractual. Es absurdo prohibirla.

Una línea final para la cuarta cláusula. ¿Qué cosa es "desventaja" en el ámbito contractual? ¿Y cuándo una "desventaja" es "exagerada"? ¿Qué significa "equidad"? Estos estándares no sólo son subjetivos y, por tanto, inseguros; sino también carentes de contenido real.

Quiero enfatizar que no existe razón económica o moral que sustente la política legal de establecer la necesidad de un equilibrio entre derechos y obligaciones contractuales. Los contratos producen intercambios voluntarios. Esos intercambios están expuestos a diversos riesgos y lo racional es protegerse contra ellos. Si un banco otorga un préstamo a un consumidor, ese banco toma muchos más riesgos que los que toma este último. Así, el banco toma, entre otros riesgos (p.e. el riesgo del incremento de tasa de su fondeo), el riesgo del fallecimiento o incapacidad del consumidor, el riesgo de la insolvencia del consumidor, el riesgo de la ilegalidad de las actividades del consumidor, etc. El consumidor sólo toma el riesgo del no desembolso. Por lo tanto, las partes contratantes no tienen que ser titulares de los mismos derechos y obligaciones. La idea de que debe existir "equilibrio" contractual es nefasta porque altera la necesidad de mitigar la desproporción entre los riesgos.

Para finalizar, con relación a la pregunta de si necesitamos un Código de Consumo, la respuesta es simple: No. Ya existe regulación que protege a los consumidores. Si consideramos que esa regulación requiere cambios, ¿por qué no la modificamos y punto? ¿Cuál es la diferencia real entre revisar esa regulación y aprobar un texto único ordenado, de un lado; y elaborar un Código de Consumo, del otro? Lo importante, creo yo, no es la forma (T.U.O. o Código) sino la sustancia. ■