

# Me quiere, no me quiere

*Deshojando «margaritas ideológicas» en torno a la protección al consumidor (\*)*

**Alfredo Bullard González.**

Master en derecho, Yale Law School. Profesor de análisis económico del derecho y de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.

## 1. INTRODUCCIÓN.

La coherencia ideológica y teórica es un hábito difícil de cultivar. Y no es que la coherencia sea una virtud que se agota en sí misma. Es una virtud que da consistencia a las conclusiones prácticas, al actuar concreto, a la solución de los problemas. Las personas podemos estar o no equivocadas cuando formulamos una teoría o una propuesta. Podemos haber partido de un marco conceptual equivocado, pero por lo menos debemos recoger una auténtica -y única- intención de estar en lo correcto.

Cuando las conclusiones a las que uno llega varían según las circunstancias y ajustamos nuestros marcos conceptuales a lo que nos conviene (o creemos que nos conviene) en cada situación, entonces se pierde la perspectiva. Quien es liberal cuando le conviene que el Estado no actúe y populista cuando le conviene que lo haga, acepta estar equivocado por lo menos el 50% de

las veces, y con ello se pierde honestidad intelectual en el 100% de las veces.

Por ello, los socialistas convictos y confesos o los liberales que creen en la libertad hasta las últimas consecuencias despiertan más admiración que quienes plantean posiciones ambiguas. Aquellos no sujetan sus ideas al pétalo de la margarita que le toca deshojar en cada oportunidad, sino a la convicción de que están en lo correcto, estén o no equivocados en la realidad. Es preferible aceptar un error a decir: «creo en la libertad», y luego proclamar: «no creo en la libertad»; o «creo en la intervención del Estado», para en otra oportunidad afirmar: «no creo en la intervención del Estado».

Quien plantea una mayor dosis de intervención estatal en la economía habiendo criticado antes los excesos del intervencionismo estatal<sup>(1)</sup>, no difiere mucho de quien, reclamando siempre una mayor acción del Estado, define su enfoque como uno que hoy «asume una posición liberal dentro de un Estado de Derecho de una sociedad demo-

---

(\*) El presente artículo refleja estrictamente las opiniones personales de su autor y no compromete en nada al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI, del cual es Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Las citas de artículos en inglés han sido traducidos libremente por el autor. En consecuencia cualquier defecto de traducción le es imputable al mismo. Asimismo, en algunas citas se ha destacado con negritas partes del texto, no proviniendo dichas negritas de la cita original.

El autor desea agradecer los valiosos comentarios que recibiera al presente artículo de Hugo Eyzaguirre, Alfredo Bullard Coello, Javier Mori, Fernando Cantuarias, Carlos Patrón, y de los profesores Santos Pastor y Carlos Martinelli de la Universidad Carlos III de Madrid. Asimismo, desea agradecer especialmente a Domingo Rivarola quien además de sus comentarios colaboró estrechamente en la elaboración y revisión del presente artículo.

(1) Por ejemplo, citando el artículo 58 de la Constitución que establece que en el Perú existe una economía social de mercado, cuando esa característica de «social» fue invocada por otros, en la Constitución anterior, para intentar estatizar la banca. «Estatizar» las decisiones de los consumidores parecería no despertar el mismo tipo de reacciones. Como bien señala Alan Schwartz, «la premisa central de la justicia correctiva es que es injusto privar a alguien de su propiedad o de su integridad personal en contra de su voluntad. Esta premisa sirve para sostener la posibilidad de que las personas renuncien a su derecho a ser compensadas -aceptar correr riesgos- en circunstancias apropiadas». (SCHWARTZ, Alan. «Proposals for Products Liability Reform: A Theoretical Synthesis». En: The Yale Law Journal, Vol.97, No.3, febrero de 1988. p.360). Sostener que las personas no pueden voluntariamente correr riesgos implica expropiarles parte de su capacidad de decisión y, por, tanto toda propuesta en tal sentido es inconstitucional.

crática»<sup>(2)</sup>. Liberales exigiendo mayor acción del Estado y estatistas invocando posiciones liberales son una mezcla sospechosamente extraña, sobre todo cuando la «mezcolanza» critica a una misma institución.

La protección al consumidor es un tema serio. No puede quedar sujeta a olas y resacas intelectuales. Sólo la consistencia y el realismo de una teoría nos puede conducir a soluciones consistentes y a una mejora del bienestar en la sociedad. Pero nos debe quedar claro cuál es el rol del Estado en esta área. En trabajos anteriores<sup>(3)</sup> hemos sostenido que la protección al consumidor persigue colocar al consumidor en una situación en la que pueda ejercer sus derechos, mediante su propia autonomía privada, garantizándole adecuada información. El rol del Estado es evitar que el consumidor tome decisiones ineficientes como consecuencia de la existencia de información asimétrica. Expresamente se sugiere actuar en contra del engaño y el dolo, así como contra el suministro de información inadecuada<sup>(4)</sup>.

Una vez, una persona reconocida por ser un excelente polemista, me dijo: «No importa lo que diga la persona contra la que estás debatiendo. Dí que ha dicho algo que puedas criticar de manera fulminante, así no lo haya dicho. Mientras pierde tiempo negándolo, aburrirá al público y quedará la sensación que se está rectificando». El uso de esta técnica, quizás muy efectiva en debates verbales, pierde su eficacia en debates escritos. Las palabras se las lleva el viento, salvo cuando se depositan sobre el papel. Por eso a lo ya escrito nos remitimos.

Sí se critican, sin embargo, algunas cosas que sí se han dicho.

Por ejemplo, se pretende reducir el problema de los «productos basura» a actos de engaño masivo y continuo, en el que cientos o miles de personas mueren cada año. Se habla de dolo e intención de fraude. Sí, es cierto que existen malos comerciantes que engañan. Pero, ¿es legítimo reducir todo el problema de los productos de mala calidad a conductas delictivas? Quien ha recorrido alguna vez un mercadillo o una paradita habrá sido testigo de la inmensa cantidad de productos de mala calidad que se vende en ellos. También habrá visto la cantidad de operaciones que se celebran en

dichos mercados. Si la tesis que se usa para criticarnos es cierta, todas las transacciones en ese mercado son un engaño, un fraude. Y toda la gente que regresa a comprar en ellos es incapaz de darse cuenta que la están engañando.

El presente artículo contiene el desarrollo de una posición netamente académica. Se persigue demostrar que las políticas dirigidas a desaparecer los llamados «productos basura» por el simple hecho de tener baja calidad, son ineficientes pues reducen los niveles de bienestar. Pero no sólo son ineficientes, sino que además tienen efectos redistributivos terribles para los sectores más pobres. La prohibición de los «productos basura» conduce a un efecto regresivo en la distribución que debe evitarse. Y todo ello por convertir el problema en una ecuación: «Producto basura = dolo».

## 2. LAS MOTIVACIONES.

Pueden encontrarse dos tipos de motivaciones en el origen de las respuestas que se han dado a nuestra posición sobre los «productos basura».

La primera es que se trata de una posición populista y paternalista respecto al problema. Se sugiere que los consumidores no pueden decidir por sí solos, y que por tanto se necesita que el Estado decida por ellos. La caída del muro de Berlín dejó desubicada a mucha gente. Quienes definieron un rol del Estado idéntico al que cayó arrastrado por el muro, buscarán en los ordenamientos legales vigentes «rendijas» por las que sus posiciones puedan tener alguna audiencia. Lo natural será recurrir a áreas en las que, incluso, en economías de mercado, se reconoce algún rol al Estado. Tres áreas típicas en que se presenta este fenómeno son la legislación antimonopolios, el derecho ambiental y las normas de protección al consumidor.

La segunda motivación puede estar en la defensa de intereses particulares. No es extraño que las entidades competentes del Estado reciban solicitudes de empresas y proveedores pidiendo que se actúe de oficio para sacar productos del mercado. Quienes hacen dichas solicitudes se quejan de la supuesta competencia desleal que le hacen productos de baja calidad a

---

(2) OCHOA CARDICH, Cesar. «Límites de la Potestadancionadora del INDECOPI y las Garantías del Administrado en los Procedimientos Administrativos del Derecho de la Competencia». En: *Ius Et Veritas* No.13, Año VII. p.185.

(3) BULLARD, Alfredo. «¡Lo que no Mata Engorda! Los «Productos Basura» y los Perjuicios y Prejuicios de la Protección al Consumidor en un País Pobre». En: *Ius Et Veritas*, No.12, Año VII. pp.103-113; y «¡Firme Primero, Lea Después! La Contratación Masiva y la Defensa del Consumidor». En: *Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. pp.15-51.

(4) BULLARD, Alfredo. «¡Lo que no Mata, Engorda!...». Op.cit., pp.109-112. Así se sugiere extensamente en los puntos 4 y 5 («Productos Bamba» vs. «Productos Basura» y Los Problemas de Información Asimétrica, respectivamente) del artículo que se cita.

precios con los que no se puede competir. Estos proveedores persiguen eliminar una competencia real: la de ciertos productos que gozan de la preferencia de cierto segmento de la población por su menor precio, ligado normalmente a una menor calidad. Estas posiciones persiguen regresar a las nefastas épocas de las normas técnicas obligatorias.

En las épocas de las normas técnicas obligatorias, ningún producto que no cumpliera con ciertos estándares mínimos fijados por el propio Estado podía entrar al mercado. Ello llevaba a un intenso *lobby* de las empresas, para que los estándares respondieran a las características de sus productos, imponiendo muchas veces requisitos totalmente idiosincrásicos, que nadie más podía cumplir. En nombre de la calidad se generaban monopolios u oligopolios, se elevaban los precios y se ofrecía una calidad menor o en todo caso distinta a los estándares internacionales. Así, como bien señalan Beales, Craswell y Salop, «quienes establecen estándares pueden tener el poder de desincentivar la competencia al prevenir de manera arbitraria la nueva entrada al mercado o mediante la fijación de estándares ineficientes»<sup>(5)</sup>.

Afortunadamente, mediante Decreto Supremo 006-91-ICTI publicado el 3 de marzo de 1991 se eliminó este requisito, convirtiendo en principio a las normas técnicas en meramente referenciales, salvo excepciones previstas como tales por Resolución Ministerial.

En las críticas formuladas se sugiere resucitar, cual Lázaro, las normas técnicas obligatorias mediante las acciones de *enforcement* de las autoridades. Todo lo que no sea «idóneo» debe salir del mercado, dejando paso a aquellas empresas que pueden superar el abstracto estándar de la idoneidad persiguiendo así la creación de ciertos privilegios en favor de unos cuantos.

De los dos posibles orígenes de las críticas, (y aunque discrepamos de ambos) preferimos el primero. Por lo menos es una crítica sincera en la intención, en cuanto menciona como beneficiarios de la propuesta a quienes efectivamente pretende beneficiar, es decir a los consumidores. Si bien su tesis es errada porque el efecto de la política será precisamente perjudicar al consumidor, por lo menos refleja una intención transparente.

La segunda, por el contrario, oculta bajo un supuesto discurso favorable a los consumidores, la intención de privilegiar a un grupo reducido y determinado. Se sabe que se perjudica al consumidor, pero se quiere defender al proveedor que no puede o no quiere competir con precios reducidos en ciertos segmentos de la población y no tiene imaginación suficiente como para iniciar campañas de información al consumidor sobre los defectos de los productos de su competencia<sup>(6)</sup>. Importa poco que los consumidores pobres paguen más, o simplemente algunos de ellos dejen de consumir. La tesis, además de errada, no es transparente en sus intenciones.

Pero lo importante no son tanto las motivaciones, sino las consecuencias de una política equivocada. La doctrina más moderna de protección al consumidor, basada en los aportes del análisis económico del derecho, deja claro cuál es el camino más adecuado para mejorar el bienestar del consumidor<sup>(7)</sup>.

### 3. LO QUE DIRÍA PARETO.

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

---

(5) DEALES, CRASWELL y SALOP «The Efficient Regulation of Consumer Information». En: Journal of Law & Economics. Vol. XXIV. Diciembre de 1981. p.505.

(6) En el Perú hemos sido testigos de numerosas campañas por parte de productores consistentes en brindar información a los consumidores sobre los riesgos que enfrentan. Ello es el camino correcto. Lo otro es sustituir la decisión del consumidor por la decisión del Estado.

(7) El análisis económico del derecho plantea además evaluar los costos y beneficios de una intervención regulatoria. Este es quizás uno de los efectos más importantes que puede apreciarse de la conjunción de la crisis ideológica de los modelos socialistas y de los aportes del análisis económico del derecho o Law & Economics a los marcos regulatorios y a la visión que los Estados modernos están dando a la regulación. Como señala Sunstein (SUNSTEIN, Cass R. The Cost-Benefit State borrador de trabajo aún no publicado, pp.1-2) el uso del análisis costo-beneficio puede entenderse como un esfuerzo para superar la naturaleza interesada o dirigida por la anécdota de las regulaciones contemporáneas, en favor de una aproximación que examine, de una manera entendible, el mundo real y las consecuencias de las iniciativas regulatorias. Dentro de esta línea el propio gobierno norteamericano ha reconocido claramente la importancia de este tipo de análisis en la Orden Ejecutiva No.12291 dada por el presidente Ronald Reagan en 1981, ratificada en 1985 con la Orden Ejecutiva 12498 exigiendo un análisis costo-beneficio en el informe anual del plan regulatorio que debían preparar todas las agencias reguladoras de los Estados Unidos. Tanto el presidente Reagan como el presidente Bush creyeron firmemente que estaban generando un mecanismo crucial para que la Casa Blanca se asegure que no se tomen medidas reguladoras que causen más daño que bien. Esto ha sido confirmado, según señala el propio Sunstein, por el presidente Clinton que endoso la misma idea en la Orden Ejecutiva No. 12866, en 1993. Esto demuestra como incluso en los Estados Unidos, paradigma para muchos de una economía de libre mercado, consideran que los roles reguladores asumidos por el Estado, requieren ajustarse a esquemas más racionales y menos populista o anecdóticos, incorporando entre las herramientas obligatorias el análisis costo-beneficio.

En primer lugar vamos a analizar la ineficiencia de la medida. Pero para ello debemos tener claro qué se entiende por eficiencia económica.

Quizá quien más claramente ha podido definir la eficiencia es el economista italiano Wilfredo Pareto. Según Pareto, una situación será óptima si no es posible mejorar la situación de alguien sin empeorar necesariamente la situación de otro. Esto quiere decir que los recursos disponibles han sido usados de manera tan eficiente que toda mejora individual tiene una consecuencia necesariamente redistributiva, pero no mejora la situación en términos sociales o agregados. Este principio, conocido como el Óptimo de Pareto, permite a los economistas identificar una situación ideal bajo la cual se ha alcanzado una auténtica eficiencia económica.

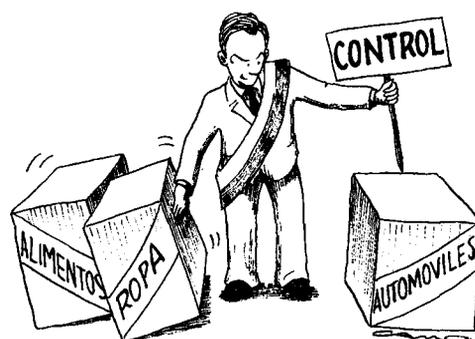
Pero además, Pareto nos permite identificar cuándo una situación nueva es mejor que una situación anterior. En términos paretianos, una situación es mejor que la anterior cuando alguien ha mejorado y nadie ha empeorado. Bajo tal circunstancia, el cambio de situaciones nos ha hecho ganar algo en eficiencia, es decir, que la nueva situación es más eficiente que la anterior. Este es conocido como el Criterio de Pareto<sup>(8)</sup>.

Finalmente, según Kaldor y Hicks, una situación nueva también es mejor que una anterior si quienes han mejorado lo han hecho en un grado mayor de lo que han empeorado aquellos que terminan estando peor. Así, los que han ganado con el cambio lo han hecho en un grado mayor que quienes han perdido con el cambio<sup>(9)</sup>.

Quizá la mejor manera de comprender estos conceptos sea con un ejemplo. Imaginemos que tenemos encerrados en un cuarto a cuarenta personas. Así mismo, los únicos bienes existentes son 20 caramelos

de fresa y 20 caramelos de limón. Estos han sido distribuidos entre los ocupantes del cuarto al azar, esto es, sin utilizar como criterio el gusto de las personas por un sabor u otro. Así, resultan con caramelos de fresa algunas personas que hubieran preferido caramelos de limón y con caramelos de limón algunos que hubieran preferido caramelos de fresa.

Imaginemos que un amante de la fresa, que tiene un caramelo de limón, ofrece a un amante del limón un trueque. Ambos aceptarán gustosos, mejorando la situación en la que se encontraban antes de la transacción. Los dos han mejorado y nadie ha empeorado. Según el criterio de Pareto, la situación resultante es más eficiente que la anterior, aunque debe reconocerse que es una situación subóptima, es decir que aún es posible que algunos sigan mejorando sin empeorar la situación de otros<sup>(10)</sup>.



Si los ocupantes de la habitación, disconformes con el sabor que les tocó, siguen realizando trueques, irán paulatinamente aumentando la eficiencia. Llegará sin embargo un momento en el que ya no será posible

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

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

(10) Según Kaldor y Hicks el robo del caramelo podría maximizar la eficiencia aún más, pero el juez que deba decidir la controversia tendría que tener medios para determinar que el ladrón ama un sabor más que la víctima del robo. En todo caso, como veremos más adelante (Supra nota 12 infra) se ha asumido que las preferencias son estándares entre todos, con lo que tal posibilidad queda descartada en el ejemplo colocado.

mejorar más. Un grupo de amantes de caramelos de limón o un grupo de amantes de caramelos de fresa se quedarán con sabores no deseados por ellos<sup>(11)</sup>. Ya no será posible que nadie mejore, salvo que empeore la situación de otro (por ejemplo, quitándole un caramelo a otra persona). Estaremos entonces frente a una situación óptima, en términos de Pareto. Nótese que ello no implica que todos estén contentos. Algunos se han quedado con sabores que no les gustan. Sin embargo, dados los recursos existentes, se ha logrado la mejor asignación posible, maximizándose el bienestar individual y con ello el del grupo en su conjunto<sup>(12)</sup>.

El lector podrá advertir que el ejemplo no es otra cosa que una simplificación del funcionamiento de un sistema de mercado. En el mercado existe una determinada cantidad de bienes y servicios disponibles que son adquiridos por los consumidores a cambio del pago de precios o contraprestaciones. Es así como el mercado nos va llevando, paulatinamente, a situaciones más y más eficientes, a través de una serie de operaciones de intercambio. El resultado es una mejora paulatina en el bienestar general, consecuencia natural de la sumatoria de la mejora en los bienestar individuales.

Si todo funciona bien, el sistema de mercado se configura como la mejor manera de llegar, o al menos acercarnos todo lo posible, al Óptimo de Pareto. Bajo tal circunstancia, el rol del Estado casi se reduce a asegurar los derechos de propiedad (evitar el robo de caramelos) y hacer exigibles los contratos (hacer que quienes se comprometieron a cambiar caramelos cumplan sus promesas).

Si el Estado va más allá puede crear distorsiones. Si considera que quienes tienen caramelos de limón están equivocados por que los de fresa son más sabrosos (los de limón serían una suerte de «producto basura»), y por tanto impide a los amantes del limón entregar en intercambio sus caramelos de fresa, estará creando una distorsión que reducirá la posibilidad de los agentes involucrados de ganar en eficiencia. Si considerara que algunos de los ocupantes del cuarto son tontos y por ello no les permite participar en el intercambio

para evitar que sean víctimas de los inteligentes, estará también estorbando la eficiencia. Nótese que si en el mercado un consumidor elige comprar un «producto basura», debemos presumir que ello mejora tanto su situación como la del proveedor que se lo vende, salvo, claro está, que por alguna falla de mercado se esté produciendo una mala asignación de los recursos existentes, tal como analizaremos más adelante.

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

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

Quisiera iniciar esta discusión sobre el derecho de los contratos usando el primer concepto: esa noción utilitaria y kantiana que señala que resultados justos resultan de dejar a las personas hacer las cosas lo mejor que ellas puedan»<sup>(13)</sup>.

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

#### 4. LO QUE DIRÍA COASE.

Ronald Coase, el Premio Nobel de Economía en 1991, recibió tal galardón por desarrollar algunas

---

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

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

(13) SCHWARTZ, Alan. «Justice and the Law of Contracts: a Case for the Traditional Approach». En: Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol.9, No.1. p.107. Según indica el mismo autor en una nota a pie de página del texto citado, el utilitarismo justifica la autonomía de la voluntad en la contratación si uno acepta el punto de vista según el cual las personas son los mejores jueces sobre qué maximiza su utilidad, si es que consideramos que dicha utilidad se maximiza dejando a las personas celebrar los contratos que eligen. El pensamiento kantiano justifica la autonomía privada en la contratación porque sostiene que la autonomía de la persona debe ser respetada permitiéndose que aflore libremente. Un aspecto de esta autonomía es la realización de transacciones que una persona cree redundará en su bienestar.

herramientas metodológicas que permiten entender mejor cuál es el rol del Estado y las leyes en un sistema de libre mercado.

Uno de los problemas que podrían enfrentar los mercados, y en particular los contratos, para conducirnos a situaciones eficientes, son las llamadas fallas de mercado.

Regresando a nuestro ejemplo de los caramelos, pueden darse casos en que no es posible que el intercambio funcione plenamente. Si en lugar de existir 40 ocupantes en el cuarto, existieran 400,000 sería mucho más difícil que se llegue al Óptimo de Pareto. La habitación debería ser muy grande y estaría muy congestionada, de tal manera que llegado un punto, el poseedor de un caramelo de fresa, deseoso de cambiar su caramelo por uno de limón, tendrá dificultades para ubicar a aquel otro ocupante que detesta el sabor a cítrico. Puede ser que alguna persona no haya nunca probado un sabor o el otro, con lo que carece de información suficiente sobre si desea o no cambiar su caramelo. Podríamos no estar hablando de caramelos, sino de bienes más complejos, en los que es difícil conocer las características y como éstas se ajustan a las preferencias de cada uno, tales como automóviles, seguros de vida o medicinas.

Los ejemplos mencionados se refieren a un tipo particular de falla de mercado, la existencia de costos de transacción elevados, y que pueden ser entendidos como los costos que implica celebrar y ejecutar un contrato. Así, el número de agentes, la falta de experiencia de mercado o la complejidad o desconocimiento de las características de un bien pueden dificultar la contratación y con ello restringir la posibilidad del mercado de alcanzar la eficiencia. Esto puede desembocar o en la no celebración de contratos que serían eficientes o en la celebración de contratos en términos ineficientes.

Por ejemplo, los accidentes de tránsito no pueden resolverse previamente mediante un contrato, porque los costos de transacción son demasiado elevados entre todos los peatones y todos los conductores. En otros casos puede ser que exista un contrato, pero los costos no permitieron a las partes prever lo que era eficiente prever. Por ejemplo, puede ser difícil para un pasajero de una aerolínea de aviación prever en su contrato de transporte los términos de la responsabilidad de la empresa, simplemente porque los costos para gozar de información relevante sobre el riesgo que asume son muy altos (qué mantenimiento se ha

hecho al avión, qué tan bien entrenados están los pilotos, si la tripulación ha dormido lo suficiente la noche anterior, cuáles son las condiciones climatológicas, etc.).

Estos problemas pueden generar divergencias entre el costo privado y el costo social de una actividad (conocidos como externalidades)<sup>(14)</sup>. Así, la víctima de un atropello soporta parte del costo de la actividad de conducir automóviles, salvo que sea indemnizado por el conductor. El pasajero víctima de un accidente de aviación podría estar soportando un peso económico de la actividad aeronáutica en términos que no hubiera aceptado por el precio que pagó si hubiera tenido conocimiento adecuado del riesgo que asumió. En uno u otro caso la consecuencia será choferes o aerolíneas tomando menos precauciones de las que serían deseables, dado que no soportan el costo del íntegro de los daños que pueden causar y que dichos costos no se regulan o asignan mediante el sistema de precios.

Otro economista, Pigou, sostuvo que lo que corresponde hacer para resolver la divergencia entre el costo privado y el costo social es que se dé la intervención del Estado. Así, el Estado debe gravar con impuestos o prohibir actividades que generen externalidades a fin de corregir los defectos del mercado.

---

*“ El dejar que las personas  
decidan lo mejor para ellas  
constituye, además de un medio  
para mejorar la situación de la  
sociedad, un imperativo ético, por  
lo menos para quienes creemos en  
la libertad ”*

---

La similitud entre la tesis de Pigou y la de aquellos que reclaman una mayor actividad estatal para controlar los «productos basura» o de baja calidad es evidente. En el fondo, la tesis es que los consumidores son víctimas de externalidades generadas por una mala calidad de los productos. Se

---

(14) Para una mejor descripción de lo que son las externalidades revisar TORREZ LOPEZ, Juan.; Op.cit., pp.30-34, 60-61; COOTER y ULLEN.; Op.cit., pp.45-49, 116-117, 168-185, 343-344; DEMSETZ, Harold. «Hacia una Teoría General de los Derechos de Propiedad». En: Información Comercial Española, No.557, Enero 1980; COASE, Ronald. «The Problem of Social Cost». En: Journal of Law & Economics, 3.1-44. 1960.

genera así una divergencia entre el costo social causado por los productores de estos bienes, y que en parte es asumido por los consumidores, y el costo privado de la actividad productiva, que es asumido por el proveedor del bien o servicio. Ello conduce a que se produzcan más bienes y por ende más daños de los que son socialmente deseables. La similitud entre estas tesis nos lleva a concluir que quienes las defienden son «pigounenses», es decir seguidores (probablemente de manera involuntaria o sin saberlo) de la tesis de Pigou<sup>(15)</sup>.

Ronald Coase, quizás uno de los premios Nobel más importante de los últimos años, puso en evidencia los errores en las bases conceptuales de los «pigounenses». Según Coase es totalmente inexacto sostener que la divergencia entre el costo privado de una actividad y su costo social deba ser resuelta siempre a través de la intervención del Estado.

Coase sostiene que todo depende de la existencia o no de costos de transacción. En su trabajo más importante<sup>(16)</sup> diseñó las bases de lo que después se llamaría el Teorema de Coase. Este teorema tiene dos formulaciones que nos permiten entender la relación entre la internalización de externalidades (es decir la igualación del costo social con el costo privado de una actividad), los costos de transacción y el verdadero rol del Estado.

Según la primera formulación, si los costos de transacción son bajos, se llegará a la solución más eficiente, sin importar cuál sea la regla legal aplicable. Por ejemplo, veamos el caso de responsabilidad por productos defectuosos. Si una persona compra un producto con

el conocimiento de que le puede causar cáncer, entonces no importará la regla legal que se adopte para llegar a la solución eficiente. El hecho de que él conociera el riesgo equivale a afirmar que los costos de transacción respecto al riesgo de cáncer son bajos<sup>(17)</sup>. Si el consumidor valora el bien en S/. 100, el precio es de S/. 50 y la posibilidad de sufrir cáncer tiene un costo esperado de S/. 30<sup>(18)</sup> será eficiente que compre el producto pues los costos son inferiores a los beneficios. Si la regla legal fuera que el productor no es responsable por los daños que cause su producto, entonces el consumidor consideraría que el bien le cuesta S/. 80, es decir el precio más el riesgo de contraer cáncer, y por tanto lo consumiría. Si la regla legal fuera que el productor es el responsable de los daños, este trasladaría al precio la responsabilidad en que incurriría, con lo que el nuevo precio sería de S/. 80. El consumidor igual adquiriría el bien pues su costo es inferior a la valorización que tiene del mismo. Nótese que en ambos casos se llega a la solución eficiente<sup>(19)</sup>.

Si cambiamos la preferencia del consumidor llegamos también a un resultado eficiente con prescindencia de la regla legal. Si el consumidor sólo valorizara el bien en S/. 70 será eficiente que no compre un bien cuyos costos totales (S/. 80) superan sus beneficios (S/. 70). Si no hay responsabilidad, el consumidor bien informado añadirá al precio (S/. 50) el riesgo de cáncer (S/. 30), lo que arrojará un costo total de S/. 80 que lo desincentivará de comprar. Si el productor es responsable trasladará el costo de su responsabilidad al precio, el que terminará siendo de S/. 80. Nuevamente el consumidor no comprará porque el bien le cuesta más de lo que vale para él (que es sólo S/. 70).

---

(15) Para quienes consideran que el rol del Estado, a través de las agencias regulatorias, es el de reemplazar la decisión del consumidor, es importante recordar el nombre de uno de los más celebres «pigounenses» de la historia, el presidente de los Estados Unidos Franklin Delano Roosevelt y su celebre *New Deal*. Como nos recuerda Sunstein (Op.cit. p.6), las reformas del *New Deal* fueron el fundamento de la orientación que dio el gobierno a las agencias reguladoras en los Estados Unidos hasta la elección del presidente Ronald Reagan. Incluso durante los años 60's y 70's estas agencias creadas al amparo del *New Deal* se reforzaron o se multiplicaron, habiendo sido diseñadas «...para protegernos de los maltratos a la vida, a la salud y a la seguridad de los productos de consumo, los centros de trabajo y sobre todo el medio ambiente en general». Estas agencias norteamericanas nunca estuvieron sujetas a ningún análisis sobre los costos y beneficios de su acción. Los pigounenses parecerían buscar repetir la experiencia americana y convertir al INDECOPI o a otras entidades del Estado en agencias «newdealianas».

El enfoque regulador peruano es diferente. El INDECOPI fue creado para promover la competencia y por dicha vía garantizar el libre ejercicio de las facultades de elección de los agentes económicos, incluidos los consumidores. Su forma de actuación incluye un continuo análisis costo-beneficio de sus acciones. No es una agencia «newdealiana» o «pigounense», sino un ente orientado a promover la competitividad y el protagonismo de los proveedores y consumidores en el mercado.

Quizás el atribuir a Pigou todos estos males contiene un exceso de dureza. Podemos encontrar mayor responsabilidad por estos males en propuestas como las de Keynes. Sin embargo la referencia a Pigou persigue contrastarse con la visión de Ronald Coase, a las que nos adherimos, y que sugiere distinguir los casos en los que los costos de transacción son altos de los casos en los que tales costos son bajos.

(16) COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. Op.cit.

(17) Esto es que existe información adecuada que permita incorporar el riesgo al sistema de precios.

(18) Es decir, la posibilidad de sufrir cáncer multiplicada por la magnitud total del daño si sufriera de la enfermedad.

(19) Esta formulación del Teorema de Coase explica las bases conceptuales económicas de la autonomía privada, la libertad de contratar y la libertad contractual. La atmósfera contractual es una donde es de esperar que los costos de transacción sean bajos, pues las partes se conocen, pueden negociar entre ellas y obtener información relevante sobre el bien o servicio objeto del contrato.

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

Pero si la valoración del consumidor fuera de sólo S/. 70 las reglas pueden llevarnos a resultados distintos. Si no hay responsabilidad, el consumidor comprará el bien pues cree que sólo cuesta S/. 50 al no considerar el riesgo de S/. 30 que está asumiendo. El resultado es ineficiente, pues tenemos un consumidor asumiendo un costo de S/. 80 por un bien que sólo valoriza en S/. 70. Por el contrario la regla inversa, es decir que exista responsabilidad, sí nos lleva a una solución eficiente. Los S/. 30 de riesgo se sumarán al precio, con lo que el consumidor no comprará un bien que sólo valoriza en S/. 70. En tal supuesto (costos de transacción altos respecto del riesgo existente) la elección de la regla legal correcta sí hace la diferencia entre la eficiencia y la ineficiencia<sup>(20)</sup>.

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

El tema es entonces determinar si en el caso de los «productos basura» existen costos de transacción lo suficientemente altos como para justificar la intervención del Estado, o si las condiciones de mercado, mediante la experiencia de los consumidores, la información disponible y el proceso de ensayo-error continuo, nos llevarán a una solución adecuada. Si la mala calidad de un producto puede ser identificada y corregida por los

consumidores en el mercado, dados los bajos costos de transacción existentes, entonces la intervención de las autoridades estatales se hace innecesaria. Por el contrario, si los altos costos de transacción no permiten corregir el problema, sólo en dicho caso el Estado debe intervenir.

## 5. EL ENFOQUE DEL PROBLEMA DESDE LA DEMANDA Y DESDE LA OFERTA.

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

Pero si uno cambia la óptica de la pregunta puede comprender por qué los «pigounenses» pierden la perspectiva del problema. Si uno se pregunta: **¿Por qué los consumidores compran esos bienes?**; descubrirá que los problemas de oferta pobre pueden explicarse como consecuencia de una demanda pobre.

Nótese que estos productos de mala calidad son relativamente comunes en los mercados. A dichos mercados acuden una y otra vez los consumidores y vuelven a adquirir esos productos. ¿Quiere ello decir que los peruanos somos todos unos incautos a los cuales nos venden una y otra vez «un tranvía» y que no nos damos cuenta de ello?

Toda decisión de consumo está influida por dos variables: (1) la preferencia del consumidor y (2) la limitación presupuestaria.

---

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

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

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

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

El problema de los «productos basura» no es en principio un problema de oferta, sino de demanda. Estos productos existen porque existe un segmento de la población que los demanda y necesita. Si bien se dan ocasiones en las que ciertos proveedores actúan dolosamente, no puede considerarse que ello es la regla. El problema no es propiamente la calidad, sino la pobreza. Las reformas económicas llevadas a cabo buscan mejorar la situación del ingreso de los sectores más pobres, y una vez que se logren esos objetivos, seremos testigos de cómo irán desapareciendo o reduciéndose los volúmenes de producción de baja calidad<sup>(21)</sup>.

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

Regresamos entonces a lo que sugeríamos en nuestro artículo anterior:

«Si un consumidor adquiere un bien que requiere ciertas instrucciones mínimas de uso que no le son proporcionadas por el proveedor y, como consecuencia de ello, sufre un daño, la pregunta es quién debe asumirlo. La respuesta debe enfocarse por el lado de quién podría tomar precauciones a menor costo. Y en este caso los menores costos están vinculados a la disposición de la información relevante sobre el uso adecuado del bien. Evidentemente un proveedor, que tiene experiencia con el bien que fabrica, está en mejor capacidad para ordenar y procesar esa información y ponerla al acceso del consumidor por medio de un manual de instrucciones o una advertencia adecuada. En consecuencia, al hacerse responsable al proveedor por los daños ocasionados se estará generando incentivos para que se suministre dicha información al consumidor y se eviten así los daños que puedan ocurrir»<sup>(22)</sup>.

Más adelante, en el mismo artículo, se señala: «hay niveles de expectativa mínima cuyo cumplimiento debe verse satisfecho. Un lapicero que no escribe o un libro con páginas en blanco no es algo que ni el consumidor menor exigente podría aceptar, salvo claro está, que lo hubiera hecho conscientemente (para usar el lapicero como palito de tejer o el libro como cuaderno de notas). Pero esperar mucha calidad es algo que nuestro consumidor nacional no necesariamente hace.

Tampoco espera el consumidor una muerte segura por consumir un bien determinado (salvo que su intención sea suicidarse). Pero sí puede esperar asumir riesgos mayores por elegir productos con menos garantías»<sup>(23)</sup>.

Queda entonces claro que nunca hemos sugerido que los productos que puedan matar deban tener patente de corso. Lo que hemos establecido es que los casos de «productos basura» no necesariamente son consecuencia de engaños o estafas, sino de las propias condiciones de mercado.

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

---

(21) Un ejemplo bastante gráfico es el fenómeno que se viene dando en los supermercados en el Perú. Inicialmente, en 1992 sólo un 8% de la población compraba abarrotes en supermercados, mientras que el resto los compraba en distintos establecimientos. Estos productos son en términos de precios (cuando se compran en supermercados), más caros, pero brindan una mayor garantía. En 1996 esta cifra había aumentado a 13% lo que demuestra no sólo un cambio de preferencias, sino una mejora del ingreso de ciertos segmentos que permite pagar los costos adicionales de la garantía y la calidad. Por otro lado, las ventas de las cadenas de supermercados aumentaron, de 1992 a 1996, en 200% aproximadamente. Esto refleja la mejora de los ingresos en ciertos segmentos de la población. (Crf. Agenda SAE-Servicio de Asesoría Empresarial. Lima: Apoyo, setiembre, 1996. p.A.9).

(22) BULLARD, Alfredo. ¡Lo que no mata engorda...; Op.cit. p.110.

(23) Ibid.; p.112.

«Las objeciones normativas a ejecutar contratos celebrados por consumidores informados de manera imperfecta son generalmente injustificadas cuando tales contratos se refieren a bienes intercambiados en mercados competitivos. Una decisión para intervenir regulando los contratos o requiriendo se suministre más información no puede, en consecuencia, sustentarse en la demostración de que un número apreciable de consumidores se encuentran desinformados; por el contrario, la pregunta normativa debería ser cuándo la existencia de información imperfecta produce precios y términos no competitivos»<sup>(24)</sup>.

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

«El análisis suele fallar en establecer directivas a quienes deben tomar las decisiones legales sobre cuáles son las ocasiones y métodos apropiados de intervención legal, y se focaliza de manera incorrecta en individuos antes que en los mercados en los que estos compran»<sup>(25)</sup>.

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

De manera similar se pronuncian Beales, Craswell y Salop al indicar que:

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

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

formas en las que los consumidores (y los mercados) responden»<sup>(26)</sup>.

En los puntos siguientes demostraré que no existen razones para pensar que los productos basura están funcionando en mercados que no son competitivos. Por el contrario, los problemas detectados son consecuencia de una situación de ingresos reducidos y no de costos de transacción significativos.

## 6. CONTROL DE PRECIOS Y CONTROL DE CALIDAD.

Quienes defiendan que corresponde al Estado vigilar y establecer la calidad adecuada de los bienes no difieren de quienes sugieren que el Estado controle los precios de bienes y servicios.

Privar a las personas de su posibilidad de elegir y fijar precios en el mercado es una limitación inaceptable a la libertad de las personas. Pero además el control de precios nos conduce a la ineficiencia, alejándonos del camino hacia situaciones óptimas en términos de Pareto.

Los controles de precios eran implicantes con la calidad de los productos. A precios controlados las opciones del productor eran o dejar de producir por no poder cubrir los costos de producción al precio fijado (con la consiguiente escasez, colas y otros males por todos recordados) o producir recortando costos, en especial en la calidad de los productos. Por eso el Estado terminaba también controlando la calidad en su absurdo afán de ofrecer siempre buenos productos a precios bajos. Ello desembocaba en subsidios y los subsidios en inflación. La consecuencia final fue malos productos a precios altos. La realidad sólo sirve para verificar este razonamiento.

Pero al querer controlarse la calidad se cae exactamente en la misma absurda contradicción, sólo que al revés. Si el Estado exige mayor calidad, esto implicará mayor inversión y gasto por parte del productor. Ello desemboca en mayores precios de los bienes. La secuencia lógica sería entonces que se controle el precio para poder ofrecer productos buenos a precios bajos. De lo contrario se condenaría a los más pobres al no consumo o al consumo clandestino de productos prohibidos. Si el Estado quiere seguir con el juego sólo le queda subsidiar la producción para financiar la calidad que exige, generar inflación y esperar que el cuento se repita. Es el mismo proceso, sólo que iniciado por el

---

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

(25) Ibid.; p.635.

(26) BEALES, CRASWELL y SALOP. Op.cit., p.491.

extremo contrario. El control de precios y el control de calidad son las dos laderas del mismo valle y nos llevan por tanto al mismo sitio.

## 7. LOS PRODUCTOS COMO «PAQUETES DE ATRIBUTOS».

Normalmente, cuando uno compra un bien está en realidad comprando un «paquete de bienes» o, más precisamente, un «paquete de atributos». Bajo tal perspectiva, la mayoría de bienes ofrecidos en el mercado son en realidad bienes complejos, formados por un conjunto de atributos deseados por los consumidores<sup>(27)</sup>.

Los productores «empaquetan» esos bienes según las preferencias y limitaciones presupuestarias de los consumidores. Por ejemplo, cuando uno compra un automóvil está en realidad comprando un paquete de bienes y atributos. La carrocería, la potencia del motor, el nivel de consumo de gasolina, la calidad de los acabados, las llantas y otros elementos que son agrupados por el proveedor según el segmento del mercado (grupo de consumidores) al que quiere llegar. Así hay autos deportivos, autos seguros para accidentes, autos compactos, autos de lujo, autos usados, etc. Cada uno constituye un paquete de atributos distinto. A veces ciertas características se incorporan al paquete solo cuando el consumidor lo solicita: el *sunroof* o la parrilla en el techo de un auto no vienen en los modelos estándares. Ello por que no suficientes consumidores desean tales elementos, por lo que si se incorporaran a los modelos estándares subiríamos el precio al añadir en el paquete bienes o atributos algo que los consumidores no valorizan tanto como el nivel al que sube el costo.

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

Otros atributos que se «empaquetan» son las calidades y los términos de los contratos (garantías, responsabilidades de los productos, ofertas, etc.). Uno

puede comprar un carro con garantía (el paquete estándar de un auto nuevo suele incluir una, aunque los términos entre un ofertante y otro pueden cambiar) o comprar una garantía por separado (contrato de garantía o de seguro, etc.).

Como bien señalan Holdych y Mann:

«Los productos tienen atributos incorporados a ellos sólo cuando los compradores valorizan tales atributos por encima del costo para el vendedor de producir tales atributos. En cuanto los compradores marginales entren al mercado y demanden las características de un atributo, el mercado proveerá tales atributos para todos los compradores del producto. Todos los compradores recibirán el atributo incluyendo a aquellos compradores que no lo conocen o no lo valorizan. Quienes adquieren casas en barrios con «mejores» escuelas, por ejemplo, pagan por ese atributo, incluso si no tuvieran hijos en edad escolar. Los no fumadores pagan por encendedores en sus carros, incluso si nunca han abierto un cenicero. El comprador de un paquete de *software* de procesador de texto paga por el *thesaurus*, el corrector de ortografía y otros aditamentos, sea que no conozca o no quiera utilizar una de estas funciones»<sup>(28)</sup>.

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

---

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

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

(28) Loc.cit.

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

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

«El precio de un producto depende del paquete de atributos incorporados en el producto. El mercado establecerá cualquier precio de un producto de manera tal que la valoración o utilidad subjetiva del potencial comprador sea igual o mayor que el valor de cualquier otro paquete alternativo (costo de oportunidad), sea que el comprador prefiera o no todos los atributos en el paquete comprado. En adición, el precio pagado por el comprador es igual o mayor al costo de empaquetar los atributos en el producto en cuestión»<sup>(29)</sup>.

Más adelante los mismos autores señalan:

«El precio de mercado de un producto es un índice que refleja la cantidad de atributos en un *ítem* particular. Un lapicero tiene un precio superior a otro porque tiene más atributos; una casa vale más en el mercado porque su paquete de atributos trae más satisfacción que una en apariencia casa «similar»; el mero prestigio de un automóvil incrementará su precio en el mercado. A pesar de que el precio de un producto en el mercado mide el valor de los atributos incorporados en el producto, **el mercado refleja el cambio en las demandas de los consumidores y en el costo de producción a través del ajuste tanto del precio del producto como de la conformación de los paquetes de atributos en los productos.** Por ejemplo, durante los años 70s y los años 80s, los fabricantes norteamericanos de automóviles cambiaron los paquetes de atributos de estos

bienes ofreciendo garantías más amplias, más seguridad y otros accesorios»<sup>(30)</sup>.

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

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

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

«Un proveedor en búsqueda de maximizar su ingreso neto incluirá en el formato estándar aquellos términos que sean necesarios para atraer suficientes compradores como para que el proveedor venda en número óptimo de bienes, una cantidad en la que el ingreso marginal del vendedor sea igual al costo marginal»<sup>(31)</sup>.

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

No se necesita mucha inteligencia para entender qué pasaría si la ley, el INDECOPI, o cualquier otra

---

(29) Ibid.; p.791.

(30) Ibid.; p.792.

(31) Ibid.; p.815.

autoridad impusiera o forzara a incluir algún atributo adicional simplemente por el hecho de considerar, por sí y ante sí, que éste será bueno para los consumidores. Holdych y Mann analizan las razones por las que un productor puede decidir (o eventualmente verse forzado) a incorporar un determinado atributo al producto:

«La razón de que un producto esté compuesto de un paquete determinado de atributos sería una función tanto de la tecnología disponible como de restricciones legales. Los vendedores empaquetan atributos en el producto cuando esto reduce costos. Cuando el comprador va a pagar más por el producto con el atributo que sin él y cuando el incremento de precio es mayor que el costo para el vendedor de añadir el atributo al paquete, el vendedor suministrará el atributo como parte del producto. Cuando los compradores pueden añadir el atributo ellos mismos a un costo menor del que puede generar su inclusión por el vendedor, sea por una ventaja comparativa en costos o porque muy pocos compradores estarían dispuestos a pagar por la acción del vendedor, entonces los compradores adquirirán el atributo de manera separada. (...) En otras instancias, **como consecuencia de políticas del Estado, los vendedores no pueden desempacar el atributo del producto. Por ejemplo, productos irracionalmente peligrosos deben ser vendidos con seguro para accidentes. Ver el *Restatement (second) of torts*, sección 402A (1965) (estableciendo la responsabilidad de los vendedores de productos por los daños físicos a los usuarios o consumidores)** (...) En ambos casos, sea incorporado al producto o comprado por separado, **el comprador paga por el atributo**»<sup>(32)</sup>.

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

menor calidad. Como no pueden hacerlo por la vía de la competencia, porque los consumidores efectivamente desean «paquetes» más modestos, pretenden que sea el Estado el que lo haga<sup>(33)</sup>.

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

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

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

Como bien dicen Schwartz y Wilde:

«Es generalmente aceptado (...) que la información nunca es perfecta; el reto para quienes toman decisiones legales es, entonces, definir en función de la necesidad de intervenir, estados que se presentan en la realidad concreta y que son intermedios entre la información perfecta y la ignorancia perfecta. Estas decisiones son ahora adoptadas -en lo que puede ser descrito, diplomáticamente hablando- como una manera “impresionista” de tomar decisiones, porque los abogados no tienen herramientas rigurosas para evaluar y responder a problemas de información»<sup>(34)</sup>.

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

---

(32) Ibid.; p.791, nota 42.

(33) Como ya se ha dicho antes (nota infra) hemos sido muchas veces testigos de acciones competitivas por parte de productores de bienes de calidad superior. En bien montadas campañas de publicidad han mostrado a los consumidores laventajas de sus productos frente a otros de menor calidad. Esa es una estrategia correcta. Si se informa al consumidor de una ventaja y del valor de la misma, es posible que éste cambie sus preferencias si valoriza la diferencia suficientemente. Pero si un consumidor, viendo dicha publicidad, desea seguir consumiendo el producto más barato, no es correcto solicitar al Estado que saque a su competidor del mercado.

(34) SCHWATRZ y WILDE. Op.cit, p.630.

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

«Algunos consumidores consultan una serie de fuentes de información, como periódicos, amigos o reportes de consumidores, visitan numerosas tiendas antes de comprar y planean sus compras durante largos periodos de tiempo; otros consultan pocas o ninguna fuente de información, y no realizan ningún planeamiento previo serio. Pero un tercer grupo, aparentemente más grande que los otros dos, se involucra en una búsqueda moderada»<sup>(35)</sup>.

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

La evidencia empírica existente y el análisis de los funcionamientos de los mercado indican que la mayoría de los individuos actuamos racionalmente, esto es, ponemos los recursos a nuestro alcance de aquella manera que consideramos maximiza nuestra utilidad. Si fuera cierto que la mayoría de consumidores se equivoca, entonces más de la mitad de la población habría fallecido o sería inválida, teniendo en cuen-

ta que la mayoría compra en el Perú productos de baja calidad. Ni siquiera es serio sostener que exista una minoría significativa en tal situación. La concurrencia masiva de los consumidores a estos mercados, luego de haber comprado previamente en ellos y probado las calidades y características de los bienes que en ellos se venden, sólo indica que encuentran que, en la inmensa mayoría de los casos, los bienes adquiridos fueron satisfactorios para sus expectativas a la luz de lo que habían pagado por ellos.

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

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

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

La teoría (y la práctica) indican que los primeros, así sean minoría, están en capacidad de llevar el mercado a su equilibrio, es decir, a un punto en que las expectativas agregadas de los consumidores coinciden con las expectativas agregadas de los ofertantes<sup>(36)</sup>.

Los «buscadores» y los «pasivos» no se ven diferentes en el mercado. No llevan su forma de ser impresa en la cara ni en un *fotocheck*. Son personas como cualquier otra<sup>(37)</sup>. Por tanto, cuando se formula una oferta, o se ofrece una determinada calidad, le es difícil al proveedor saber si se enfrenta a alguien informado o

---

(35) Ibid., p.637.

(36) Los mismos Schwartz y Wilde no proponen un modelo matemático para medir la capacidad del mercado de generar un ambiente competitivo (Op. cit., pp.650-651): «Si  $A1$  = número de consumidores que visitan sólo una tienda;  $A n$  = número de consumidores que visitan más de una tienda;  $n$  = número de tiendas que cada consumidor que compara ha visitado;  $F$  = los costos fijos de cada empresa (incluyendo el retorno de su inversión);  $s$  = la «restricción de capacidad» o nivel de producción que minimiza el costo promedio;  $PL$  = el precio común límite;  $i$  = el costo marginal de cada empresa. Existirá un equilibrio competitivo si, y sólo si  $An \neq (A1 + An) (1 - (F \neq (s(PL - i))))$ ; un equilibrio con un punto de masa a un precio competitivo puede existir si, y solo si  $nAn \neq (A1 + nAn) > 1 - (F \neq (s(PL - i))) > An \neq (A1 + An)$ ; y una distribución continua del precio puede existir sólo si  $nAn \neq (A1 + nAn) 1 - (F \neq (s(PL - i)))$ ).

(37) Es curioso apreciar como en ciertos casos las personas sí pueden ser identificadas como pasivos o desinformados. Ese es el caso de los turistas, en especial los que no hablan español. Cuando acuden a mercados son identificados como tales y se les ofrecen precios y condiciones diferentes. Ello se debe a que, normalmente, los turistas no disponen de mucho tiempo para comprar y, sobre todo, a que no son compradores recurrentes, con lo que dejar una buena impresión (precios bajos por ejemplo) no genera relaciones de clientela sólidas para el futuro. Por ello la estrategia de venta del artesano cambia respecto a la estrategia que seguiría con un consumidor doméstico.

simplemente frente a un descuidado. A fin de capturar la mayor cantidad de clientes, tenderá a ofrecer los mejores términos y condiciones posibles al precio que se desea pagar. No es posible discriminar entre los buscadores y los pasivos a simple vista, con lo que la posibilidad de explotar a los segundos se mediatiza por la simple existencia de los primeros<sup>(38)</sup>.

Según estudios empíricos de Bucklin, Newman y Staelin, citados por Schwartz y Wilde, se puede concluir que aproximadamente un porcentaje de 35% de los consumidores visitan dos o más puestos de venta antes de comprar en los Estados Unidos<sup>(39)</sup>. Debe destacarse que si bien se trata de estudios referidos a un mercado distinto, es de esperar que consumidores de menores ingresos como los peruanos, inviertan más tiempo y energías en buscar. Pequeñas diferencias de precio, calidad o términos comerciales pueden liberar un porcentaje importante de su presupuesto reducido para cubrir necesidades básicas. Puede por ejemplo, significar la diferencia entre que toda la familia pueda tomar desayuno o que sólo una parte de ella lo haga. Estos casos ocurren en la pobreza más aguda. Por tanto, el rendimiento en bienestar de un resultado positivo para el consumidor en la búsqueda es mayor en términos comparativos. Ello nos conduce a esperar que en los consumidores peruanos de bajos ingresos la búsqueda sea aun más generalizada que en el caso estadounidense.

Sería absurdo pensar que quienes venden productos de baja calidad tienen en sus locales productos con atributos adicionales para los buscadores y con atributos menores para los pasivos y vendan ambas categorías al mismo comprador. Los mercados no fun-

cionan así. Menos aún cuando el vendedor puede regresar luego de probar o experimentar con el producto. Quien quiera sistemáticamente engañar a los consumidores, perderá negocios futuros, pues se puede engañar a algunos todo el tiempo o a todos por un tiempo, pero no se puede engañar a todo el mundo todo el tiempo.

La idea de que no es posible engañar a los consumidores porque estos tienen incentivos para obtener información de diversas fuentes es desarrollada claramente por Beales, Craswell y Salop:

«Para satisfacer esta demanda, diversas formas de información han aparecido en la economía. Los consumidores producen ellos mismos información durante sus compras a partir de inspecciones directas de los atributos de los bienes. Estos atributos pueden ser deseados por su valor de consumo, su utilidad como señales de la existencia de otros atributos no observados, o ambas cosas a la vez. Información obtenida por experiencias posteriores influye en las decisiones de compra y es esencial en la construcción de señales (...).

Los incentivos económicos para que los consumidores adquieran información son muy fuertes. El incremento en la eficiencia de las decisiones de compra son equivalentes a incrementos en el ingreso real y, dada la diversidad de opciones disponibles en una economía moderna, la mejora en las elecciones puede llevarnos a grandes ganancias»<sup>(40)</sup>.

Un claro caso en que se puede apreciar la capacidad de los consumidores de corregir errores incluso frente a información claramente engañosa fue el resuelto por la Resolución No. 072-96-CCD de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI. El caso

---

(38) En el mismo sentido se pronuncian Schwartz y Wilde (Op.cit., p.638) cuando señalan que: «La presencia de por lo menos alguna búsqueda por parte de los consumidores en el mercado crea la posibilidad de una "externalidad pecuniaria": personas que en ocasiones buscan protegen a los que no buscan de empresas agresivas. Este resultado se puede obtener porque en transacciones masivas suele ser demasiado caro para las empresas distinguir entre consumidores agresivos, moderados y despreocupados. (...) En consecuencia, si existen suficientes buscadores las empresas tendrán incentivos tanto para competir por sus negocios, como para ofrecer los mismos términos a los no-buscadores. Cuando las preferencias de los buscadores están positivamente correlacionadas con las preferencias de los no buscadores, la competencia entre las empresas por los buscadores tenderá a proteger a todos los consumidores. En este sentido, el análisis convencional hace la pregunta equivocada. En lugar de preguntarse cuándo un individuo idealizado está suficientemente informado como para maximizar su propia utilidad, la pregunta normativa apropiada es cuando la competencia entre las empresas por grupos particulares de buscadores es, en un mercado dado, suficiente para generar precios y términos óptimos para los consumidores».

George Priest («A Theory of the Consumer Product Warranty». En: The Yale Law Journal, Vol.90, No.6, Mayo, 1981. p.1347) sostiene algo muy parecido: «(los) fabricantes compiten no sobre la totalidad de los consumidores, sino por un grupo de consumidores marginales. Si un grupo pequeño lee las garantías y escoge los productos en función al contenido de las garantías, los fabricantes se verán forzados a redactar garantías que respondan a las preferencias del grupo, incluso si la mayoría de consumidores generalmente se despreocupan de las garantías». Si bien Priest hace referencia a la forma como se establecen las garantías como uno de los atributos que se puede estar ofreciendo, lo dicho es perfectamente aplicable a los demás atributos del producto, incluidos los atributos necesarios para que el producto deje de ser considerado como uno «basura».

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

(39) SCHWARTZ y WILDE. Op.cit, p.653.

(40) BEALES, CRASWELL y SALOP. Op.cit., pp.501-502.

Fabril y Nicolini vs. Transcontinental y Publicitas consistía en una denuncia planteada contra el proveedor del arroz «Costeño Graneadito» embolsado<sup>(41)</sup>. Este proveedor había difundido una publicidad en la que anunciaba que tres cuartos de kilo de su arroz rendía más que un kilo de arroz a granel. Luego se demostraría que tal afirmación era falsa, pues los estudios en que se basaban carecía de sustento técnico, mientras que tres estudios más completos y detallados mostraban que no existía tal capacidad de rendimiento.

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

Sin embargo, en unas cuantas semanas la población fue cambiando nuevamente sus preferencias hacia otros arroces embolsados. Los consumidores habían advertido, sin necesidad de hacer los complejos análisis técnicos presentados en el expediente, que el rendimiento ofrecido no era tal. Si bien el arroz embolsado rendía más que el arroz a granel, tres cuartos de kilo no superaban en rendimiento a un kilo. Los consumidores además, no regresaron al granel (como era de esperarse), sino que giraron a otras marcas de arroz embolsado, corrigiéndose así el defecto inicial de información. La razón del mayor rendimiento es aparentemente la bolsa. Al estar embolsado, el arroz absorbe menos humedad, con lo que su rendimiento final aumenta. Ello no ocurre con el arroz a granel. Nótese además que la promoción del arroz estuvo dirigida principalmente a consumidores de bajos ingresos.

Si estos consumidores pudieron advertir en relativamente poco tiempo que el rendimiento no era el ofrecido y que existía una relación entre dicho rendimiento y el embolsado, cabe preguntarse entonces cómo es posible sugerir que no se podrá corregir otros defec-

tos por una calidad distinta a la esperada, el riesgo a su salud o la poca duración del bien.

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

«En situaciones en donde los vendedores no mienten, el único problema es cuánta verdad van a decir. En particular, si un vendedor tiene un producto malo, si no dice nada, ¿llevará ello a los consumidores a creer que su producto es de una calidad promedio? ¿Podrá la selección adversa por el vendedor de baja calidad sacar del mercado a los vendedores de mejor calidad? Si el mercado es competitivo es evidente que ese no será el caso. Si existe libre entrada de vendedores, entonces el buen vendedor proporcionará información al mercado para distinguirse del mal vendedor. Si cualquier buen vendedor debe enfrentarse a los malos vendedores como consecuencia del silencio de estos deberá decir a los consumidores cuál es la calidad de su producto, entonces el buen vendedor puede a bajo costo informar sobre su calidad y ser distinguido, obteniendo así un precio mayor»<sup>(42)</sup>.

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

Lo que la cita de Grossman nos demuestra es que quienes vendan productos de mayor calidad intentarán convencer a los consumidores que la diferencia vale el precio adicional, sea mediante publicidad o el ofrecimiento de garantías contractuales<sup>(43)</sup>. Si luego de advertido ello por el consumidor, éste insiste en com-

---

(41) Resolución 072-96-CCD en el expediente No.039-96-CPD y 076-96-CCD, publicado en el diario oficial «El Peruano» el día 31 de enero de 1997.

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

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

prar el producto barato, sólo nos está indicando que es consciente de que está adquiriendo un paquete de atributos menor, determinado por las variables que son sus preferencias y sus limitaciones presupuestarias.

El propio Grossman nos explica este efecto:

«si el vendedor ofrece menos que una garantía plena, consumidores con expectativas racionales concluirán que los están tratando de engañar sobre la calidad del producto. Todo consumidor sabe que es óptimo, en términos de Pareto, que un vendedor le venda el bien al precio de reserva del consumidor con una garantía plena. En consecuencia, un vendedor sólo ofrecerá menos que una garantía completa si esto hace que la posición del vendedor mejore respecto a la situación en la que se encontraría si brindara la garantía total. Pero ello haría que el consumidor estuviera peor a como estaría si recibiera una garantía completa. Pero ello daría al consumidor menos que su precio de reserva, por lo que no se perfeccionaría la compra»<sup>(44)</sup>.

Siguiendo el mismo razonamiento, si una persona acude a un mercado y compra un producto sin garantía contractual (como normalmente ocurre cuando uno compra los llamados «productos basura») está recibiendo una clara señal negativa sobre su calidad: es fácil percibir que el paquete de atributos referidos a la calidad de este bien difiere de los que se incluyen en un bien que se vende con garantía.

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

Así, si  $P_g$  = el precio que el consumidor estaría dispuesto a pagar con la calidad adicional;  $P_n$  = el precio que el consumidor estaría dispuesto a pagar por el mismo bien sin la calidad adicional;  $C_g$  = costo marginal del producto con la calidad adicional y  $C_n$  = costo marginal del producto sin la calidad adicional,

tendríamos entonces que la valorización del consumidor de la calidad adicional es igual a:

$$P_g - P_n$$

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

$$C_g - C_n$$

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

$$P_g - P_n > C_g - C_n$$

Por el contrario no se añadirá la calidad adicional si:

$$P_g - P_n < C_g - C_n \text{ (45)}$$

Los precios y las calidades no son pues simple consecuencia del azar o de la casualidad. Tampoco son, de ordinario, consecuencia de las delictivas intenciones de bandas de criminales. Son por el contrario consecuencia de la íntima relación que existe entre el costo marginal de producir un paquete de atributos y el deseo y la posibilidad del consumidor de pagar tal costo marginal.

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

Según nuestra posición, el problema general de los productos de mala calidad se deriva de las condiciones de la oferta y la demanda, en otras palabras, estos productos son la respuesta natural (y eficiente en términos del uso de los recursos escasos) a los bajos niveles de ingresos existentes. La única manera de lograr una mejoría, que sin duda es deseable, es aumentando los niveles de ingresos de la población que consume dichos productos. No se descarta que puedan darse engaños y estafas, pero estos no son el

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

(45) Las fórmulas propuestas son una simple derivación de las propuestas por Schwartz y Wilde en «Imperfect Information in Markets for Contract Terms: the Examples of Warranties and Security Interest». En: Virginia Law Review. Vol.69. p.1413. Estos autores señalan sobre el particular: «El deseo de un consumidor de pagar por la protección de una garantía es la diferencia entre el precio máximo que el consumidor pagaría por el producto con la garantía y el precio máximo que pagaría el consumidor sin una garantía. Si esta diferencia es menor al costo marginal de la empresa de ofrecer la garantía, no se ofrecerá ninguna garantía. Esto es porque la empresa puede inducir al consumidor a tomar la garantía sólo ofreciéndole ésta a menos de su costo marginal, y una empresa que maximiza beneficios no haría ese tipo de operaciones».

centro del problema. Combatiendo esos engaños no van a desaparecer los «productos basura». El rol del Estado se centra entonces en mejorar la información disponible y no es controlar la calidad de los productos para decidir cual es la que deben querer los consumidores.

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

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

Los actos de fraude, conocidos en la jerga de los reguladores norteamericanos como los *hit and run* (pega y corre) son un fenómeno totalmente distinto al de los «productos basura». Se trata de personas inescrupulosas que entran en un mercado, colocan sus productos y desaparecen, pues saben que no tendrán éxito en el largo plazo. Contra ellos hay que realizar investigaciones casi policíacas para detectarlos y sancionarlos y, las autoridades, incluido el INDECOPI, llevan a cabo continuamente acciones de fiscalización contra ellos<sup>(46)</sup>. Lo mismo se hace con la falsificación de marcas u otras

formas de propiedad intelectual, claros actos de fraude en las que el rol del INDECOPI es reconocido e indispensable como hemos indicado en un trabajo anterior<sup>(47)</sup>.

Un estudio reciente de Apoyo demuestra que los consumidores, en especial los de bajos ingresos, están plenamente conscientes de los riesgos que implica la compra de productos de baja calidad. Así indican que saben que:

«en los ambulantes no pueden reclamar (...). La mayoría reconoce que saben el riesgo que están corriendo y, por lo tanto, se resignan si fueron engañados. En estos casos funciona una lógica donde se asume que se está pagando muy barato por algo que, asumen, se puede malograr, estar fallado, etc. (...) la mayoría de personas son conscientes de los riesgos que toman al momento de comprar en ambulantes, en un lugar de prestigio dudoso o productos de contrabando o «piratas». Hay consenso en mencionar que se compra en esos lugares por el precio (principalmente los sectores más bajos). Saben que la probabilidad de engaño es alta pero consideran que por lo bajo del precio, se justifica el riesgo»<sup>(48)</sup>.

Lo que sí les preocupa a los consumidores es cuando adquieren un producto en un local formal y éste no tiene una calidad adecuada<sup>(49)</sup>. En el mismo sentido se pronuncia una encuesta de Imasen, publicada en la revista «Trizia», que indica que el consumidor capitalino se inclina por el comercio ambulatorio porque considera que vende más barato que las tiendas, aunque reconoce que los ambulantes no ofrecen productos de la misma calidad. A una conclusión similar se llega respecto de la compra de electrodomésticos en ambulante, a pesar de que no ofrecen garantías<sup>(50)</sup>.

---

(46) La unidad de fiscalización del INDECOPI es la encargada de llevar a cabo operativos periódicos destinados a apoyar la labor de los distintos órganos funcionales, en coordinación con estos últimos y con distintos organismos estatales. Del total de operativos realizados durante 1996, el 52% estuvo orientado a la fiscalización de la imitación de los diversos componentes que integran la propiedad industrial. Un aspecto que fue muy importante durante el año pasado, fue el programa «Ambulanza», destinado a que el consumidor pueda verificar comparando el peso medido en la balanza del vendedor, (en el peso de la balanza puesta por el Indecopi) si las balanzas que se utilizan en los distintos mercados de expendio de productos a granel, indicaban el peso real del producto, y por tanto el precio que corresponde. Los resultados de este operativo fueron los siguientes: Del universo de mediciones llevadas a cabo (6,181), el 46% de las balanzas arrojaban un peso no acorde con el peso real del producto adquirido. Cabe resaltar que los sectores Cy D de la población han concentrado el 64% de las mediciones efectuadas.

(47) «El problema que plantean los 'productos bamba', es el uso ilegítimo de elementos de propiedad industrial sin autorización de los titulares correspondientes (...) la acción de las autoridades en tal supuesto se justifica en la defensa de tal derecho, (...) normalmente, los 'productos bamba' generan confusión en el consumidor que muchas veces no puede distinguirlos de los productos legítimos (...) la acción del Estado no se basa en estos casos en la calidad o no del producto sino en la defensa de un signo distintivo, por una parte, y en el suministro de información inexacta al consumidor, por la otra». (BULLARD, Alfredo. «Lo que no mata...». Op.cit., pp.109-110).

(48) «Imagen y Actitudes hacia INDECOPI» Lima: Apoyo, julio-agosto de 1996, pp.15-16.

(49) Ibid., pp.14-15.

(50) «La Otra Cara del Consumidor». En: Trizia, Magazín de Actualidad. Año1, No.2. p.8.

## 9. EL PESIMISMO DE LOS CONSUMIDORES.

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

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

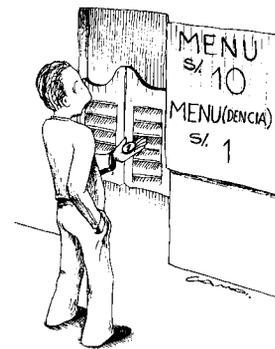
Contra lo que está implícito en quienes llaman a los consumidores incautos, las evidencias teóricas y empíricas existentes indican que los consumidores son pesimistas, antes que optimistas, y que tienden a esperar de los productos menos de lo que los productos son en realidad.

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

consumidor común tiene una imagen positiva del producto. Podrán entonces vender un «producto basura» al precio de un producto mejor. Venderán entonces «gato por liebre» más fácilmente.

Pero si los consumidores son pesimistas la situación será otra. Ante el silencio total del proveedor creerán que el producto es malo. Ello pone al proveedor en una situación difícil. Si su producto es bueno tendrá que hacer un tremendo esfuerzo para atraer a los consumidores: publicidad, demostraciones, etc.<sup>(51)</sup>

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



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

(51) Esto ya ha sido claramente sugerido por Schwartz («Justice and the Law of Contracts...» Op.cit., p.113.) Incluso, en otro trabajo («Proposals for Liability Reform: A Theoretical Synthesis». En: The Yale Law Journal, Vol.97, No.3, Febrero de 1988. p.374), sugiere algunas fórmulas para determinar los supuestos bajo los cuales los consumidores son optimistas o pesimistas. Según Schwartz si:

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

$C^*$  = costo real del defecto.

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

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

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

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

$R < R^*$

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

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

(2)  $C > C^*$  pero  $p < p^*$  por suficiente como para dominar cualquier sobrestimación de los costos del defecto; o

(3)  $p > p^*$  pero  $C < C^*$  por suficiente como para dominar cualquier sobrestimación de las posibilidades de que se de una pérdida.

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

un negocio<sup>(52)</sup>. Un consumidor pesimista, que sigue consumiendo un producto de mala calidad, sólo nos demuestra una cosa: que es consciente del tipo de bien que tiene entre manos.

Para demostrar cuál es nuestro punto voy a proponer al lector un ejercicio mental que demuestra cómo solemos comportarnos ante situaciones de incertidumbre (es decir, cuando carecemos de información adecuada sobre cuál es el «paquete de atributos» que nos está ofreciendo el proveedor)<sup>(53)</sup>:

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

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

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

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

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

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

Evidentemente pueden darse casos en que el consumidor dice que existen por lo menos tres manzanas y en la caja no hay ninguna. Pero eso es un problema que se resuelve de manera distinta a prohibir la venta de manzanas. Para quienes han criticado nuestra propuesta, posiblemente prohibir la venta de manzanas es lo más fácil. Pero esa es la alternativa equivocada. En casos como estos, el problema se debe resolver por el lado de garantizar información adecuada, no de prohibir la venta del producto. Debe mantenerse el derecho del consumidor a elegir.

Como bien anota Grossman, existe una suerte de selección adversa en contra del vendedor que no revela claramente los atributos que tiene su bien. Los consumidores esperan, racionalmente, que la calidad del bien sea la peor posible en relación a la información que le pueda proporcionar el vendedor. El vendedor, conociendo esta conducta de los consumidores, es decir la de pagar el menor monto posible relacionado con la calidad revelada, encuentra óptimo revelar la máxima calidad posible consistente con la verdad<sup>(54)</sup>. ¿Cuáles son las causas de este «pesimismo natural»? En realidad las causas pueden ser muy diversas. Schwartz y Wilde sugieren algunas ideas sobre el particular:

«los errores del consumidor probablemente tenderán hacia el pesimismo porque la evidencia nega-

---

(52) Estas razones fueron recogidas de alguna manera en la Resolución No.053-96-TRI/SDC de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI que resolvió la acción de oficio seguida contra Liofilizadora del Pacífico S.R.Ltda y otros por la publicidad del producto «Manaxx Gold», publicado en el diario oficial «El Peruano» el día 3 de Octubre de 1996. En dicha Resolución se estableció un precedente de observancia obligatoria según el cual, al apreciar el análisis superficial que según el artículo 2 del Decreto Legislativo 691, Ley de Supervisión de la Publicidad en Defensa del Consumidor, hace el consumidor, debe considerarse que «...los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor le atribuirá, al sentido común y usual de las palabras, frases u oraciones, y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor. **Esto debe hacerse sin dejar de considerar que el consumidor asume, frente al anuncio, una posición prudente antes que ingenua al considerar las expresiones en él contenidas como un testimonio de parte de quien pretende inducirlo a consumir un bien o servicio...».**

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

(53) El ejercicio que se desarrolla a continuación es una simple adaptación del razonamiento que propone Grossman (Op.cit., p.466).

(54) GROSSMAN. Op.cit., loc.cit.

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

Como consecuencia de lo vivido, que es mucha de la información sobre fallas en los productos, y la relativa poca importancia de la información sobre su confiabilidad, los consumidores, en el agregado, suelen sobrestimar la posibilidad de un defecto»<sup>(55)</sup>.

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

Es de esperarse, incluso, que este fenómeno sea aun más agudo en consumidores de pocos ingresos. Dada la tremenda escasez de recursos que enfrentan, el costo de un error es mucho mayor, pues puede afectar la propia supervivencia. Bajo tal situación, la pérdida económica por un error llevará a los consumidores a ser mucho más pesimistas que los consumidores ricos. Incluso el nivel de ingreso es uno de los elementos que determina la aversión al riesgo de las personas. Ello

porque una misma pérdida para un rico le hace perder sus últimos soles (es decir, los que usa para sus necesidades menos importantes), mientras que a un pobre lo priva de sus primeros soles (los que usa para alimentarse, comprar medicinas, alquilar una habitación o vestirse)<sup>(56)</sup>.

Otra explicación adicional, mencionada por Schwartz y Wilde es lo que los psicólogos llaman «falta de representatividad heurística». Una cantidad importante de evidencia empírica sugiere que las personas, cuando tratan de identificar la causa de un evento, son influenciadas marcadamente por la posibilidad superficial de algunas posibles causas del fenómeno mismo. Un ejemplo de ello es lo que se conoce como la «falacia del jugador», que demuestra cómo un error que se manifiesta, representa para algunas personas la causa oculta del evento. Cuando uno lanza una moneda al aire, el que caiga cara o sello no guarda relación con la anterior vez que se lanzó al aire. Si se lanza muchas veces la moneda y se ha producido una seguidilla de caras, el jugador esperará que la próxima vez caiga sello, a pesar de que el nuevo lanzamiento no guarda relación estadística con los anteriores. Este fenómeno se produce porque la gente suele percibir que el proceso que arroja los resultados funciona en secuencia *random*, y largas secuencias de cara y sello son percibidas como más significativas que secuencias de caras continuas<sup>(57)</sup>.

La «falacia del jugador» sugiere que las personas tenderemos a tener representaciones pesimistas de la confiabilidad de los productos que adquirimos en el mercado. Como los consumidores saben que los productos son fabricados por seres humanos, los errores suelen existir. Si el consumidor ve que el bien que adquirió funciona bien, y sabe que en el proceso de fabricación existen posibilidades de que se den errores (o incluso engaños), pensará que su próxima compra será menos confiable porque «ahora sí le toca». El error del consumidor se deriva de una mala relación entre el

---

(55) SWCHARTZ y WILDE. «Imperfect Information...» Op.cit., p.1438. En el mismo sentido se pronunciaría después Alan Schwartz en «Proposals for Product Liability Reform...» Op.cit., p.381. En ese mismo lugar cita (pie de pagina No.51) a distintos autores e investigaciones que soportan su punto de vista. Así, Weinberger, «Products as Targets of Negative Information: Some Recent Findings» (los consumidores dan un peso desproporcionado a la información negativa sobre los productos); LYNCH y SCRULL. «Attentional Factors in Consumer Choice: Concepts and Research Methods», Mizerski «An Attribution Explanation of the Disproportionate Influence of Unfavorable Information»; EINHORN y HOGARTH. «Decision Making Under Ambiguity» y «Ambiguity and Uncertainty in Probabilistic Inference»; BARON. «Second Order Probabilities And Belief Function» (observando que cuando las personas se encuentran en situación de incertidumbre sobre las probabilidades, suelen comportarse como si hubieran asignado altas posibilidades de un mal resultado, evitando tomar las acciones, que pudieran llevarlos a un mal resultado incluso si fueran las mismas acciones las que los llevarían a un buen resultado); y OLIVER y WINER. «A Framework for the Formación and Estructure of Consumer Expectatives: Review and Proposiciones» (la gente hace predicciones pesimistas cuando le falta información).

(56) Esta es una simple aplicación de la Ley Económica de los Rendimientos Decrecientes.

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

pasado y el presente; una secuencia de caras implica sello la próxima, como una relación de buenos resultados del producto implica probablemente un mal resultado futuro. Este error ha sido verificado con análisis empírico. Una investigación basada en encuestas, realizada por la Universidad de Michigan, señaló que las personas percibían que sus necesidades de reparación en la compra de nuevos artefactos para el hogar eran bastante mayores que sus necesidades de reparación respecto de los artefactos que ya venían poseyendo<sup>(58)</sup>.

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

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

«las personas tienden a cometer errores sobre los riesgos de los productos, pero dichos errores, analizados de manera agregada, tienden a ser indiferentes o guían al consumidor hacia el pesimismo. Obviamente la indiferencia no puede perjudicar a los consumidores, y el pesimismo en realidad los ayuda porque los hará demandar mayor protección contractual, en lugar de menos protección. En consecuencia, si por «información imperfecta» uno entiende que las personas cometen errores sobre los riesgos existentes, entonces la evidencia reciente indica que esos errores o no afectan a los consumidores o incluso les dan una ventaja. En consecuencia, si bien la información imperfecta es una posible imperfección del mercado y debería en ocasiones ser remediada, parece que las cosas son bastante mejores de lo que mucha gente asume»<sup>(59)</sup>. En función a los elementos analizados, podemos concluir que, en el agregado, los consumidores son pesimistas, y que por

tanto es menos probable aun que el mercado, ante la falta de información, nos lleve a un resultado que nos aleje del óptimo de Pareto.

## 10. ¿LO BARATO SALE CARO?

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

Ahora, el hecho de que los «productos basura» resulten a la larga más caros para el consumidor, depende del análisis costo-beneficio que haga cada consumidor. Algunos podrán objetar que el hecho que los consumidores compren productos más baratos les sale caro en el largo plazo. Productos descartables, que duran menos que otros de buena calidad, llevan a los consumidores a volver a comprar en periodos más cortos de tiempo. Si sumamos lo gastado en total en dichos periodos quizá se esté gastando más que comprando de una sola vez un producto de calidad. Así, por ejemplo, en el caso de los zapatos de cartón de S/. 5 citado en nuestro anterior artículo sobre este tema<sup>(60)</sup>, el consumidor seguiría comprando zapatos de cartón todas las semanas (o quizá sólo cuando decida usarlos un día de lluvia) de manera que sumando lo que pagaría en total resultaría pagando más que si se hubiera podido comprar sólo un par de zapatos de cuero.

---

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

(59) SWCHARTZ. («Justice and the Law of Contracts...» Op.cit., p.113). Nótese la similitud de lo propuesto con Schwartz y lo señalado por nosotros en nuestro artículo anterior («Lo que no ... Op.cit.») en cuanto el proceso «ensayo-error», por el que atraviesa el consumidor termina siendo bastante positivo para él como mecanismo de obtener información.

(60) BULLARD, Alfredo. «Los productos Basura ...» Op.cit., p.105.

En primer lugar, y con esto debería bastar, no olvidemos que la compra de un producto barato, es una opción voluntaria del propio consumidor en ejercicio de su soberanía. Por tanto debería ser suficiente que él lo haya decidido así para que su decisión se respete<sup>(61)</sup>.

Pero incluso analizando la lógica del consumidor uno advierte que no estamos frente a una situación ineficiente. El consumidor, en su compra de productos de baja calidad, no se queda sin nada cuando tiene que descartar el producto. Luego de desechado éste, le queda información. Y esta información tiene un valor importante, porque le permite decidir compras futuras. En el caso del zapato de cartón, la durabilidad de los mismos le dejó al consumidor información sobre cuál es su valor real, lo que le permite elegir entre insistir con el mismo tipo de bien (¿por qué no pensar que cinco soles puede ser un valor adecuado para unos zapatos que duran unos cuantos días?) o variar sus hábitos de consumo hacia otro bien (zapatos de cuerina, algo más caros). Incluso puede optar por adquirir el mismo bien y darle otro uso (no usarlos cuando llueve). Por eso es una falacia pensar que el consumidor seguirá realizando transacciones repetitivas en aquellos bienes que han traicionado sus expectativas. Es más, los propios consumidores peruanos, como ya vimos, consideran el uso de productos baratos, y por tanto descartables, como una buena alternativa<sup>(62)</sup>.

Pero incluso si se insistiera en la compra continua y reiterada de productos «descartables» por su mala calidad, podemos estar frente a una buena decisión. ¿Acaso cuando nosotros pedimos un crédito, podemos ser tildados de irracionales porque pagamos intereses? Es claro que quien paga al contado termina

en el largo plazo pagando menos de quien paga al crédito. ¿Y entonces por qué la gente usa el crédito? Pues es muy sencillo. Tiene que satisfacer una necesidad hoy que tiene un costo que los recursos disponibles del consumidor el día de hoy no le permiten satisfacer. Entonces acepta tomar prestado y el hecho de usar el bien hoy (y no dentro de tres años cuando pueda haber ahorrado lo suficiente) tiene un valor adicional que supera el costo de los intereses que tendrá que pagar. Entonces su decisión es comprar hoy y asumir un mayor costo mañana, costo que está compensado y hasta superado por el valor de uso del producto comprado.

Las personas que compran «productos basura», que son por naturaleza descartables o de poca duración, tienen que cubrir hoy una necesidad para la cual sólo podrán tener suficientes recursos mañana. ¿Puede una persona que necesita tener calzados hoy, esperar tres meses para juntar suficiente dinero para comprar un par de zapatos de calidad? Evidentemente no. Su única salida es encontrar la forma de financiarse. Si un banco le presta dinero para comprarse sus zapatos (cosa poco probable) tendrá que pagar intereses, y eso es una alternativa posible. Pero otra alternativa, sobre todo para quien no tiene acceso al crédito, es comprar bienes descartables. Puede salirle más caro en el largo plazo, pero también el préstamo puede ser más caro y no por ello es irracional. Es sólo un problema del costo de oportunidad, y éste depende en gran medida de la ocasión en que la necesidad debe ser cubierta. Si uno ve los zapatos de cartón como una forma de financiamiento para los pobres, entenderá por qué los productos basura son más importantes de lo que parecen<sup>(63)</sup>.

---

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

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

(63) Los créditos de consumo, en especial los que vienen otorgándose a los sectores más pobres del país, son un excelente ejemplo de esta situación. Se trata de créditos tremendamente costosos, mucho más que el crédito ordinario dado a las empresas, porque tienen altos costos administrativos y un riesgo mayor. Pero los que reciben esos créditos pagan estos altos costos a fin de poder cubrir sus necesidades actuales. ¿Puede considerarse que «lo barato sale caro»?

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

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

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

Se puede por ejemplo decir lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

**Entonces:** Los cigarrillos deben ser eliminados.  
Otro ejemplo:

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

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

**Entonces:** Los automóviles debe ser eliminados.  
Otro ejemplo:

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

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

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

Otro ejemplo:

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

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

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

Un último ejemplo:

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

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

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

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

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

Este principio es de fácil aplicación a través de un precedente aprobado recientemente por la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI. Así en el caso de Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L.<sup>(64)</sup> se estableció como precedente que:

«se presume que todo proveedor ofrece una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren estos en el mercado, según lo que esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos y los servicios contratados, lo que comprende el

---

(64) Resolución No 085-96-TDC, publicada en el diario oficial «El Peruano» el día 144749.

plazo de duración razonablemente previsible de los bienes ofrecidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocidos usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores»<sup>(65)</sup>.

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

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

«La buena salud y la larga vida son objetivos importantes para la mayoría de las personas, pero un momento de reflexión bastará seguramente para convencer a cualquiera que éstos no son los únicos objetivos a alcanzar por las personas en cuestión: puede sacrificarse un poco de salud o algunos años de vida si estos objetivos entran en conflicto con otros. El enfermo económico implica que existe una esperanza «óptima» de vida y ésta se encontrará allí donde el valor en términos de utilidad de un año adicional de vida sea menor que la utilidad que se pierde utilizando el tiempo y otros recursos para conseguir dicho año de vida. Por tanto, una persona puede ser fumadora empedernida o puede trabajar tanto que excluya de su vida todo ejercicio físico, y ello no necesariamente porque ignore las consecuencias de sus actos o porque sea «incapaz» de utilizar la información que posee, sino porque el periodo de vida que se le garantiza no

vale el coste de dejar de fumar o el de trabajar con menor intensidad. Si el conseguir una vida larga fuese el único objetivo de la persona, su comportamiento sería absurdo, pero puesto que existen otros objetivos, sus decisiones pueden ser racionales y estar bien informadas.

De acuerdo con el enfoque económico, por tanto, la mayoría (si no todas) de las muertes son en cierta medida «suicidios», en el sentido que el fallecimiento pudo haberse pospuesto si se hubiesen invertido más recursos con el objeto de prolongar la vida. Esto no sólo tiene implicaciones para el análisis de lo que normalmente denominamos «suicidios», sino también pone en cuestión la distinción que normalmente se hace entre suicidio y «muerte natural»<sup>(66)</sup>.

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

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

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

---

(65) Este precedente establece el principio de garantía implícita. Sin embargo tiene un contenido distinto al desarrollado en los Estados Unidos en diversas leyes, en especial la Magnuson-Moss Warranty Act. Mientras en Estados Unidos las garantías implícitas suelen establecer su obligatoriedad, de manera que no pueden ser renunciadas por el consumidor, el principio establecido en el Perú es más flexible y permite al proveedor liberarse de tal garantía informando de tal hecho al consumidor. De esa manera se reducen los costos de transacción (se entiende que el bien es lo que normalmente se esperaría que fuera) pero se crean incentivos para revelar cualquier diferencia, entre lo que se puede esperar y lo que el bien es, dadas las circunstancias. Evidentemente, dentro del concepto de «circunstancias» queda incluido el lugar donde se adquirió el bien. Quien compra en una paradita o a un ambulante puede esperar algo distinto a quien compra en un Centro Comercial de reconocido prestigio.

(66) BECKER, Gary. «El Enfoque Económico del Comportamiento Humano». En: Información Comercial Española. No.557, Enero 1980. pp.15-16.

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

## 12. LOS EFECTOS REDISTRIBUTIVOS DE LA ELIMINACIÓN DE LOS «PRODUCTOS BASURA».

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

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

Alan Schwartz analiza los efectos que puede tener una regulación equivocada en los sectores más pobres. Si bien se refiere a las cláusulas contractuales, lo

que dice es perfectamente aplicable al caso de la calidad de los productos. En realidad todo problema de calidad puede enfocarse simplemente como una menor o mayor garantía dada por el proveedor al consumidor en el contrato que existe entre ambos<sup>(67)</sup>. Según Schwartz:

---

*“ El gasto de una agencia reguladora moderna debe dirigirse principalmente a la construcción de un marco institucional que permita a los consumidores decidir, antes que a reemplazar tal decisión ”*

---

«Prohibir una cláusula contractual porque para el pobre es difícil comprar términos más favorables nos lleva a un resultado no óptimo. Asumamos, por ejemplo, que un minorista está ofreciendo dos contratos que son idénticos salvo por una cláusula: el primer contrato, que cuesta \$ 100, incluye una garantía contra defectos del producto, mientras que el segundo, que cuesta \$ 90, incluye una renuncia a la garantía. El minorista hipotético tiene clientes para los dos contratos, pero el Estado, por legislación o decisión jurisdiccional, prohíbe la renuncia a la garantía. Bajo tales circunstancias, la prohibición de la renuncia a la garantía no ayuda ni afecta a aquellos consumidores que hubieran comprado la cobertura de la garantía. La prohibición, sin embargo, daña a los consumidores que hubieran comprado el contrato renunciando a toda garantía. Estos consumidores valorizan el seguro contra defectos de los productos en menos de lo que valorizan otros usos de sus \$ 10. En consecuencia, la prohibición de la renuncia nos lleva a un resultado no óptimo: algunos compradores se consideran peor que antes de la prohibición, y ningún comprador se considera mejor»<sup>(68)</sup>.

---

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

(68) SWCHARTZ, Alan. «A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability». En: Virginia Law Review, Vol.65, pp.1057-1058. Como se puede apreciar, esta es una simple aplicación del llamado criterio de Pareto, explicado en el punto 3 del presente trabajo. George Priest se pronuncia de manera similar («A Theory of the Consumer...» Op.cit.,p.1344) cuando nos dice, refiriéndose a las acciones judiciales que afectan la facultad de decisión del consumidor: «Si el jurado se equivoca, el veredicto hará responsable al fabricante por la falla del producto en satisfacer un uso no preferido por la clase dominante de consumidores, poniendo a ambas clases de consumidores en una situación peor».

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

«Este resultado es particularmente indeseable, porque prohibir la renuncia a las garantías afectará probablemente más adversamente a los pobres, que a los ricos. **Una persona pobre gasta un gran porcentaje de su ingreso en bienes para los que su demanda es inelástica respecto de su ingreso, por ejemplo comida, vivienda y vestido. Conforme su ingreso se incrementa, él comenzará a comprar bienes para los que su demanda es más elástica respecto del ingreso. El análisis sugiere que la demanda de una persona pobre por la protección de garantías es probablemente más elástica respecto del ingreso que la demanda por «necesidades»**»<sup>(69)</sup>.

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

«La escasez de recursos de estos consumidores los dejará normalmente en la imposibilidad de pagar mucho por el producto mismo y en la imposibilidad de pagar mucho por la garantía, (...). En tal caso, los consumidores pobres perderían por la introducción de la garantía, y sólo los consumidores con más recursos se beneficiarían»<sup>(70)</sup>.

Más adelante, el mismo autor continúa diciendo:

«un consumidor extremadamente pobre puede encontrarse imposibilitado de pagar algo por la garantía, porque todos los escasos recursos del consumidor son dirigidos a compras más urgentes. Sin embargo, si se le diera la garantía, el consumidor tendría el derecho de exigir una compensación si el producto falla (...) la falta de deseo de pagar por un derecho legal estaría reflejando el alto valor que el consumidor deposita en el dinero, en lugar de bajo valor que deposita en el derecho legal»<sup>(71)</sup>.

Lógicamente, el derecho legal a una mayor calidad, derivado de los términos implícitos o explícitos del contrato, puede ser un bien deseado o no por el consumidor de la misma manera como ocurre con cualquier otro bien o atributo. La falta de calidad adicional no tiene entonces que ser interpretada necesaria-

mente como un engaño, sino como un bien que el consumidor simplemente decidió no comprar por falta de presupuesto.

Así, Craswell nos dice:

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

(...)

De alguna manera, el problema es que las reglas legales como las garantías implícitas son, en el mejor de los casos, una respuesta parcial a problemas como la pobreza, falta de consciencia o información imperfecta. La regla legal podría darle a muchos consumidores lo que hubiesen querido si tuvieran dinero, si sus preferencias han coincidido con las creencias de la sociedad o si hubieran tenido información imperfecta. **Sin embargo, tal regla legal no hace nada para corregir la fuente del problema: los consumidores seguirán estando imperfectamente informados, seguirán siendo pobres y seguirán teniendo preferencias inadecuadas. Como resultado, algunos consumidores seguirán sin la posibilidad de obtener todos los beneficios que deberían obtener de la regla legal. Por el contrario, ellos rechazarán la protección adicional negándose a pagar un precio muy alto por ella...**»<sup>(72)</sup>.

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

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

Si dejamos de lado la presunción de que los verdaderos beneficios de la garantía son los mismos para todos los consumidores, y asumimos, por el con-

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

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

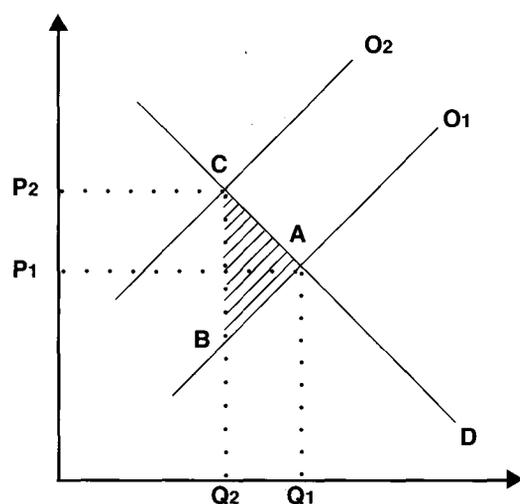
(71) Ibid., p.392.

(72) Ibid., pp.395-396.

trario, que la divergencia entre el verdadero valor y el deseo de pagar varía entre los distintos consumidores, la redistribución a través de los consumidores se torna aun más compleja. Los consumidores marginales serán entonces o los que le dan el menor valor al producto mismo o los que le colocan de alguna manera un valor mayor pero estarían dispuestos a pagar sólo un monto muy reducido por la garantía. Si aquellos que van a pagar un monto reducido por la garantía están en tal posición como consecuencia de la información imperfecta o por falta de conciencia, entonces la redistribución trasladará recursos de éstos en favor de aquellos que tengan mejor información y aquellos cuyas preferencias no han sido tan distorsionadas. Si bien es difícil generalizar sobre la distribución en estas dimensiones, **en muchos casos los perdedores serán precisamente los grupos que la garantía trata de ayudar»**<sup>(73)</sup>.

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

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



O1 refleja la curva de oferta de un producto basura. El punto de equilibrio con la curva de demanda (D) determina que se producirá Q1 al precio P1. Como consecuencia de la exigencia legal de una calidad adicional, se produce un desplazamiento de la curva de oferta, siendo la nueva curva resultante O2. El nuevo punto de equilibrio determina que se producirá Q2 al precio P2, donde  $Q2 < Q1$  y  $P1 < P2$ , es decir que se producirá menos a un precio mayor. Ello confirma la predicción que menos consumidores podrán comprar, y los que compren lo harán a mayor precio. El triángulo ABC refleja la pérdida del excedente social como consecuencia del aumento de costos de producción.

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

Como bien señala Schwartz, esas inferencias de incompetencia, comunes especialmente en muchos abogados, «...raramente se sustentan en el trabajo de expertos-psiquiatras o psicólogos; reflejan por el contrario juicios abstractos en lugar del resultado de exámenes individuales o experimentos controlados; y suelen basarse en anécdotas o impresiones subjetivas»<sup>(74)</sup>.

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

«La gente pobre percibe y actúa de acuerdo con costos y retornos marginales (...). Ellos están (...) cerca al óptimo dadas sus circunstancias, que es más de lo que podemos decir de cualquier otro grupo. Esto significa que es apropiado asumir (...) que los pobres se comportan racionalmente y en su mejor interés»<sup>(75)</sup>.

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

(73) Ibid., p.397.

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

(75) NEWTON. «Economic Rationality of the Poor». En: Human Organization, Vol.36, 1977, p.58. citado por SCHWARTZ. «A Reexamination of ...» Op.cit., p.1079.

«En general los compradores de bajos ingresos o pertenecientes a minorías aparecen teniendo una percepción realista de la estructura del mercado de crédito, al menos si los comparamos con otros grupos de la población»<sup>(76)</sup>.

A conclusiones similares llegan una serie de estudios realizados sobre la racionalidad económica de los campesinos peruanos, grupo bastante pobre de la población, los que han sido definidos como muy eficientes y efectivos en el uso y aprovechamiento de los recursos existentes. Schultz, citado por Figueroa, nos dice que "En la agricultura tradicional, es decir en la economía campesina, no existe ineficiencia ni sobrepoblación; la pobreza aquí se explica por la pobre dotación de recursos y por la tecnología tradicional. Los campesinos son pobres pero eficientes"<sup>(77)</sup>. Javier Albo concluye que la estrategia campesina no es irracional, sino que es producto del bajo nivel de tecnología disponible, constituyéndose posiblemente en la mejor adaptación posible al medio ambiente dadas las circunstancias<sup>(78)</sup>.

Es evidente que personas que tienen que satisfacer una gran cantidad de necesidades básicas con una cantidad muy reducida de recursos, tienen incentivos para desarrollar una aguda racionalidad en el uso de los mismos. Es de esperar que los pobres racionalicen sus gastos y asignen sus riesgos de manera mucho más adecuada y eficiente que personas de ingresos altos. El rico puede perder dinero, pero el pobre podría cruzar la línea de la no supervivencia, y eso agudiza su ingenio y su capacidad para administrar su escasez. La existencia de paquetes de atributos limitados puede ser una estrategia adecuada para resolver muchos problemas. Considerar un «incauto» a una persona que puede administrar tan bien sus recursos es, sin duda, un exceso, por lo menos cuando se generaliza el término para justificar una intervención más agresiva del Estado<sup>(79)</sup>.

Quizá la mejor manera de comprender esto es

leyendo la cita que hace Newton de una madre pobre y que explica cómo funciona la racionalidad humana cuando se enfrenta a una aguda escasez de recursos:

**«Mira mi amor, si quieres ver cómo la gente gasta su dinero en cosas que no necesitan, y que no tienen idea sobre qué es lo que están obteniendo por su dinero, y que harán sus compras incluso sin pensar qué es lo que les pasará, mejor anda a estudiar a los ricachones. Si yo desperdiciara el dinero como lo hacen ellos, estaría muerta»<sup>(80)</sup>.**

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

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

**«gastos extravagantes en salud pueden, en ciertos casos, afectar la salud de manera adversa, por la vía de cerrar el paso a gastos en otros *items* -como comida de mejor calidad, vivienda o recreación- que contribuirían más a la salud de los individuos que los gastos directos en cuestión»<sup>(81)</sup>.**

---

(76) DAY y BRANDT. «A Study of Consumer Credit Decisions: Implications for Present and Prospective Legislation». En: Technical Estudios, Vol.1, 1972. p.95., citado por SCHWARTZ. «A Reexamination of...» Op.cit., loc.cit. En el mismo trabajo se concluye que no existe correlación entre variables demográficas como la raza o el ingreso y el comportamiento poco racional o desinformado de los consumidores.

(77) Citado por FIGUEROA, Adolfo. «Economía Campesina». Lima. pp.67-89.

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

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

(80) NEWTON. Op.cit., loc.cit.

(81) SUNSTEIN. Op.cit., p.11.

Pero adicionalmente a todo lo dicho, crear un esquema regulador y especial para los productos que consumen los pobres tiene un cariz claro de intentar estigmatizar a una categoría de personas, tratándoles como minusválidos incapaces de decidir por sí mismos. ¿Por qué considerar racional a quien no desea gastar en un vehículo Volvo 850, evidentemente más seguro que un Tico de Daewoo (sustancialmente más barato), por más que se puede demostrar que su posibilidad de morir en un accidente aumenta dramáticamente en el último caso, y sí prohibir a un consumidor comprar una bicicleta de poca calidad en lugar de una Peugeot u otro modelo parecido? ¿Acaso no es tan peligroso fumar como comprar muchos de los productos que espantan a los «pigounenses», y sin embargo, no se plantea salir a las calles a desaparecer los cigarrillos?

Salvo que se considere que las personas de altos ingresos tienen una cualidad especial que les permite comportarse más racionalmente que los pobres, crear un régimen regulador especial que coloque a los sectores de bajos ingresos en una especie de *ghetto* jurídico es realmente discriminatorio y por tanto inconstitucional pues se afecta, sin motivo, su derecho a la libre elección.

Por eso es que el análisis costo-beneficio que sugerimos es, siguiendo a Sunstein, mucho mejor desde el punto de vista democrático, pues comparándolo con las formas de regulación tradicional (inspiradas en el «pigounense» *New Deal*) está en capacidad de reducir los efectos de las presiones de grupos de interés sobre la administración pública, al dar criterios más objetivos de toma de decisiones<sup>(82)</sup>. Así, nos dice:

«...los requerimientos de costo beneficio tienen además un fuerte justificación democrática. Así, pueden ser entendidos como una forma de mediatizar las presiones de grupos de interés sobre las regulaciones y como un método que asegure que las consecuencias de la regulación no están sepultadas en el misterio sino por el contrario están a disposición para la inspección y revisión pública. Algunos de los argumentos más sólidos en favor de los requerimientos de costo-beneficio no son característicamente tan económicos como democráticos»<sup>(83)</sup>.

Quizá la mejor manera de resumir lo analizado en este punto es citando a Schwartz, cuando al referirse a la prohibición por el Estado a que se den ciertos pactos entre particulares, muestra cómo los consumidores pobres terminan siendo aun más pobres<sup>(84)</sup>:

«Empobrecer a una persona quiere decir aquí reducir el número de opciones que una persona tiene disponibles para mejorar su vida. Supongamos que un juez prohíbe una cláusula en el contrato. Él ha puesto una restricción a las opciones disponibles que tienen las personas para ponerse de acuerdo (...). **La gente pobre tiende a tener menores opciones que la gente rica porque tiene menos dinero. Pero los pobres tienen, al menos, autonomía privada. Si un juez prohíbe una cláusula basado en el ostensible campo de proteger al pobre, el juez está finalmente reduciendo las opciones de la gente pobre y por tanto esta impidiendo que los pobres hagan las cosas lo mejor que pueden dadas sus circunstancias, (...).**

Para ser concretos, si alguien compra una garantía, uno compra un seguro contra los defectos del producto. Un pobre puede preferir comprar un par de zapatos que comprar un seguro contra los defectos de los productos. Siendo que la gente pobre va a preferir renunciar a las garantías, porque ello reduce el precio de compra, asumirá sus propios riesgos sobre la confiabilidad del producto. Si el juez se niega a reconocer la renuncia como válida, está eliminando una opción. **Cuando los jueces se niegan a reconocer una cláusula y las personas involucradas son ricas, el problema no es serio. Los ricos tienen muchas opciones. Pueden ser compelidos, si el juez no reconoce la cláusula, a comprar un seguro y podrán ahogar su depresión en Bermuda. Los pobres en cambio, tienen un verdadero problema; cuando menor es la cantidad de opciones que uno tiene, más importante será cada opción. En consecuencia, a pesar de que las inequidades distributivas deben de ser remediadas, remediarlas mediante normas contractuales es poco inteligente porque todo lo que el derecho contractual puede hacer es incrementar o reducir las opciones de las personas. Es difícil entender cómo las personas pueden ser colocadas en una situación mejor limitando, en lugar de ampliando, el número de cosas que pueden hacer»<sup>(85)</sup>.**

---

(82) *Ibid.*, p.20.

(83) *Ibid.*, p.4.

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

(85) SCHARTZ. «Justice and the Law...» *Op.cit.*, p.115.

### 13. ¿CÓMO CORRESPONDE ACTUAR?

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

La reacción que parece más natural es atacar la mala calidad en sí misma, sin atender a las causas que producen tal situación. Si la calidad es consecuencia de las fuerzas de mercado actuando sin distorsiones, existen tantas razones para intervenir de manera radical como las que existirían si el precio es alto como consecuencia de las fuerzas de mercado actuando sin distorsiones.

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

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

«Actualmente se está sugiriendo que el gobierno nacional ha fallado en cumplir adecuadamente su labor y que ello ha llevado a que comúnmente las cosas

estén peor. Bajo esta perspectiva, no estamos sugiriendo que los mercados son ideales; pero usualmente los mercados funcionan mejor que los programas regulatorios que se diseñan como soluciones. En suma, la pregunta es cuándo los beneficios justifican el costo»<sup>(86)</sup>.

Como él mismo señala, es muy común que los gobiernos cometan el error de regular a través de directivas rígidas que prohíben el uso de medios más flexibles y efectivos en términos de costos para lograr los mismos fines<sup>(87)</sup>.

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

«Una vez que se ha identificado que el mercado no se está comportando competitivamente porque muy pocos consumidores están informados, las opciones de quién tiene que decidir son: cuándo regular las transacciones en los aspectos sustantivos o intentar mover el mercado hacia el equilibrio competitivo. (...) Mover el mercado hacia el equilibrio competitivo es preferible a tales regulaciones»<sup>(88)</sup>.

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

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

Los casos de fraude o *hit and run* (golpea y corre) requieren de acciones selectivas, que investiguen a los responsables y actúen con eficacia en coordinación con las demás autoridades. Pero no debe caerse en el error de eliminar todo un género de productos del mercado por no poder identificar quiénes son los responsables de la acción<sup>(89)</sup>.

---

(86) SUNSTEIN. Op.cit, p.7.

(87) Ibid, p.9.

(88) SCHWARTZ y WILDE. «Intervening in Markets...» Op.cit., pp.666-667.

(89) Sobre estadísticas de las actuaciones administrativas en la corrección de fallas del mercado y casos concretos en los que se detectaron dichas fallas, ver nota a pie No.46, supra.

Los demás casos deben resolverse mediante acciones destinadas a suministrar mayor información a los consumidores, permitiéndoles que ellos mismos corrijan el mercado. La acción de las autoridades ante las fallas del sistema de competencia, no debe barrer con la competencia, sino por el contrario promoverla. El INDECOPI, en tal sentido, es más un promotor de acciones competitivas que un reemplazo de la competencia misma. Y acabar con los «productos basura» es simplemente barrer con parte importante de los bienes que compiten en el mercado, reduciendo inmotivadamente, las opciones de los consumidores.

Y ello debe hacerse sólo en mercados en los que, por los costos de transacción existentes, no se estén comportando competitivamente. Tal alternativa elevará la curva de costo marginal de la empresa y en consecuencia llevará a los consumidores a pagar precios más altos<sup>(90)</sup>. En tal sentido:

«Dadas las dificultades de separar las imperfecciones del hecho de que la información es costosa, la intervención debe limitarse a aquellas instancias en que las imperfecciones de información claramente nos lleven a daños significativos a los consumidores y que puedan ser corregidos en una manera efectiva en términos de costos -sin crear distorsiones serias o efectos colaterales que nos lleven incluso a un daño mayor. (...) Quienes deben tomar decisiones al respecto deben contar con información adecuada para decidir y sopesar cuidadosamente los beneficios y los costos de las estrategias de intervención propuestas»<sup>(91)</sup>.

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

«Una aproximación especialmente valiosa basada en la generación de incentivos consiste en el suministro de información. El Gobierno debe suministrar por propia iniciativa información vinculada al riesgo, como por ejemplo ha hecho en el caso de los cigarrillos, o requerir a las empresas que provean tal información

a los trabajadores y consumidores. Si, por ejemplo, las compañías ofrecen tal información sobre los riesgos, se tendrá un efecto en la conducta de los consumidores y de los trabajadores»<sup>(92)</sup>.

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

«Cuando los ciudadanos tienen una mala percepción de los hechos, el gobierno no debería responder a ello. Los juicios de los ciudadanos que se basan en creencias equivocadas deben ser corregidas mediante educación. Y cuando ellos están equivocados, el gobierno debe actuar en base a la realidad en lugar que en base a la ficción. Para que los juicios y decisiones públicas gobiernen, es importante asegurarse que están sustentados en base científica, en oposición a anécdotas sensacionalistas o tácticas que dejan heridas. No existe nada antidemocrático en que el gobierno se rehuse actuar en respuesta a demandas de regulación basada en ignorancia fáctica. Por el contrario, un sistema de representación democrática tiene como una de sus justificaciones centrales el «filtrado» de juicios ignorantes»<sup>(93)</sup>.

Schwartz y Wilde se pronuncian también en favor de llevarnos a un equilibrio competitivo mediante el suministro de información al consumidor:

«El método más promisorio de conseguir que los mercados se comporten competitivamente es suministrando información a los consumidores con comparaciones de precios y términos»<sup>(94)</sup>.

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

«Remedios basados en información serán usualmente las soluciones preferibles. Remedios que simplemente ajustan la información disponible a los consumidores, dejan aún a aquellos en libertad de hacer sus propias elecciones, introduciendo en consecuencia menos rigidez en el mercado. Tales remedios dejan al mercado libre para responder a los cambios que se dan a través del tiempo, en las preferencias de los consumidores y en la tecnología de la producción. Por la misma razón, los remedios de información generan menos

---

(90) SCHWARTZ y WILDE. «Intervening in Markets...» Op.cit., p.668.

(91) BEALES, CRASWELL y SALOP. Op.cit., p.512.

(92) SUNSTEIN. Op.cit., p.10.

(93) Ibid., p.16.

(94) SCHWARTZ y WILDE. «Intervening in Markets...» Op.cit., p.673.

riesgo de daños serios si los reguladores se equivocan. **Por ejemplo, si los consumidores no están realmente interesados en aumentar la calidad o la seguridad de los atributos de cierto bien, un remedio de información no forzará al mercado a realizar un cambio ineficiente (como lo haría un *standard* obligatorio de producción). De manera similar, los remedios de información permiten a los diferentes consumidores tener distintos balances entre precio y calidad del producto, mientras que exigencias directas de calidad casi necesariamente imponen una sola opción a todos los consumidores»<sup>(95)</sup>.**

Luego, los mismos autores continúan diciendo:

«Los remedios de información colocan la carga de la ejecución de una adecuada información sobre consumidores informados en conjunción con fuerzas de mercado. Esta suele ser una manera más eficiente de ejecución, pues los consumidores están continuamente monitoreando la calidad durante su búsqueda en el mercado, liberando así a los reguladores de tal función. Los proveedores entonces autoejecutan el cumplimiento de una calidad adecuada motivados por incentivos de utilidad, en lugar de como consecuencia del miedo a las acciones que adopte el gobierno»<sup>(96)</sup>.

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

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

(...)

Las instituciones a cargo de la ejecución de las normas pueden enseñar a los consumidores sobre su habilidad para influir el comportamiento del productor. Enseñando a los consumidores cómo la competencia puede proteger sus intereses, la autoridad a cargo de la ejecución de las normas puede incentivar esfuerzos de los productores para atraer consumidores en base a mejores precios y atributos de calidad»<sup>(97)</sup>.

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

«Una vez que una empresa crea una lista de precios (o de calidades o términos contractuales), tendrá grandes dificultades para impedir que otras empresas o consumidores usen la información que ha revelado sin pagar por ella. Por ejemplo, un consumidor que compra dicha lista podría distribuirla libremente entre sus amigos. En consecuencia, las empresas privadas muy pocas veces invierten en producir tal información. Las agencias del gobierno, por el contrario, pueden producir esa información y distribuir información comparativa de precios (o calidades o términos) o subsidiar empresas para que lo hagan»<sup>(98)</sup>.

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

---

(95) BEALES, CRASWELL y SALOP. Op.cit., p.513.

(96) Ibid., pp.513-514. Debe destacarse que los autores citados no son un grupo de defensores de las empresas privadas. Beales, Craswell y Salop eran, al momento de escribir el artículo que se cita, miembros de la Federal Trade Commission, la agencia estadounidense encargada, entre otras funciones, de regular los mercados de consumo. La experiencia reguladora de dicha agencia lleva a los tres autores señaladas a las conclusiones que se citan e indican, en base a una auténtico conocimiento de causa, cual es el camino correcto.

(97) KOKAVIC, William E. «Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspective from Mongolia, Nepal, Ukraine and Zimbabwe». En: De Paul Law Review, Vol.44. Verano de 1995. No.4 pp.1221-1222.

(98) SCHWARTZ y WILDE. «Intervening in Markets...» Op.cit., p.674. En realidad estamos simplemente ante un caso de bienes públicos. La información es un bien del que, por su naturaleza, es imposible o muy costoso excluir a los demás de su uso. En consecuencia una vez revelada la información, el costo de obtenerla y procesar la difícilmente puede ser recuperado por quién trabajo para ello. La razón es la misma por la que se considera a las calles como bienes públicos. Los costos asignar los derechos sobre el uso de la calle a un particular son muy altos. No es imaginable aún, con la tecnología existente, y de una manera barata, la creación de peajes en cada calle para que se pueda «alquilar» su uso a los transeúntes y vehículos y con ello mantenerlas. Por eso el Estado se encarga de suministrar los bienes públicos. Lo mismo ocurre con la información, y ello puede justificar el rol del Estado para ser quien suministra este bien público. De manera similar se pronuncian Beales, Craswell y Salop (Op.cit., pp 523- 524). Ellos concluyen diciendo que «Un sistema de cuadros comparativos con información sobre productos es (...) un bien público en muchos aspectos. Si bien es un bien que puede ser suministrado privadamente por una asociación de comerciantes u otra entidad, es de todas maneras un bien colectivo. El gobierno es frecuentemente un mecanismo eficiente de tomar decisiones que son inherentemente colectivas».

Beales, Craswell y Salop sugieren que es preferible usar sistemas de suministro (*disclosure*) de información que dejen el mayor margen de acción a las fuerzas de mercado. La meta no es, sin embargo, especificar con todo detalle, cuál es la información que debe suministrarse, sino crear los incentivos adecuados para que sean los propios proveedores los que revelen tal información. Esto reduce los riesgos de una mala decisión por el gobierno pues no fuerza a los proveedores a revelar información de manera inefectiva o a revelar información que, como consecuencia de cambios en las circunstancias, ya no es deseada por los consumidores<sup>(99)</sup>.

Curiosamente, lo que estos autores sugieren a continuación, es lo que ha sido considerado como un «desperdicio de recursos», que pretende reemplazar a la famosa «embarradera de zapatos»: los cuadros comparativos, que son definidos como «medición de la cantidad de uno o más atributos de un producto a través de las marcas»<sup>(100)</sup>. Si bien la referencia que se hace es al uso de marcas, ello no impide utilizar ese criterio para comparar productos por su origen (por ejemplo adquiridos en locales formales frente a locales informales como se ha venido haciendo).

«Los cuadros comparativos persiguen reducir los costos de comunicación referidos a atributos medidos. Antes de que las empresas puedan competir en base a diferentes cantidades de algún atributo, es necesario que los consumidores estén en la posibilidad de observar las cantidades de un atributo en diferentes productos. Cuando el sistema de cuadros comparativos suministra una nueva medida donde ninguna exis-

tía previamente, la comparación por los consumidores (y en consecuencia la competencia) sobre el atributo se hace posible»<sup>(101)</sup>.

Incluso, estos sistemas suelen ser baratos para la propia administración. Una vez difundida la información obtenida, la experiencia demuestra que los competidores favorecidos con la información suelen hacer el gasto de darle una difusión mayor. No es necesario por tanto invertir en grandes campañas. Los competidores tendrán incentivos suficientes para hacer ellos el gasto<sup>(102)</sup>.

Es interesante apreciar cómo dichas acciones pueden ser complementadas por la actuación de los medios de prensa. En un estudio realizado por Apoyo se demuestra cómo los consumidores consideran que la información más importante para la toma de decisiones de consumo y para conocer los riesgos, desventajas y peligros de ciertos productos es la que se suministra a través de un canal de televisión. Así, los consumidores de los niveles C y D señalan que el único espacio que les brinda orientación son los programas del canal 2, «donde los sábados el noticiero tiende a realizar denuncias sobre productos piratas o alteraciones diversas»<sup>(103)</sup>.

En este contexto, el camino de difundir sistemas de comparación de productos puede repotenciar la libertad de elección del consumidor. Y eso es lo que se persigue. Los cuadros comparativos pueden verse complementados con otras medidas como información sobre los riesgos de adquirir cierto tipo de productos, educación en cómo elegir, difusión de criterios para comparar, información estadística sobre marcas o tipos de productos más denunciados ante las autoridades,

---

(99) BEALES, CRASWELL y SALOP. Op.cit., pp.522-523.

(100) Llamados por BEALES, CRASWELL y SALOP (Op.cit., p.523) *scoring systems*.

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

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

(103) «Imagen...» Op.cit., p.14. (Los consumidores se refieren al programa «Diálogo» que se difunde por Frecuencia Latina-Canal 2. Es importante destacar que dicho programa giró su orientación para enfocarse principalmente en identificar y difundir los riesgos de comprar o adquirir ciertos productos en ciertos lugares así como las acciones de las autoridades en el campo de protección al consumidor. Especialmente se identifican los llamados casos de *hit and run* - pega y corre- o fraudes. La información que se difunde por dicho medio tiene un tremendo valor agregado para las decisiones de los consumidores. Les permite identificar los riesgos que enfrentan, sin limitar su capacidad de acción. Y sobre todo contribuye a generar una conciencia de consumo responsable. Otro caso similar es la página de defensa al consumidor que aparece todos los domingos en el diario «El Comercio». Ese tipo de información es mucho más útil para lograr un adecuado funcionamiento y transparencia en el mercado que una secuencia de operativos de «barrido de productos basura» sin norte y sin objetivos claros).

etc. Las acciones de intervención sustantiva en la relación contractual (determinación por regulaciones de precios, calidad y términos comerciales) debe ser descartada como regla general de acción.

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

Se dice que las acciones de promoción son menos efectivas porque, por ejemplo, la publicación en diarios de información sobre productos peligrosos o de cuadros comparativos de bienes y servicios llegan a muy poca gente. Es interesante advertir, sin embargo, que operativos masivos en mercadillos, realizados sin base cierta y sin fines definidos, tienen costos bastante mayores.

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

#### 14. CONCLUSIÓN.

Las discusiones ideológicas desatadas en torno a la protección al consumidor pueden conducirnos a apasionamientos exagerados. Nuestra idea ha sido centrar el problema en el punto de vista conceptual, desechar la pasión como instrumento y utilizar el razonamiento como herramienta.

En medio de las discusiones suscitadas en torno a este tema se han hecho referencias inapropiadas e injustas en contra del INDECOPI. Ello no es gratuito y puede interpretarse como la respuesta natural y esperable al desarrollo de un trabajo técnico y profesio-

nal en búsqueda de mejorar las condiciones institucionales para el desarrollo del mercado peruano. Ya el premio Nobel de Economía, Douglas North, lo había dicho:

«Es casi un axioma: Si el Instituto lleva a cabo su misión de manera cabal, su rol será controvertido. Pues si hace bien su trabajo habrá una cantidad de grupos de interés y presión que intentarán evitar que siga adelante en su tarea de incentivar la eficiencia (...) y aunque no puedo ofrecerles ninguna solución mágica para revertir esa tendencia, insistiré en que ésta debería ser una señal bienvenida, señal de que INDECOPI está cumpliendo con su trabajo. En una palabra, sabrán que están haciendo una buena labor si no le caen bien a nadie.

Creo que así ocurrirá porque las organizaciones más eficientes en roles similares al de INDECOPI -aquéllas que han llevado a cabo una labor eficiente en hacer que los mercados trabajen bien- han sido atacadas por todos lados por grupos de interés, que siempre parecen estar tratando de alterar o reordenar la dirección de lo que hacen organismos como INDECOPI (...). Esto indica que INDECOPI se acarreará automáticamente conflictos de intereses entre lo que intenta hacer -crear mercados eficientes y productivos- y los propósitos de grupos de interés que procuran proteger sus mercados por todos los medios a su alcance. Dado que no puedo sugerir ninguna solución benigna para esto, me queda simplemente repetirles en la medida en que mucha gente proteste ante las actividades de INDECOPI, el Instituto sabrá que está cumpliendo su misión»<sup>(104)</sup>.

Sin duda hay mucho de cierto en las palabras de North, que coincide con la corta historia del INDECOPI, por eso ante las respuestas apasionadas de quienes persiguen mediatizar el rol que un Estado moderno debe desarrollar para promover la competencia, deben darse respuestas conceptualmente sólidas y con aplicación práctica real para mejorar el bienestar de la sociedad.

Cuando se le pide a la administración pública que resuelva los problemas «ensuciándose los zapatos», se le puede estar pidiendo que use los pies en lugar de la cabeza. Pensar y diseñar una buena estrategia de protección al consumidor requiere muchas veces más esfuerzo (para romper la flojera), que salir sin ton ni son a arrasar productos del mercado. La administración no debe temer «ensuciarse los zapatos» siempre que los pasos que da al hacerlo provengan de razonamientos adecuados, de un marco conceptual claro y de una estrategia efectiva. En tales casos, se tendrá polvo en los pies, pero también resultados. De lo contrario se tendrá polvo en los pies y consumidores en peor situación de la que estaban antes. ☞

---

(104) NORTH, Douglas C. «Importancia de las Instituciones en una Economía de Mercado». Resumen de las conferencias dictadas por el Profesor North en el Perú. Lima: Instituto Apoyo. pp.40-41.