

¡NO ME DEFIENDAS COMPADRE! LOS EFECTOS ECONOMICOS DE LA INTERVENCION DEL ESTADO EN MATERIA DE PUBLICIDAD Y DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

Alberto Rebaza Torres
Abogado
Master en Derecho
University of Virginia
Ex miembro del Comité Directivo
THĒMIS-Revista de Derecho

El doctor Alberto Rebaza, mediante el presente artículo, parece hacer un requerimiento a la administración pública para que revise el papel que está desempeñando en los campos de supervisión de la publicidad y defensa del consumidor. El sustento de su exclamación reposa en consideraciones de tipo funcional y económico. Ciertamente, la injerencia estatal en cuestiones relacionadas al tráfico mercantil, debe ser en extremo cuidadosa desde el punto de vista del mercado libre. Por ello, el autor anota los que considera perniciosos efectos de la intervención estatal en estas materias. En cambio propone un mayor grado de autonomía para que los consumidores sean quienes decidan por sí mismos lo que verdaderamente les conviene. Así, las sanciones que deben privilegiarse son las que espontáneamente imponga el mercado. Este ensayo resulta sumamente interesante para comprender la mecánica de la interacción entre comerciantes, consumidores y demás agentes económicos, así como para tener una idea acerca del papel de la administración pública en dicha interacción.

La intervención del Estado ha sido justificada tradicionalmente en la necesidad de resolver problemas que las personas, en su calidad de ciudadanos o simples agentes económicos, no son capaces de resolver por sí solos¹.

El clásico ejemplo es el "Estado Policía", el que para resolver problemas generados por la falta de respeto a la libertad, la vida o los derechos patrimoniales de las personas que conforman la sociedad monopoliza en su manos la coerción física. La noción básica es que las personas no pueden ni deben tomar la ley por sus manos, por lo que el castigo a quienes violan las normas de convivencia social debe venir tan solo de las manos del Estado. Dentro de dicha concepción también se considera que la solución de controversias debe estar también concentrada en un ente imparcial, el Poder Judicial. Como señala Wagner "la provisión de seguridad y orden promueve la actividad económica, de la cual es garantía un marco estable de reglas que haga posible a la persona asumir inversiones de largo plazo. Después de todo, la gente no invertirá en construcción de casas si no se siente segura de sus derechos de propiedad con respecto a dichas casas"².

Posteriormente, la misma justificación fue utilizada para otorgar progresivamente mayores facultades y funciones al Estado, esta vez, con respecto al manejo de políticas económicas. En efecto, el concepto de Economía Social de Mercado, Economía Dirigida o

¹ Ver BUCHANAN, James. "The Limits of Liberty". University of Chicago Press. 1975.

² WAGNER, Richard. "Contractarian State, Welfare State, and Constitutional Order". En *To Promote The General Welfare*. pp. 3 ss. 1989.

Planificada y, de manera más clara, la Economía Comunista o Centralizada, parten de la hipótesis de que la actividad económica privada es incapaz de alcanzar ciertos objetivos considerados prioritarios, entre ellos y de manera fundamental el desarrollo económico de un país y el bienestar de todos sus individuos.

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

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

Mi tesis fundamental es que al igual que la intervención del Estado en la educación o vivienda resultó siendo contraproducente, la nueva legislación antimonopólica y de protección al consumidor habrá de correr la misma suerte, pues ambas están sostenidas sobre los mismos supuestos, incorrectos en mi opinión.

I. JUSTIFICACION Y CRITICA A LA INTERVENCIÓN ESTATAL

La clásica justificación a la intervención estatal en materia económica dentro de una economía de mercado proviene de Pigou, quien sostuvo que ésta debe producirse cuando el costo social de una actividad es mayor al costo individual de quien la realiza, esto es, cuando se producen externalidades. Así por ejemplo, si determinado alimento causa cierta alergia, el hecho de que el productor no asuma el costo de mejorar su producto (sea pasteurizándolo, agregando preservantes, o mejorando el proceso de producción) ni que pague por los daños que cause debido a ello, significa que está transfiriendo

(externalizando) parte de los costos que él debiera asumir (prevención o indemnización) a los consumidores quienes tendrán que comprar las medicinas o en todo caso asumir el daño causado (soportar la enfermedad y dejar de asistir al trabajo)³.

Según Pigou, la existencia de dichas externalidades se debe a los altos costos de transacción -y en particular de información-, existentes en determinados sectores del mercado y, que ameritan que el Estado participe correctivamente para resolverlos o, en todo caso, reducirlos. También considera Pigou que la existencia de "free riders" justifica la intervención estatal debido a que quienes venden un producto o servicio no podrán cobrar a todos los que se benefician de él. El típico ejemplo es la red de alumbrado público en donde una persona se beneficia del simple hecho de que su vecino cuente con luz pública frente a su casa (mayor iluminación en la cuadra, ahuyenta ladrones, aumenta el valor del inmueble, etc.)⁴

Sin embargo, la posición de Pigou, vigente actualmente en las más importantes leyes marco que regulan nuestra economía, fue demoledoramente criticada por Ronald Coase, premio Nobel de economía, quien advirtió que, así como el mercado es imperfecto, la intervención estatal también lo es. Más aún, la intervención estatal puede ser más costosa e imperfecta que el mercado al que se quiere corregir. Por lo tanto, Coase propone que se evalúe cuidadosamente si esa intervención estatal resuelve efectivamente mejor que el mercado determinados problemas y si los beneficios que produce son mayores que sus costos. Esta no fue la única contribución de Coase. También demostró que la mayor parte de las imperfecciones atribuidas al mercado se debe más bien a que el mercado no es capaz de funcionar ni de corregir sus desperfectos debido a las distorsiones causadas por la regulación estatal⁵.

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

II. NORMAS SOBRE PROTECCION AL CONSUMIDOR

El Decreto Legislativo N° 716, sobre protección al consumidor, intenta compensar una supuesta

³ ROWLEY, Charles. Prólogo al libro "The Myth of Social Cost" de CHEUNG, Steven. Cato Institute. 1978.

⁴ Ver sobre "free riding" REBAZA, Alberto. "Hacia una Verdadera Protección del Derecho de Propiedad". En El Derecho Civil Peruano: perspectivas y problemas actuales. Fondo Editorial de la PUCP. 1993.

⁵ COASE, Ronald. "The Problem of the Social Cost". En *The Journal of Law and Economics*. 1960.

asimetría entre los ofertantes de productos y servicios, y los consumidores⁶. La consecuencia inevitable de tal suposición es que la relación entre ofertantes y demandantes debe extraerse de la esfera del Derecho Civil, en donde se asume que las partes que celebran un contrato son iguales, e incrustarse en una nueva área del Derecho, el de la Competencia. En este nuevo recinto, se otorga a una de las partes, los consumidores, una serie de ventajas con respecto a la otra parte, los proveedores, pues se asume que estos últimos cuentan con mayor información y mayores medios para lograr que las transacciones se ajusten a sus particulares intereses.

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

Los efectos de las leyes son imprevisibles. Los objetivos ambicionados muchas veces no son alcanzados. Así sucedió con la Ley de Inquilinato que terminó por reducir la oferta de inmuebles para alquiler, perjudicando a gente humilde que pretendía alquilar, y a propietarios que llegaron a recibir por renta sumas inferiores a las que debían pagar al año por el Impuesto al Patrimonio Predial. Así sucedió también con la Ley de Estabilidad Laboral que redujo la demanda de mano de obra, beneficiando sólo a quienes ya contaban con un puesto de trabajo pero perjudicando a aquellos que ingresaban al mercado laboral⁸.

Las externalidades, es decir, los efectos no deseados de una actividad pueden surgir de un individuo, de una empresa o del Estado. Lo que pretendemos mediante el análisis de las siguientes normas es mostrar las externalidades negativas que ocasiona el Decreto Legislativo N° 716 a los consumidores.

2.1 SERVICIOS DE REPARACION

"Artículo 11°.- Los productores deberán asegurar el suministro oportuno de partes y accesorios, servi-

cios de reparación, y de mantenimiento de los bienes que produzcan durante el lapso en que aquellos se fabriquen, ensamblen o distribuyan, y posteriormente, durante un lapso razonable en función de la durabilidad de los productos. Igual obligación asumirán quienes importen productos para su venta al público, respecto de los que distribuyen en el país.

El Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración, podrá determinar el plazo y las condiciones para el cumplimiento de esta obligación en aquellos casos en que lo considere necesario".

Dentro de los elementos utilizados para calcular el costo de un producto, por ejemplo un automóvil, se encuentra necesariamente la existencia o no de repuestos, talleres especializados, y una adecuada red de servicios a nivel nacional. Es por ello que un Volkswagen Escarabajo tiene aún un extraordinario precio de reventa.

Un consumidor razonable sabe que, en caso de tener igual precio, un automóvil de marca conocida y de venta extendida en el país le dará en el futuro menos problemas que un auto de marca desconocida. Pero lo mismo es conocido por los vendedores de marcas poco difundidas en el país, quienes suelen compensar este defecto mediante la reducción de sus precios. En consecuencia, *ceteris paribus*, dos elementos a tomarse en cuenta en la reducción del precio internacional (π_i) de un producto hasta llegar al precio final (π_f) en un mercado determinado, son el daño que puede sufrir el consumidor al no obtener los repuestos necesarios (d) y la probabilidad de que tal situación ocurra (prob).

En consecuencia el precio final de los carros se acercará a un punto de equilibrio cercano, dependiendo del funcionamiento del mercado⁹:

$$\pi_f = \pi_i - (d \times \text{prob})$$

Los consumidores deben tomar la decisión, no el legislador ni el MITINCI. Un consumidor con aver-

⁶ Ver, a modo de ejemplo, el cuarto considerando de la Resolución N° 8 de la Comisión de Protección del Consumidor, publicada el 14-09-95, en el procedimiento de oficio seguido contra un banco por la inclusión de un seguro obligatorio como parte del contrato de cuenta bancaria con sus clientes. En dicho considerando se señala que "si bien los consumidores suelen adquirir información por medio de su experiencia en el mercado y en consecuencia pueden autoprotgerse por medio de sus propias decisiones de intercambio, existen circunstancias en que dicho mecanismo no funciona de manera adecuada precisamente por los niveles de asimetría en la información existente y por el carácter coercitivo o engañoso de las prácticas desarrolladas por algunos proveedores".

⁷ FRIEDMAN, Milton y STIGLER, George. Techo o Control de Alquileres: el problema de la Vivienda. En *Popular Essays of Current Problems*, Vol. II, N° 2. The Foundation for Economic Education. 1946.

⁸ Ver INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. "La Ley de Estabilidad Laboral". 1986.

⁹ Evidentemente el consumidor comprará siempre y cuando el precio final se reduzca en una cantidad igual o mayor a lo que él considera apropiado, es decir, cuando $\pi_f' \leq \pi_i - (d \times \text{prob})'$, siendo $(d \times \text{prob})'$ calculado subjetivamente por aquél. Por otro lado, el vendedor venderá cuando la reducción en el precio final sea igual o menor a la reducción de precio que él considere apropiada, es decir cuando $\pi_f' \geq \pi_i - (d \times \text{prob})$. Sin embargo, el acuerdo habrá de producirse cuando $\pi_f' = \pi_f$.

sión al riesgo, optará por la marca conocida pagando el mayor costo que significa contar con repuestos en el futuro. Un consumidor neutral al riesgo, comprará el carro usado beneficiándose del menor precio. El mercado funciona mejor en la medida que pueda satisfacer cada vez más las distintas necesidades de los consumidores.

El mercado es distorsionado cuando la regulación estatal impide a cierto sector de consumidores asumir el riesgo que desean. En efecto, el artículo bajo comentario reduce opciones, al eliminar el factor "d x prob". Todos los consumidores dispuestos a asumir algún riesgo a cambio de una reducción en el precio se enfrentarán a una barrera legal que cerceña opciones y aumenta precios.

Evidentemente algunos pensarán que éste es un caso en que se justifica la intervención estatal debido a que la información es insuficiente y por tanto el mercado no funciona adecuadamente.

Con respecto a esto último conviene recordar que el costo de los productos para el consumidor (cc), siguiendo a Stigler¹⁰, es el precio pagado final (pf) más el costo de búsqueda de información (ci).

$$cc = pf + ci$$

En otras palabras no es que no haya información disponible, sino que la adquisición de la información es onerosa y puede que en ciertos casos no amerite invertir una gran suma en obtenerla.

La simple constatación de la situación anterior no indica automáticamente que el Estado se encuentre en mejor posición para mejorar la actuación del mercado. Por el contrario, para decidir qué tipos de repuestos deben ser suministrados obligatoriamente; qué tipo de servicios asegurados; qué plazos, comprometidos; y, qué ciudades, abastecidas, el MITINCI deberá asumir inmensos costos de información para analizar el mercado. Es fácil anticipar la ineficiencia de las decisiones a que llegue.

La reacción de los proveedores no es difícil de anticipar: aumento de precios. Lo lamentable es que dicho aumento impedirá que muchos consumidores, cuya única posibilidad era comprar productos baratos sujetos a cierto riesgo, no sean capaces de

asumir el mayor costo. El efecto de la norma es contraproducente. So pretexto de proteger al consumidor se le perjudica en un aspecto decisivo pues ya no podrá, precisamente, consumir.

Menos previsible, pero latente siempre en nuestro país, es la posibilidad de establecer un control de precios por parte de la misma autoridad para solucionar el aumento sugerido. De ser así, habríamos llegado entonces a una situación que nos recordará sin duda alguna la década de los ochentas.

"Artículo 13°.- El prestador de servicios de reparación no podrá condicionar la prestación de servicio a la compra de éste de los repuestos o partes requeridas".

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

Esta norma es absurda. Si el consumidor no está de acuerdo con una situación como la prevista, simplemente puede optar por elegir otra persona que brinde el servicio sin ataduras de ningún tipo. En Estados Unidos se ha desarrollado la doctrina del "Tying Contract"¹¹ que también apunta a evitar ventas atadas, pero ella se aplica solamente en aquellos casos en que el proveedor cuente con una posición monopólica que impida al consumidor optar por una propuesta diferente. Como es obvio, las posiciones monopólicas no son frecuente por lo que es un gran error legislar de una manera tan general como en este caso.

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

¹⁰ STIGLER, George. "The Economics of Information". En *Journal of Political Economy* N° 69 y en *Legal Regulation of Competitive Process* por KITCH, Edmund y PERLMAN, Harvey, Foundation Press. 1991.

¹¹ Ver AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. "Antitrust Analysis". Little, Brown and Company. pp. 425 ss. 1988.

La norma en cuestión no permite excepciones, por lo tanto limita la posibilidad de que los consumidores se vean favorecidos por distintas ofertas que varíen desde la simple prestación de un servicio, pasen por la prestación de servicio atada con o sin garantía, hasta la prestación del servicio no atado con garantía. El artículo bajo comentario aumenta el costo de los proveedores al no poder utilizar estrategias para reducir el riesgo que significa brindar un servicio garantizado.

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

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

Cuando el consumidor de un servicio recibe el producto reparado sin garantía alguna, está asumiendo el costo de la inspección y de los desperfectos ocultos a cambio de un menor precio. La existencia de una garantía legal o voluntaria implica mayor cuidado en la reparación y también mayores costos pues se tenderá a usar repuestos de mejor calidad. Pero esto no es gratuito. Esto se traducirá inevitablemente en un mayor precio.

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

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

El marco es sumamente rígido, pero sobre todo arrogante. En efecto, no se deja margen a soluciones

creadas por los propios agentes económicos si es que consideran que la normatividad va en contra de sus intereses. La única excepción es el artículo 12° que permite al consumidor autorizar al proveedor de un servicio a utilizar repuestos usados en vez de nuevos, tal como lo exige en principio.

El asunto resulta especialmente lamentable, cuando países con abundante experiencia en materia de protección al consumidor, competencia desleal y libre competencia vienen retrocediendo luego de haber comprobado deficiencias evidentes en normas de esta clase.

2.2 INFORMACION EN CASTELLANO.

"Artículo 16°.- En todos los casos, los datos que ostenten los productos de manufactura nacional destinados al consumo en el mercado interno o sus etiquetas, envases, empaques y la publicidad respectiva deberán estar expresados en términos comprensibles en idioma castellano y conforme al sistema general de unidades de medida. Tratándose de productos de manufactura extranjera, se debe imponer sobre los mismos la información correspondiente en idioma castellano".

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

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

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

Lo que sucede es que hay un problema de costos que la norma no contempla en el Perú ni en Chile. En efecto, una cosa es poner información en cada uno de los productos cuando se trata de un televisor, un automóvil o una máquina, y otra cuando se trata de

cientos de miles de pequeños envases o empaques, llegándose al absurdo de proceder a estampar información en todos y cada uno de ellos.

El problema radica en que regulaciones como ésta comparten una marcada subestimación con respecto a los consumidores. La normatividad vigente los trata como incapaces relativos¹². Si un consumidor no puede leer la información contenida en el empaque de un producto, debería desconfiar del producto y optar por no consumirlo. En buena cuenta, nadie más interesado que las empresas mismas en atraer al consumidor mediante la mayor cantidad de información.

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

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

2.3 EXHIBICION DE PRECIOS

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

No someter al consumidor a la presión que significa entrar a una tienda en donde vendedores entrenados obligarán prácticamente a aquél a adquirir un bien que se encuentra por encima de sus posibilidades, es el objetivo de esta norma. Para ello, los precios exhibidos en las vitrinas alertarán al consumidor de lo que le espera una vez traspasado el umbral de una tienda.

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

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

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

2.4 LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL FRENTE A LAS NORMAS ESPECIALES DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

Los otros artículos sustantivos del Decreto Legislativo 716 son aplicaciones específicas de las normas de responsabilidad civil contractual como extracontractual del Código Civil al ámbito de protección al consumidor, lo que es común en un sistema legal estatutario. Los siguientes son algunos ejemplos de ello.

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

¹² El artículo 46 del Código Civil establece quiénes son incapaces relativos, incluyendo junto a los toxicómanos, los retardados mentales, y los ebrios habituales, a los mayores de dieciséis años, pero menores de 18. A su vez, el artículo 227 señala con respecto a estos últimos que las obligaciones que ellos contraigan son anulables. Esta misma consecuencia se produce cuando se incumple el Decreto Legislativo 716 a pesar de que quien contrata es una persona mayor de 18 años y responsable de sus actos (pero no para los legisladores).

"Artículo 8°.- Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos, por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase en lo que corresponde".

"Artículo 9°.- Los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes. En caso que, por la naturaleza del producto o del servicio el riesgo sea previsible, deberá advertirse al consumidor de dicho riesgo, así como el modo correcto de la utilización del producto o servicio".

"Artículo 10.- En caso que se coloque en el mercado productos o servicios, en los que posteriormente se detecte la existencia de peligros no previstos, el proveedor se encuentra obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro, tales como notificar a las autoridades competentes esta circunstancia, retirar los productos o servicios, disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores oportunamente con las advertencias del caso".

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

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

"Artículo 20°.- La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las características y funciones propias de cada producto y las condiciones y garantías ofrecidas, dan lugar a obli-

gaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido".

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

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

El resto de normas de fondo trata cuestiones vinculadas con la publicidad por lo que serán discutidas en la próxima sección.

III. NORMAS SOBRE PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR

El Decreto Legislativo N° 691, a diferencia del Decreto Legislativo N° 716, no contiene normas categóricas ni prohibiciones absolutas. Esto se debe probablemente al objeto mismo de regulación más que a la intención de los legisladores por flexibilizar el radio de acción de los anunciantes y proveedores.

Las normas más importantes están sujetas a interpretación¹³. Por lo tanto los efectos dependerán del desempeño de los miembros de la Comisión. A continuación mencionaremos aquellas normas y luego discutiremos algunos elementos que deberían ser tomados en cuenta por la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal.

"Artículo 3°.- Los anuncios deben respetar la Constitución y las Leyes.

Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa.

Los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ile-

¹³ Son pocas las excepciones, como el artículo 9° que establece que los anuncios televisivos y/o radiofónicos de bebidas de alto grado alcohólico o de tabaco deben estar dirigidos siempre a los adultos y dentro de un horario de diez de la noche a seis de la mañana. Un problema con respecto a esta norma es la desigualdad que crea entre las mencionadas bebidas y la cerveza, cuando el efecto en un niño puede ser exactamente el mismo y cuando la magnitud de publicidad de las cerveceras rebasa ampliamente al de las primeras.

gales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades".

"Artículo 4°.- Los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad o exageración puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta.

Los anuncios de productos peligrosos deberán prevenir a los consumidores contra los correspondientes riesgos".

"Artículo 5°.- Los anuncios no deben contener o referirse a ningún testimonio, a menos que sea auténtico y relacionado con la experiencia reciente de la persona que lo da.

La difusión de un testimonio con fines publicitarios requiere de una autorización expresa y escrita del testigo".

"Artículo 7°.- Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil.

Los anuncios no deberán imitar el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de otros mensajes publicitarios nacionales o extranjeros cuando la imitación pueda dar lugar a error o confusión.

Los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía".

"Artículo 8°.- Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores.

Toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados".

"Artículo 10°.- Los anuncios dirigidos a menores se sujetarán además a las siguientes reglas:

10.1 Ningún anuncio deberá afirmar que el producto anunciado está en forma fácil e inmediata al alcance de cualquier presupuesto familiar.

10.2 El uso de la fantasía no debe inducir a los menores a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos.

10.3 Deben respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores.

10.4 No deben insinuar sentimientos de inferioridad al menor que no consuma el producto ofrecido.

10.5 No deben presentar a menores en situaciones o lugares inseguros o inadecuados".

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

La publicidad es el medio principal mediante el cual el productor informa al consumidor sobre las cualidades de su producto, proporcionándoles los datos requeridos para efectuar sus decisiones de mercado.

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

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

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

La competencia es, en nuestro concepto, la mejor arma contra el abuso publicitario. Cualquier anun-

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

La reputación empresarial es también un elemento que merece ser tomado en cuenta. En los Estados Unidos los productos son clasificados, para efectos de cuestiones referidas a publicidad en "*search goods*" (bienes que pueden ser evaluados mediante un análisis objetivo anterior a la compra, por ejemplo, un carro, trigo, papel), "*experience goods*" (bienes que tienen que ser adquiridos y probados para saber si se ajustan al gusto de uno, por ejemplo, vinos, galletas o detergentes) y "*credence goods*" (que son bienes que incluso luego de ser consumidos no pueden ser totalmente evaluados por el consumidor como buenos o no, por ejemplo, los servicios legales o médicos).

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

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

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

aquellos identificados con una marca o empresa conocida.

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

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

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

Lilian Bevier rescata el proceso natural de autocontrol en la información contenida en la publicidad, al resaltar que las empresas son conscientes de que cuanto mayor es para los consumidores el costo de verificación de la veracidad publicitaria, es menor la tendencia entre los consumidores a creer en las aseveraciones de las empresas y por lo tanto también menores los incentivos en las empresas por efectuar este tipo de afirmaciones, al reducirse la posibilidad de lucrar mediante esta estrategia¹⁴. Por ejemplo, la simple afirmación de que un producto es mejor al resto es absolutamente inocua si se trata de productos en los que la comparación es imposible. Difícilmente un consumidor verdaderamente creería un eslogan que afirmase que Coca Cola es la mejor. Los consumidores están en capacidad de interpretar la publicidad y sus prácticas, por lo que al consumir Inca Kola no creerán que están bebiendo una bebida inferior, sino distinta.

¹⁴ BEVIER, Lylian. Apuntes del curso "*Legal Regulation of the Competitive Process*" en University of Virginia School of Law. 1994.

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

Ahora bien, es cierto que mediante la publicidad las empresas pueden llegar a mentir o engañar, pero también es cierto que como consecuencia de la intervención la carga de información puede reducirse en perjuicio de los consumidores. Esta fue la disyuntiva que en Estados Unidos enfrentó la Corte Suprema en el caso *Morales vs. Transworld* en donde se declaró expresamente la conveniencia de permitir cierta cantidad de engaño en la publicidad, por ejemplo que no se mencionara que los precios no incluían impuestos o que habían ciertas restricciones a las promociones ofrecidas, con el objeto de promover mayor competencia de precios¹⁵.

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

Habíamos dicho que otro elemento menospreciado es el nivel de autoprotección del consumidor frente a lo que lee o ve. Se asume, equivocadamente en nuestro concepto, que el consumidor tiende a creer a ciegas toda la carga publicitaria. Pero más aún, no se suele tomar en cuenta el tipo de consumidor involucrado en cada caso. No es el mismo tipo de consumidor promedio el que está comprando un chocolate, un carro deportivo o una maquinaria textil. El nivel de sofisticación del consumidor pro-

medio de un producto debe ser evaluado permanentemente. En efecto, a mayor sofisticación del consumidor, es aconsejable una mayor libertad en la actividad publicitaria puesto que la posibilidad de engaño o defraudación se reduce de manera directamente proporcional.

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

Existen, sin embargo, imprecisiones con respecto al grado de responsabilidad existente sobre la empresa anunciante. Si bien el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 691 establece que cualquier ilustración, descripción o afirmación publicitaria sobre el producto anunciado será siempre susceptible de prueba por el anunciante a requerimiento del CONASUP, no se establece si se requiere dolo o culpa para ser susceptible de sanciones o, más aún, si se trata de responsabilidad objetiva.

El asunto se agrava al extenderse la responsabilidad de manera solidaria a la agencia de publicidad que efectúa el anuncio, lo cual es absurdo¹⁶. En efecto, esto significa que la agencia de publicidad debe añadir a su trabajo normal y natural de creación artística y de producción, otro de fiscalización, verificación y supervisión de la información proporcionada por el cliente. Las consecuencias, como siempre, tienen connotaciones económicas. Las agencias de publicidad aumentarán el costo de sus servicios por la mayor responsabilidad que asumen, encareciendo el producto y reduciendo por tanto nuevamente la publicidad disponible a los consumidores¹⁷. El desconcierto que pueden traer estas normas puede aumentar en la medida que, como ya lo hemos señalado, no existe la menor idea del grado

¹⁵ *Morales vs. Transworld Airlines Inc.* Corte Suprema de los Estados Unidos 1992. 112 S.Ct. 2031.

¹⁶ Artículo 13° y 14° del Decreto Legislativo N° 691.

¹⁷ Es probable que un estudio empírico no muestre en estos momentos un mayor costo en los servicios brindados por las agencias de publicidad. Esto se debe al grado de aplicación de la norma, es decir, si las normas a pesar de ser rígidas no han sido aplicadas aún o, en todo caso, no en casos que hayan merecido sanciones considerables, no habrá una modificación considerable de precios. Sin embargo, si se impone sanciones de importancia, el reflejo en los precios es inevitable.

de responsabilidad exigido, esto es, negligencia, dolo o responsabilidad objetiva.

IV. CONCLUSION

Así como el mercado, la regulación estatal es también imperfecta. Conviene por tanto evaluar en cada caso si la intervención estatal no causa mayores problemas que aquellos que pretende resolver.

Creo que eso sucede precisamente con gran parte de los artículos de los Decretos Legislativos N° 691, sobre normas de publicidad en defensa del consumidor, y N° 716, sobre protección al consumidor, que han sido comentados. El consumidor a la larga va a ser perjudicado por normas que buscaron favorecerlo, haciendo vigente una vez más la famosa frase "no me ayudes compadre".



CULTURAL CUZCO S.A.
EDITORES

**AL SERVICIO
DEL DERECHO**

Telef. 220475