

UN ACERCAMIENTO PRELIMINAR A LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR^(*)

CARLOS A. PATRÓN SALINAS^(**)

"Underlying most arguments against the free market is a lack of belief in freedom itself."

—Milton Friedman

INTRODUCCIÓN

Recientemente hemos presenciado con asombro el debate en la Comisión de Protección al Consumidor del Congreso de la República en torno a una propuesta para suspender, mediante la dación de una Ley, las acciones de cobranza relativas a créditos de consumo impagos. Diariamente, los medios periodísticos reportan nuevas iniciativas de políticas como la expuesta, todas, al parecer, inspiradas en la necesidad de proteger a los consumidores contra los supuestos abusos que soportan.

Si bien los fines que se aducen perseguir con este tipo de medidas, pueden, a primera vista, parecer loables, lo cierto es que políticas económicas como las descritas no siempre sirven los propósitos para las cuales fueron diseñadas. Lo que es más, paradójicamente, muchas veces este tipo de políticas terminan perjudicando a los consumidores que pretenden proteger.

Así, por ejemplo, de prosperar la iniciativa antes reseñada, es predecible que, ante el incremento del riesgo del incumplimiento contractual, los intereses bancarios en futuras operaciones de crédito sean cada vez más elevados. Así, el que finalmente pagará los platos rotos será el consumidor, quien verá sus opciones de consumo en el mercado cada vez más limitadas.

En torno a la protección al consumidor se han tejido una serie de tabúes y mitos que resulta necesario desterrar. Uno de los más perniciosos, sin duda, es la idea de que la protección estatal del consumidor –entendida ésta como la intervención directa del Estado en las actividades de producción y consumo– es imprescindible. Nos referimos a la idea de que los consumidores, sin este tipo de protección Estatal, se encontrarían en un estado de indefensión y serían blancos fáciles para el abuso.

En las siguientes páginas, intentaremos bosquejar, de una manera introductoria, cuál es la función de las políticas de protección al consumidor, desde una perspectiva económica. Como

(*) Las ideas expuestas en el presente trabajo son fruto de mis relaciones profesionales, académicas y sociales con muchas personas a lo largo de los últimos años. No confío lo suficiente en mi memoria como para intentar nombrar a todos. Sin embargo, no deseo dejar de mencionar a Marina Lozano, Rosemary Thorp, José Luis Ceballos, María Inés Vásquez, Alfredo Sullari, Annuncio Cáceres, Héctor Eguen, Hugo Eyzaguirre, Alejandro Follo, Javier Mor, George Rieff y Alfonso Rivera. A ellos les agradezco, sinceramente, la paciencia con la que han sabido escuchar mis inquietudes y por haberme enseñado, día a día, con su trabajo y profesionalismo, lo que los datos y los hechos no pueden enseñar. Cualquier error en la exposición, por supuesto, es únicamente atribuible al autor.

(**) Bachiller y licenciado en Derecho graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú; Master en Derecho (LL.M.) graduado en la Universidad de Yale; Master en Políticas Públicas (M.Sc.) graduado en la Universidad de Oxford; Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

trabajo introductorio, el propósito de este trabajo simplemente es sentar algunos criterios para un futuro análisis y estudio crítico del amplio abanico de opciones regulatorias disponibles en esta materia, a fin de poder contar con herramientas que nos puedan servir para prevenir despropósitos legislativos como el reseñado anteriormente.

I. EL RETO DE ORGANIZAR LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA

Más allá de asegurar las condiciones de subsistencia mínima, toda sociedad enfrenta el reto de establecer instituciones que movilicen la energía humana hacia fines productivos. En este orden de ideas, a lo largo de la Historia humana podemos identificar, por lo menos, tres modelos básicos de organización económica, a saber: la tradición, la planificación centralizada y el mercado.¹ En el primero, el modelo de la tradición, las convenciones sociales establecen reglas de conducta que determinan las actividades o tareas que desarrollará cada individuo y la manera cómo se distribuirá el resultado de la producción. Este modelo, como se comprenderá, depende, en gran medida, de relaciones sociales y económicas muy estables. Así, por ejemplo, dentro de este esquema el 'estatus' puede determinar que ciertos miembros de la sociedad se encuentren asignados a cumplir roles subordinados u oprimidos, como ha sido muchas veces el caso de las mujeres a lo largo de la Historia.²

En el modelo de la planificación centralizada, las decisiones en torno a la organización de la producción y del consumo son tomadas por unos pocos e impuestas, por medio de comandos y jerarquías, a los demás. Este modelo nos evoca a la memoria la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, aunque los tomadores de decisiones también podrían ser electos de manera democrática. Sea cual fuera la forma en que se determinan las jerarquías, dentro de este modelo los tomadores de decisiones usualmente enfrentan severos problemas de información para determinar qué, quién y cómo se produce y consume. Igualmente, por lo general, encontrarán gran dificultad para ejecutar estas decisiones, debiendo muchas veces recurrir a la coerción u otros mecanismos, igualmente costosos, para inducir el cumplimiento de las directivas.³

Finalmente, en el modelo de mercado las decisiones en torno a la producción y el consumo son descentralizadas y dejadas en manos de numerosas decisiones de intercambio atomizadas efectuadas por los proveedores y los consumidores, sobre la base de sus preferencias individuales. No obstante, el mercado también adolece de defectos. Así, por ejemplo, existen fallos de mercado (por ejemplo, la asimetría en la información) que pueden dificultar o incluso impedir que el intercambio voluntario cumpla su propósito de manera eficiente. Asimismo, algunos critican que el modelo de mercado no puede asegurar que todas las necesidades y expectativas de los individuos puedan ser siempre satisfechas, lo que implica que necesariamente existirá desigualdad. Sin embargo, este resultado no necesariamente es indeseable ya que, en cierta medida, la desigualdad es un presupuesto necesario para el funcionamiento del modelo, en tanto aquella sirve como estímulo para fomentar el intercambio sobre la base del cual se sustenta y sostiene la organización de la actividad productiva.⁴

1 Esta clasificación es atribuida por Tebbelock (TEBBLOCK, Michael: *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 7) a Robert Heilbroner y William Milberg. La última edición de la obra citada por Tebbelock es la siguiente: HEILBRONER, Robert L. y William S. MILBERG, *The Making of Economic Society* (Upper Saddle River: Prentice Hall, 10 ed., 1997).

2 Ver Tebbelock, op. cit., p. 1-2.

3 Ver ibid.

4 Ver ibid.

Los modelos antes descritos son ilustrativos para fines didácticos pero, claro está, no necesariamente encuentran correlativos exactos en la realidad. Por el contrario, basta repasar las distintas formas de organización de la actividad productiva, presentes a lo largo de la Historia o en el mundo contemporáneo, para comprender que, comúnmente, los tres modelos coexisten, en diferentes medidas, en cada sociedad. En otras palabras, "...todas las sociedades evocan alguna combinación de estos tres modelos, pese a que el grado de énfasis de cada uno ha variado dramáticamente de una sociedad a otra a través de la historia y, ciertamente, en el mundo contemporáneo".⁵

Así, por ejemplo, la Sociología del Derecho y otros enfoques interdisciplinarios nos revelan que en la sociedad occidental contemporánea las relaciones sociales tradicionales aún cumplen un papel importante en la determinación de las normas de comportamiento de los individuos.⁶ Por otro lado, en la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, de corte marcadamente centralista, gran parte de su actividad económica dependía de (y se desarrollaba sobre la base de) mercados negros. Finalmente, aún debe estar fresco en nuestros recuerdos el caso del Perú en la segunda mitad de la década de los 80s, en el que la organización económica, nominalmente una "economía social de mercado", era predominantemente de corte centralista.

En un polémico ensayo publicado en 1989,⁷ Francis Fukuyama proclamó que la Historia, en un sentido Hegeliano, entendida como "un proceso evolutivo singular y coherente, tomando en cuenta la experiencia de todos los pueblos en todos los tiempos",⁸ había llegado su fin con la confrontación ideológica entre los modelos centralistas y de mercado. Fukuyama observaba que tras un siglo de intenso debate, la democracia liberal y la economía de mercado habían salido airoso, imponiéndose como modelos de organización de manera casi universal, sin que existan, actualmente, paradigmas políticos o económicos alternativos que se vislumbren. Para él, si bien la democracia liberal y la economía de mercado podían seguir perfeccionándose, el ideal subyacente a este modelo era inmejorable.⁹

Sin perjuicio de que la proclamación de Fukuyama pueda parecerle a algunos extremista o prematura, lo cierto es que actualmente, a inicios del siglo XXI, resulta innegable que en la mayor parte del mundo observamos una fuerte tendencia hacia el establecimiento de formas de organización de la actividad productiva con un énfasis predominante del modelo de mercado. Y ello probablemente se deba al hecho que los mecanismos del mercado han demostrado reiteradamente ser, como regla general, más eficaces para organizar la actividad productiva que las decisiones estatales planificadas. Así, "(d)entro de esta concepción, el Estado deja de interpretar el rol de protagonista del sistema económico, cediendo ese papel a los proveedores y consumidores. Ya no le corresponde a los funcionarios públicos determinar qué producir, cómo producir y a qué precios producir, dejándose esta función en manos de una infinidad de decisiones atomizadas en un mercado masivo. Se cambia así la regulación por el contrato, la norma por la autonomía y el intervencionismo por la libertad".¹⁰

5 Op. cit., p. 2 (traducción libre).

6 Ver, por ejemplo, ELLISON, Robert E. *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

7 FUKUYAMA, Francis, *The End of History?* En: *The National Interest*, Vol. 3, Verano 1989.

8 FUKUYAMA, Francis, *The End of History and the Last Man*. Nueva York: First Avon Books, 1990, p. xi (traducción libre).

9 Op. cit., p. 24.

10 BULLASO, Alfredo y COLLA-RIZOR, E. *Qui Toder Becheit: Apuntes Sobre la Esperanza Personal en Materia de Protección contra la Competencia Defeata*. En: *THEMAS - Revista de Derecho*, N° 23, 1995, p. 403.

Como es de esperarse, este nuevo énfasis en el modelo de mercado exige una contraparte legislativa. Es decir, para que este modelo funcione adecuadamente, se requiere de un marco normativo que, entre otras cosas, facilite a los individuos poder elegir los productos y servicios que, en su opinión, satisfagan sus necesidades y preferencias; y, a su vez, garantice la transparencia del proceso de intercambio. Es, precisamente, dentro de este marco que se encuadran las normas de Protección al Consumidor.

La existencia de las normas de Protección al Consumidor no es, pues, de manera alguna casual o accidental. Por el contrario, estas normas responden a necesidades concretas resultantes de las formas de organización de la actividad productiva imperante. Si entendemos esta premisa, no debería resultarnos difícil de comprender por qué la revolución industrial trae consigo la aparición de las primeras formas de responsabilidad por productos defectuosos,¹¹ o por qué la protección al consumidor, como materia de estudio, se haya desarrollado principalmente en el siglo XX de la mano con la masificación del consumo.¹² El caso peruano resulta igual de ilustrativo: las primeras normas de Protección al Consumidor son promulgadas con posterioridad al proceso de industrialización de la actividad económica impulsado por el último régimen militar de facto (1968-1980),¹³ pero la disciplina de la protección al consumidor en nuestro medio recién empezará a florecer luego de las reformas promulgadas en la década de los 90s que marcan el viraje de una sociedad con fuerte énfasis centralista hacia un modelo predominantemente de mercado.

El reconocer que las normas de Protección al Consumidor responden a necesidades concretas resultantes del modelo de organización de la actividad productiva actualmente imperante, es el primer paso hacia el entendimiento adecuado de la función económica que esta regulación se encuentra llamada a cumplir. Como complemento, resulta necesario comprender cuáles son las metas que las políticas económicas, en general, deben perseguir dentro de un modelo predominantemente de mercado, como el que existe actualmente en nuestro país.

II. LAS METAS DE LA POLÍTICA ECONÓMICA

Comúnmente, tres metas han dominado el debate en torno a las políticas económicas imperantes en el mundo contemporáneo.¹⁴ La primera meta, y quizás la más antigua, ha sido la de alcanzar la máxima producción posible de bienes y servicios. Esto se lograría, por un lado, empleando al máximo posible los recursos existentes en la sociedad (por ejemplo, eliminando el desempleo y el subempleo de mano de obra) y, por otro, empleando estos recursos de la manera más eficiente posible.¹⁵ Es decir, si la capacidad productiva puede ilustrarse como una 'torta', lo que se persigue es aprovechar, en la medida de lo posible, toda la extensión de la misma.

La segunda meta es impulsar el crecimiento de la economía o, de manera ilustrativa, hacer que "la torta sea cada vez más grande". Esto se lograría, por ejemplo, acumulando capital o incentivando las innovaciones tecnológicas.

11 Ver OWEN, David G., MONTGOMERY, John E. y W. Page KEETON, *Products Liability and Safety Cases and Materials*, Westbury: The Foundation Press, 3rd ed., 1996, pp. 20-22.

12 Op. cit., p. 22.

13 En el Perú, la protección al consumidor encuentra sus orígenes legales en el Decreto Supremo Nº 056-65-JUS del año 1965. Este decreto supremo fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de julio de 1965. Posteriormente, en el día jueves de ley mediante la Ley Nº 23663, se helaba de una norma preocupada más con la regulación de la actividad publicitaria desde una perspectiva algo publicista. Para una breve discusión acerca de este Decreto, ver RWET, José Antonio, *La Responsabilidad por Productos Defectuosos*, Tomo I, Unsa-Fondo Editorial de la FUCV 1992, pp. 913 y ss.

14 Ver, por ejemplo, STRAUER, George J. *The Goals of Economic Policy*. En: LEURE, Ruff R. y Thomas GALE MOORE (Editores), *The Essence of Stigler*, San Francisco: Hoover Press, 1982.

15 En otras palabras, "ningún recurso debe ser empleado de una manera si puede producir más de otro". Op. cit., p. 90 (traducción libre).

Finalmente, la tercera meta que ha dominado el debate académico y político es la reducción de la desigualdad de ingresos o, dicho de otra forma, el lograr una mayor equidad distributiva. Es decir, impulsar que el "tamaño de la tajada de la torta" que le toque a cada individuo, en particular a los más necesitados, sea cada vez más "justa".

Existen distintas políticas económicas que buscan promover, en mayor o menor grado, una o algunas de las metas antes reseñadas. Así, por ejemplo, se podría sostener que las normas de Libre Competencia y Eliminación de Barreras de Acceso al Mercado implementadas en el Perú a lo largo de la década pasada, principalmente, persiguen maximizar la producción. Sin embargo, no siempre las políticas económicas sirven los propósitos para las cuales fueron diseñadas. Como señala George Stigler, "...toda sociedad comete errores al intentar alcanzar sus metas; a menudo no comprende la eficacia de una política determinada para alcanzar una meta determinada, y a menudo las metas anunciadas son meros ropajes vestidos por grupos particulares que persiguen fines particulares",¹⁶

Si bien en algunos casos las políticas económicas diseñadas e implementadas en nuestro país han servido su propósito, lamentablemente los ejemplos de políticas que han resultado ser verdaderos fracasos no escasean. Así, por ejemplo, la Reforma Agraria de los 70s, lejos de reducir la desigualdad de ingresos en el campo, contribuyó a la reducción de la capacidad productiva del agro. Por otro lado, los incrementos salariales, subsidios y controles de precios generalizados, empleados en la segunda mitad de la década de los 80s que procuraban ampliar la demanda interna como un medio para estimular y aprovechar mejor la capacidad productiva local, no sólo probaron ser políticas poco efectivas para lograr tal fin sino, además, contribuyeron al empobrecimiento del país.¹⁷

Los ejemplos mencionados en el párrafo precedente ilustran lo difícil que resulta armonizar las metas antes expuestas. En parte, ello se debe al hecho que las metas son, en cierta medida, incompatibles entre sí, a la luz de las características de los modelos de organización de la actividad productiva dentro de los cuales tales políticas son implementadas, de la manera cómo interpretamos cuáles son los alcances de las metas a seguir y del énfasis que le asignemos al cumplimiento de cada una.

Así, por ejemplo, en el Perú, durante gran parte de las décadas de los 70s y 80s nos encontramos frente a un modelo de corte marcadamente centralista en el que la meta de reducción de la desigualdad de ingresos, entendida como hacer que el tamaño de la tajada de la torta que le corresponde a cada individuo sea lo más similar posible, tenía una especial primacía en la mente de los diseñadores de políticas públicas. Como se señaló anteriormente, en gran medida el fracaso de los modelos de organización de la actividad productiva de corte centralista se puede explicar en función a que, usualmente, los tomadores de decisiones enfrentan severos problemas de información para determinar qué, quién y cómo se produce y consume; e, igualmente, para ejecutar sus decisiones. En otras palabras, este tipo de intervención estatal enfrenta costos de transacción que, de ser significativos, le impiden a la administración ser un adecuado organizador de la actividad productiva.¹⁸ En nuestro medio, estos problemas fueron agravados por la falta de desarrollo institucional que históricamente ha plagado a nuestra administración pública.¹⁹ Estos motivos, entre otros, como la incompatibilidad intrínseca

16 Op. cit., p. 91 (Introducción 1986).

17 Ver ILO (1989) *Baselines, Gestión Económica y Desarrollo en Perú y Colombia*, Lima: Universidad del Pacífico, 1989, pp. 100 y ss.

18 Ver por ejemplo, COASE, *Forand H. The Firm, the Market and the Law*, Chicago: Chicago University Press, 1988, p. 26 y ss.

19 Ver *ibop*, op. cit., pp. 201 y ss.

entre la meta de equidad distributiva –entendida rígidamente como “igualar” los ingresos– con las metas del incremento de la capacidad productiva y crecimiento económico, contribuyeron a los nefastos resultados que aún restan en nuestra memoria.

El reto que nos aguarda, entonces, es el de conciliar los alcances y el énfasis que debemos otorgarle a las metas perseguidas por nuestras políticas económicas, teniendo en cuenta las características del modelo de organización de la actividad productiva por el cuál hemos optado. Así, de manera general, en un modelo predominantemente de mercado la meta de equidad distributiva, mas que igualar los ingresos de las personas, debe orientarse hacia lograr que el tamaño de la “tajada” que le corresponde a cada individuo pueda ser cada vez más grande;²⁰ y ello, a su vez, sólo será posible si logramos aprovechar mejor la extensión de la torta o podemos aumentar su tamaño.

En otras palabras, en un modelo como el que actualmente impera, la obtención de las metas de máxima producción y crecimiento económico ha de ser nuestro norte, lo que a su vez permitirá que haya más riqueza para distribuir. Complementariamente, en el diseño de nuestras políticas distributivas, como lo puede ser la inversión en el acceso a la educación o la eliminación de la discriminación en el mercado, debemos perseguir generar oportunidades para que las personas puedan incrementar sus ingresos, aunque la desigualdad en la distribución subsista. Y es que, como se vio anteriormente, un modelo predominantemente de mercado requiere de cierta desigualdad de ingresos, en tanto ésta sirve como estímulo para fomentar el intercambio sobre la base del cual se sustenta y sostiene la organización de la actividad productiva.²¹

Una vez comprendido que las normas de Protección al Consumidor responden a necesidades concretas resultantes del modelo de organización de la actividad productiva actualmente imperante, y teniendo además en claro cuáles son las metas que las políticas económicas deben perseguir dentro de este modelo, podemos intentar esbozar cuál es la función económica que esta regulación especial está llamada a cumplir.

III. UN TRAZADO DE LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

3.1 La Masificación del Mercado y sus Crisis Ideológicas

Uno de los principales productos de la industrialización y masificación de los mercados de consumo es, sin duda, el contrato estándar. En efecto, el pensamiento de la Escuela del Derecho Natural racionalista, así como el pensamiento de la Ilustración y la filosofía *laissez-faire* de los siglos XVII a XIX, habían exaltado y llevado a un primer plano las ideas de la voluntad individual y la voluntad humana.²² De esta suerte, el concepto de la autonomía de la voluntad se había convertido en el eje racional sobre el cual se fundamentó la creación de las obligaciones y el moderno Derecho de Contratos.²³ Sin embargo, la aparición en escena del contrato estándar,

20 Es decir que el tamaño de la tajada de la torta que le corresponde a un individuo mañana pueda ser mayor a lo que le tocó hoy día; aunque, comparando con otros individuos, la proporción sobre el total del “tamaño de la torta” que le toque mañana pueda ser menor a la que le tocaba hoy día.

21 Con esto no queremos decir que en un modelo predominantemente de mercado no haya cabida para políticas económicas de corte netamente distributivo –esto es, políticas que persigan reducir la desigualdad de ingresos entre los individuos–, como por ejemplo, la recientemente promulgada tarifa social de electricidad. Nuestro argumento, simplemente, es que la eliminación de la desigualdad de ingresos, pese a ser un fin laudable en abstracto, no debe ser el objetivo prioritario de nuestras políticas económicas.

22 Véase, por ejemplo, ATWAL, R.S. An Introduction to the Law of Contract, Oxford: Oxford University Press, 5th ed., 1998, pp. 7-12; DEZ-PIAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial Volumen Primero, Introducción, Teoría del Contrato, Madrid: Civitas, 7ª ed., 1996, pp. 118-121.

23 Como explica Dez-Piazo: “Por una parte, tomando como punto de partida el racionalismo y el individualismo jurídico, esta escuela puso de relieve en primera línea la idea de la voluntad individual y de voluntad humana. Por otra parte, buscando a las normas y a las instituciones una justificación exclusivamente fundada en la razón natural, llegó a la conclusión de que el fundamento racional de la creación de las obligaciones se encuentra en la libre voluntad de las contratantes”. Dez-Piazo, op. cit., p. 121.

o contrato por adhesión, en el cual la capacidad de negociar los términos de los acuerdos era inexistente, habría de estremecer estos cimientos conceptuales.

Azuzados por las presiones sociales y económicas emergentes de la industrialización, desde fines del siglo XIX los críticos del nuevo orden comenzaron a resaltar la desigualdad del poder de negociación entre las partes en el mercado y el uso de contratos estándares como una muestra de debilidad de los conceptos clásicos de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad,²⁴ promoviendo una mayor intervención del Estado en las actividades del mercado. Es precisamente dentro de este contexto que se comienzan a diseñar las primeras normas inspiradas en el afán de proteger a los consumidores de los supuestos abusos de los que serían materia.

Las nuevas corrientes de pensamiento producto de la industrialización tuvieron una sorprendente acogida. Los modelos económicos de corte marcadamente centralista, que discutiríamos anteriormente, habrían de nutrirse de sus ideas. Éstas, incluso, están implícitas en muchas de las políticas económicas adoptadas en los Estados Unidos luego de la Gran Depresión. Y pese a que los modelos de énfasis centralista son hoy virtualmente una especie en extinción a punta de méritos propios, como lo véamos páginas atrás, muchas prescripciones regulatorias afines a éste subsisten hasta hoy día y no faltan aquéllos que aún las profesan.

De manera ilustrativa, nuestro Código Civil de 1984 contiene normas inspiradas en principios críticos de la autonomía de la voluntad, en lo que concierne a los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación. Al parecer, nuestro Código asume que el adherente a un contrato no tiene el mismo poder de negociación o de conocimiento que el redactante, quien le puede imponer una serie de cláusulas lesivas. En tal sentido, el Código prohíbe los pactos que limiten responsabilidad y establece que las cláusulas generales deben ser aprobadas administrativamente. En esta opción legislativa no sólo observamos una postura paternalista sino una cuestionable creencia de que las decisiones centralizadas (aprobación de las cláusulas generales) son superiores a los mecanismos de mercado (la contratación privada).

El error cometido por los críticos de la autonomía de la voluntad estriba en haber atacado los blancos equivocados. Como explica Atiyah, "es cierto que la autonomía de la voluntad era menos real y menos extensa de lo que la teoría clásica había asumido (...) pero el problema acá no era la desigualdad de poder de negociación en sí misma, ni las presiones sociales y económicas derivadas de la pobreza, sino el desarrollo de monopolios y prácticas restrictivas de diversos tipos".²⁵

Curiosamente, en el Perú, al momento de la promulgación del Código Civil nos encontrábamos inmersos en un modelo económico en el cual el principal proveedor de muchos bienes y servicios era el Estado. Ante un escenario generalizado de monopolios estatales (o empresas con posición de dominio), el legislador del 84 parece también haber enfocado sus baterías contra el blanco equivocado. Hoy en día, luego del proceso de reforma económica emprendido en la década de los 90s, el despropósito de nuestra legislación civil resulta aún más notorio, a la luz de que actualmente existe todo un conjunto de regulaciones especiales (regulaciones antimonopólicas y de eliminación de barreras de acceso al mercado) diseñadas para corregir los supuestos de abuso de posición de dominio que pudiesen presentarse dentro del modelo económico imperante.

24 Ver Atiyah, op. cit., pp. 35-36.

25 Atiyah, op. cit., p. 19 (traducción libre).

Como veremos a continuación, el fundamento de la protección al consumidor está, en efecto, vinculado a la aparición del consumidor como categoría contractual, pero no en razón de la desigualdad del poder de negociación entre las partes o del uso de contratos estándares, como incluso hoy algunos aún erróneamente sostienen.

3.2 La Facilitación del Intercambio

Como hemos visto anteriormente, en un modelo de mercado las decisiones en torno a la producción y el consumo son descentralizadas y dejadas en manos de numerosas decisiones de intercambio atomizadas efectuadas por los proveedores y los consumidores, sobre la base de sus preferencias individuales. Este modelo presupone que el intercambio mutuamente voluntario naturalmente conllevará a que los recursos económicos sean asignados a aquellos usos en los que son más valiosos, logrando así maximizar la riqueza de la sociedad.

En la práctica, claro está, la asignación eficiente de recursos por medio del intercambio mutuamente voluntario enfrenta una serie de "obstáculos", o fallas de mercado, que impiden que los recursos sean siempre asignados a sus usos más valiosos. De este hecho tan evidente se deriva la función económica de las normas de protección al consumidor, que no es otra más que facilitar el intercambio mutuamente voluntario en el mercado. Consecuentemente, al diseñar políticas de protección al consumidor, debemos primero dirigir nuestros esfuerzos a identificar las fallas de mercado que afectan el intercambio masificado, a fin de poder luego proponer alternativas regulatorias que las puedan reducir o minimizar.

Las fallas de mercado más comunes que competen a la protección al consumidor suelen derivarse del hecho evidente, pero habitualmente olvidado, que el proceso de intercambio masificado en el mercado se desenvuelve en un mundo en el que existen "costos de transacción".²⁶ Muchas veces estos costos pueden encarecer, entorpecer y, dependiendo de la magnitud que alcancen, desalentar el intercambio mutuamente voluntario. Por otro lado, en razón de la multiplicidad de transacciones que caracterizan el intercambio masificado, estos costos suelen incrementarse geométricamente.

Entre los principales costos de transacción que afligen el intercambio podemos destacar los costos de obtención de información (por ejemplo, información sobre las condiciones del mercado, las alternativas de productos y precios disponibles, la calidad de las distintas alternativas existentes o la veracidad de las características atribuidas a las mismas, y la identidad de las personas que los ofrecen, entre muchos otros), los costos de oportunidad (como el tiempo en que debemos incurrir para negociar los términos contractuales) y los recursos que debemos consumir para contratar (por ejemplo, la contratación de abogados), entre otros.²⁷

Si podemos identificar y reducir estos costos de transacción, garantizando a la vez que las personas tengan la mayor cantidad de alternativas entre las cuales escoger, ciertamente estaremos protegiendo a los consumidores. Ello es así, en tanto que el proceso de intercambio es el medio a través del cual los consumidores, como individuos maximizadores racionales de nuestro beneficio, podremos satisfacer nuestras necesidades, adoptando las decisiones de consumo que más se ajusten a nuestros intereses.

²⁶ Para una explicación ilustrativa acerca del concepto de "costo de transacción" y del Teorema de Coase, ver BULLARD, Alfredo: *Ronald Coase y el Sistema Jurídico*, Sobre el Hebel de Economía 1991, En: Apuntes N° 26, 1991.

²⁷ Para mayor detalle, ver BULLARD, Alfredo: *Primer Paso. Lea Después! La Contratación Masiva y la Defensa del Consumidor*, En: BULLARD, Alfredo: *Estudios de Análisis Económico del Derecho*, Lima: AJA, 1996, pp. 239-241.

Por otro lado, sin embargo, la labor de identificación y reducción de costos de transacción no debe entenderse como una carta blanca para la regulación o una licencia para la intervención estatal en las actividades económicas. Por el contrario, al momento de diseñar políticas de esta naturaleza debemos tener presente que, por lo general, el mercado –esto es, la interacción cotidiana entre consumidores y proveedores– cuenta con mecanismos para corregir muchas de las distorsiones que en él se puedan presentar. En este orden de ideas, nuestra actividad regulatoria debe dirigir sus esfuerzos, principalmente, hacia garantizar que se den las condiciones necesarias para que el mercado funcione adecuadamente. Nótese además que, de esta manera, la función que estamos asignando a las normas de protección al consumidor es coherente con las características del modelo de organización de la actividad productiva en el que nos desarrollamos y con las metas que las políticas económicas deben perseguir dentro de este modelo.

Siguiendo esta línea de razonamiento, por ejemplo, al momento de reflexionar en torno a los contratos por adhesión, debemos comprender que el hecho que un contrato sea ofrecido como un “todo o nada” no es en sí mismo un obstáculo para el intercambio voluntario. Por el contrario, estos tipos de contratos reducen significativamente los costos del proceso de negociación en operaciones masivas, en tanto tienen la virtud de ahorrar el tiempo, el problema y otros costos asociados a la negociación de los términos contractuales.²⁸ En otras palabras, la existencia de este tipo de contratos es acorde a la función que perseguimos con las normas de protección al consumidor.²⁹

COLOFÓN

El estudio de las distintas fallas de mercado que pueden ser corregidas mediante el diseño de políticas de protección al consumidor es un campo amplio y fértil para el debate y la investigación académica que, lamentablemente, excede los límites del presente trabajo. El propósito de este artículo, pues, se verá satisfecho si el lector encuentra en él algunas herramientas que le faciliten emprender dicha labor.

Entretanto, si nuestros diseñadores de políticas no hacen un esfuerzo por tratar de medir las consecuencias que sus iniciativas acarrearían para quienes alegan se pretende proteger, a los consumidores sólo nos quedará preguntar: ¿y ahora quién podrá defendernos?

²⁸ Ver por ejemplo, Aiyeh, op. cit., p. 18.

²⁹ No es el propósito de este trabajo esgrimirnos discutiendo los pros y los contras de los contratos por adhesión. Para los alcances que perseguimos basta con señalar que consideraciones sobrepresionistas como las contenidas en nuestra legislación civil desorientan la inversión, entorpecen el proceso de contratación y, finalmente, perjudican al “consumidor” que se pretende proteger, precisamente porque reducen opciones de consumo y, consecuentemente, encarece los productos y servicios que ofrecen en el mercado. Para mayor abundamiento ver RABÓN, Carlos, *¿Mentira Verdadera?: Reflexiones en torno a la Regulación del Derecho Contractual*, 2a. EDITION, Fernando (Editor), ¿Por Qué Hay Que Cambiar el Código Civil? Lima, Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001.