

Protección igualitaria en un mundo de consumidores heterogéneos: el análisis económico del derecho del consumidor en acción



GUSTAVO RODRÍGUEZ GARCÍA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magíster por la Universidad Austral de Argentina.
Profesor en la Maestría en Derecho de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de la PUCP.
Profesor de “Introducción a la economía y derecho” y “Psicología y derecho” en la Universidad de Lima.
Presidente de la Segunda Comisión Permanente de Ética del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria — CONAR.

SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **Hacia una comprensión cabal del principio de soberanía del consumidor.**
- III. **Protegiendo al consumidor sin precisar a cuál: la asunción de homogeneidad sobre consumidores heterogéneos.**
- IV. **Conclusiones.**



RESUMEN:

Los consumidores tenemos diferentes preferencias, necesidades y limitaciones. No obstante ese dato incuestionable, los sistemas de protección al consumidor suelen apostar ciegamente por esquemas de tutela igualitarios. De manera incluso más grave, muchos esquemas igualitarios operan como esquemas mandatorios. En este trabajo, se plantea que tales esquemas lesionan severamente el principio de soberanía del consumidor y agravan al consumidor dado que se alejan del proceso espontáneo de mercado y lo reemplazan por diseños rígidos que afectan inevitablemente a aquellos consumidores cuyas preferencias o posibilidades se alejan de la regla trazada por la legislación.

Palabras clave: Consumidores, mercado, competencia, análisis económico del derecho.

ABSTRACT:

Consumers have different preferences, needs and limitations. Notwithstanding this unquestionable fact, consumer protection systems tend to bet blindly on equal protection schemes. Even more seriously, many egalitarian schemes operate as mandatory schemes. In this paper, it is argued that such schemes severely injure the principle of consumer sovereignty and injure the consumer since they move away from the spontaneous market process and replace it with rigid designs that inevitably affect those consumers whose preferences or possibilities move away from the rule laid down by legislation.

Keywords: consumers, market, competition, economic analysis of law.

I. INTRODUCCIÓN

Todos los individuos somos diferentes. Esta afirmación se ve respaldada por estudios que han puesto en evidencia que la existencia de diferencias individuales es un rasgo universal no existiendo, por tanto, características en las que exista plena homogeneidad entre todos los individuos. Buena porción de esa evidencia nos la ofrece la genética y es que, pese a tener en general la misma cantidad de cromosomas, la dotación genética de cada persona es única¹.

Más allá de dicha evidencia, todos podemos apreciar que cada uno de nosotros tiene sus propias necesidades, expectativas, deseos, frustraciones, virtudes, restricciones presu-

puestas, entre tantos otros rasgos que nos vuelven genuinamente únicos. Eso no significa, por cierto, que los individuos no podamos compartir necesidades y preferencias en alguna medida —lo cual explica, por ejemplo, la importancia de no desincentivar el empleo de contratos estandarizados²—, pero ello es una posibilidad que será verificada en mayor o menor medida de forma empírica y en función a la amplitud del agrupamiento ensayado.

El grupo de los amantes del vino puede estar compuesto por una cantidad relativamente amplia de sujetos mientras que el grupo de los amantes de los *blend* Cabernet Sauvignon-Merlot probablemente sea más acotado. Dada la heterogeneidad de las preferencias y restriccio-

1. Jan Strelau, "Psychology of individual differences with particular reference to temperament", Encyclopedia of Life Support Systems (EOLSS), Unesco.
2. El ejercicio del control de cláusulas abusivas es un claro ejemplo de cómo el sistema de protección al consumidor también se desorienta al perder de vista la importancia de permitir ofertas en masa dirigidas a la satisfacción de demandas más o menos homogéneas. Eso no contradice el hecho de que todos los individuos seamos diferentes. Precisamente porque somos diferentes, es deseable que los proveedores encuentren alternativas para atender demandas con posibilidad de agrupamiento dado que, de lo contrario, cada oferta tendría que atender una demanda específica. Cuando la autoridad de consumo establece que una determinada cláusula de un contrato de consumo estandarizado es abusiva, quiebra el vehículo que pretendía atender a múltiples consumidores de preferencias agrupadas eliminando las ventajas que tenía el agrupamiento (por ejemplo, reducción de costos de transacción).

nes presupuestarias de los individuos, diseñar un sistema de protección al consumidor compuesto por derechos igualitarios establecidos por reglas imperativas, es un emprendimiento condenado a introducir perjuicios a múltiples consumidores invisibilizados por el agrupamiento propuesto.

Los problemas asociados al tratamiento legal unitario en un mundo de individuos diferentes ciertamente no se circunscriben al derecho del consumidor³. Sin embargo, dado que las regulaciones de defensa del consumidor suelen apostar por técnicas de protección basadas en derechos irrenunciables⁴, sostenemos que las consecuencias de un diseño que no sea sensible a la heterogeneidad de los consumidores serán especialmente gravosas.

El famoso discurso de John F. Kennedy de 1962, reconocido como un hito para el desarrollo de la disciplina de la protección al consumidor, comienza con la frase: “*consumers, by definition, include us all*” que transmite precisamente la idea de que el término “consumidor” es comprensivo de todos los individuos. Que así sea, sin embargo, no significa que todos los consumidores debamos ser imperativamente protegidos por igual. El refuerzo de la tutela unitaria en el derecho del consumidor —bajo una lógica, explícita o implícitamente estatutaria— agravia lo que debiera ser el cimiento sobre el que se construye un derecho del consumidor sensato: el principio de soberanía del consumidor. El objetivo

del presente trabajo es plantear que cualquier reflexión sobre el derecho del consumidor, y el diseño de cualquier normativa sobre la materia, debe tener como ineludible punto de partida el reconocimiento de la heterogeneidad. No hacerlo allanará el camino para reglas tuitivas que impactarán negativamente en una buena porción de aquellos consumidores a los que se quiere precisamente proteger.

Los consumidores tienen diferentes restricciones presupuestarias y diferentes expectativas de lo cual se sigue, necesariamente, que sus intereses son también diferenciados en ambos frentes. Los consumidores no esperan ordinariamente el máximo nivel de tutela posible sin importar el precio que haya que pagar por dicha tutela. Al contrario, cada consumidor hace una calibración de sus intereses, de modo que trata de obtener lo mejor que se pueda al menor precio que sea posible. El resultado de esta calibración es único: cada consumidor identifica la mejor oferta que se le presenta tomando en consideración el frente económico —precio— y el frente tuitivo —seguridades—.

En esa misma línea, se ha señalado que debe distinguirse entre el interés económico del consumidor —en precios más bajos y compras más convenientes— y el interés en tutela -protección contra la inseguridad de los productos o servicios, por ejemplo⁵—. La elevación artificial de la tutela, es decir, la tutela establecida en un nivel arbitrario por el legislador o por la autoridad,

-
3. Saul Levmore, “From helmets to savings and inheritance taxes: regulatory intensity, information revelation and internalities”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 81, 2014. En dicho trabajo, Levmore reconoce que “(...) parece muy difícil agregar entre individuos heterogéneos con la finalidad de ofrecer el nivel adecuado de un bien público”.
 4. Por ejemplo, el artículo 60º del Código de Protección y Defensa del Consumidor prescribe el carácter irrenunciable del derecho a la restitución. En virtud de ese derecho, el consumidor puede requerir la restitución inmediata de las prestaciones materia del contrato de consumo cuando el proveedor haya desplegado un método considerado agresivo o engañoso. No existe, desde luego, razón alguna que nos permita aseverar que la valoración de tal derecho será la misma entre todos los consumidores. Más grave incluso, la técnica empleada por el Código elimina toda posibilidad de que el ofrecimiento de la restitución se convierta en un diferencial positivo de la oferta de un proveedor en un mercado competitivo.
 5. Whitman, J. (2007). *Consumerism versus Producerism: a study in comparative law*. *The Yale Law Journal*, 117, (pp. 346-347). Recuperado de: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1643&context=fss_papers

tiene un impacto en el precio. Por ejemplo, si una autoridad administrativa o un juez consideran que una cláusula del contrato de consumo es abusiva y, por tanto, considera que la misma no es oponible al consumidor, elevará el riesgo para el proveedor —el riesgo que pretendía mitigarse con dicha cláusula—. El incremento del riesgo hará que los precios se elevan o que eventualmente, si el riesgo es muy elevado, se desincentive la oferta para perjuicio de los consumidores.

En nuestro ejemplo, la presunta abusividad de la hipotética cláusula del contrato de consumo es analizada sin consideración por la calibración individual a la que hemos aludido. La autoridad asume que la cláusula introduce una desproporción inaceptable para todos los consumidores y que, asimismo, todos estarían dispuestos a pagar un precio más elevado para no verse vinculados a dicha cláusula. La asunción es, desde luego, apresurada y como hemos de desarrollar, contraria al principio de soberanía del consumidor. Es más, al asumir que todos los consumidores igualitariamente desean no verse vinculados a dicha cláusula, genera en la práctica un impacto diferenciado pues los consumidores, como ya hemos dicho, tienen expectativas y restricciones presupuestarias diferenciadas.

En nuestro ejemplo, la presunta abusividad de la hipotética cláusula del contrato de consumo es analizada sin consideración por la calibración individual a la que hemos aludido. La autoridad asume que la cláusula introduce una desproporción inaceptable para todos los consumidores y que, asimismo, todos estarían dispuestos a pagar un precio más elevado para no verse vinculados a dicha cláusula. La asunción es, desde luego, apresurada y como hemos de desarrollar, contraria al principio de soberanía del consumidor. Es más, al asumir que todos los consumidores igualitariamente desean no

verse vinculados a dicha cláusula, genera en la práctica un impacto diferenciado pues los consumidores, como ya hemos dicho, tienen expectativas y restricciones presupuestarias diferenciadas.

La tendencia a asumir la homogeneidad de los consumidores —agrupándolos en un mismo conjunto sin mayor consideración a las diferencias— puede ser apreciada en una pluralidad de argumentos. Por ejemplo, la idea de que los consumidores no informados se ven beneficiados por la presencia de una masa crítica de consumidores informados, opera adecuadamente en un mundo en el que los consumidores tienen preferencias homogéneas⁶. Si, por el contrario, asumimos que cada consumidor aprecia piezas distintas de información de manera diversa, difícilmente podría sostenerse la idea de que la información que prefiere un consumidor es la que prefiere el otro.

Otro escenario en el que se aprecia la trascendencia de la heterogeneidad se refiere a la relación entre la atribución de responsabilidad en los proveedores y los incentivos de los consumidores para invertir en seguridad. Si un bien es durable y el consumidor tiene el control de tal bien, un régimen de responsabilidad muy estricto puede ser peligroso dada la influencia del uso en la probabilidad y severidad de un daño potencial⁷. No obstante, la propensión al oportunismo de cada consumidor es, como resulta evidente, un dato bastante personal y sobre el que difícilmente pueden hacerse generalizaciones sólidas.

II. HACIA UNA COMPRENSIÓN CABAL DEL PRINCIPIO DE SOBERANÍA DEL CONSUMIDOR

En una economía de mercado, el precio de los productos o servicios responde a la interacción

6. Marotta-Wurgler, F. (2017). Divulgación como mecanismo para prevenir la falla de mercado, RFJ, No. 2. (p. 413).

7. Helland, E. y Tabarrok, A. (2012). Product liability and moral hazard: evidence from general aviation, *Journal of Law and Economics*, Vol. 55, No. 3 (pp.593-630). Recuperado de: http://masonlec.org/site/rte_uploads/files/helland%20and%20tabarrok%20JLE%202012.pdf

entre la oferta y la demanda. La oferta, en particular, se delinea tomando en consideración las necesidades y expectativas de la demanda. En otras palabras, existe un proceso de descubrimiento por el cual determinados individuos descubren las necesidades y deseos de otros individuos y desarrollan una respuesta para estos a cambio de algo. El éxito de un proveedor viene dado por un mayor acercamiento a lo que los consumidores quieren. El proveedor que ofrece algo que los consumidores no valoran, sufrirá las consecuencias de ello. El consumidor determina con su decisión de consumo qué oferta merece una respuesta positiva y cuál no.

En efecto, si la demanda de un producto cae a un nivel muy reducido, las ganancias —si es que las hay— de producir o fabricar ese producto, no serán un incentivo suficiente para realizar tal actividad productiva. Muchas veces se asume que la salida de empresas del mercado es una realidad desafortunada pero lo cierto es que la salida del mercado, en primer término, de aquellos que tienen costos de producción más elevados, es absolutamente eficiente. Nótese que es el consumidor, con su preferencia, el que está señalizando cuándo la producción debe detenerse o en todo caso debe concentrarse en menos productores —los más eficientes—. Ese efecto, al mismo tiempo, permite liberar capital o mano de obra para la expansión de otra posible industria —aquella en la que la preferencia del consumidor señalice la necesidad de un incremento de la oferta—.

Expuesta esta idea en términos más simples, lo que dirige el uso de los recursos en una economía es el comportamiento de los consumidores al comprar o dejar de comprar en función a su

búsqueda personal de mayor satisfacción. Las interacciones de mercado coordinan la vida económica. En la medida que el establecimiento de configuraciones mandatorias igualitarias —para todos los productos— se establece, se distorsiona el sistema de precios y, con ello, su capacidad de guiar el proceso de descubrimiento y ajuste que se produce espontáneamente⁸.

Es la elección lo que hace a la esencia de la soberanía del consumidor. En sintonía con ello, se ha señalado que es mediante la elección de ciertas opciones sobre otras que los consumidores satisfacen sus deseos y envían señales a la economía siendo, por tanto, crítica la protección del ejercicio de la elección por parte del consumidor⁹. Los productos, obsérvese, son configurados en atención a este proceso de descubrimiento y son los consumidores los que con sus decisiones determinan el ajuste final. Así, qué tan seguro, por ejemplo, es un producto, depende de los consumidores y, en concreto, de la disposición al pago. Son los consumidores los que determinan cuál es el nivel de seguridad por el que vale la pena pagar y, con ello, el nivel de seguridad que vale la pena ofrecer.

Precisamente en esa línea, Ramseyer¹⁰ afirma que más allá del estándar de seguridad que defina la ley, los proveedores que sobreviven y prosperan son los que ofrecen el nivel de seguridad que los consumidores quieren comprar. Un producto puede ser más seguro que otro y previsiblemente su precio será mayor que el del producto menos seguro. Lo propio, volviendo a nuestro ejemplo anterior, puede decirse del contenido de prerrogativas y obligaciones establecidas en una propuesta de contrato. Un consumidor podría valorar más una reducción

8. Boettke, P. (2010). What happened to “efficient markets”?, *The Independent Review*, 4, 3, (pp. 363-375). Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1696084

9. Averitt, N. y Lande, R. (1997). Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law, *Antitrust Law Journal*, 65, (p.716). Recuperado de: https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=all_fac

10. Ramseyer, J.M. (2012). Products liability and product safety: Japan and the U.S., John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 714, Harvard Law School, Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2084077

del precio a cambio de renunciar al derecho a plantear una acción legal posterior y otro consumidor podría estar dispuesto a pagar un precio mayor a cambio de mayores posibilidades de reclamo. Así, de ordinario, cuando el mercado funciona sin distorsiones innecesarias, las ofertas que suelen presentarse responden a las elecciones de los consumidores.

El principio de soberanía del consumidor implica que los consumidores deben estar en capacidad de hacer el ejercicio de calibración que se ajuste a sus necesidades, expectativas y restricciones presupuestarias. De manera simplificada, el consumidor tiene derecho a decidir si prefiere una combinación "*precio más bajo – producto más riesgoso*" o una combinación "*precio más elevado – producto menos riesgoso*". Cuando es el derecho del consumidor el que de forma imperativa establece un nivel de riesgo, sin darle opción al consumidor de elegir una combinación diferente, vacía de contenido el principio de soberanía del consumidor. En un contexto normativo de este tipo, es la legislación la que indirectamente determina el tipo de producto que se le ofrece al consumidor y el precio al que lo puede obtener.

Desde luego, no es secreto que muchos autores han venido enfatizando en los problemas informativos y cognitivos que pueden conspirar contra el derecho a elegir del consumidor. Este énfasis ha servido para justificar intervenciones de corte paternalista ante los problemas derivados del ejercicio de la elección bajo una asunción de racionalidad limitada. Al mismo tiempo, los hallazgos de ciertos experimentos difícilmente pueden servir como una base incuestionable a favor o en contra del ejercicio pleno de la soberanía del consumidor. En efec-

to, existen estudios que parecen confirmar que los consumidores adoptan mejores decisiones cuando éstas se toman en beneficio propio, lo que corrobora que los consumidores realizan ese proceso de calibración y que dicho proceso conduce efectivamente a elecciones que generan una mejor valoración del individuo¹¹.

No será este el lugar en el que discutiremos sobre los planteamientos del análisis conductual y sus complicaciones. De relevancia para nuestro desarrollo, basta señalar que, incluso tomándose por ciertas las extensas evidencias de sesgos y limitaciones, nada de ello da luces de cuál podría ser la preferencia oculta del consumidor al tomar una decisión. Dicho de otro modo, para bien o para mal, necesitamos tomar las preferencias reveladas de los consumidores como un indicador claro de lo que maximiza su bienestar ante la imposibilidad de especular sobre lo que habría sido la preferencia si no hubiesen actuado esos sesgos y limitaciones¹².

El llamado a la cautela debe ser elocuente. Nada en el reconocimiento de limitaciones genuinas en la capacidad de elegir del consumidor justifica el traslado del poder decisivo del consumidor al legislador o a grupos de interés orientados a defender la introducción de determinadas regulaciones bajo la apariencia de ser propuestas "pro-consumidor". La negación del principio de soberanía del consumidor se traduciría en alejar a los consumidores de aquellos productos que real o equívocamente quiera¹³ y afectaría fundamentalmente a los consumidores con mayor restricción presupuestaria al despojarlos de un abanico de opciones. En una frase, desentenderse del principio de soberanía del consumidor es expropiarlos del control sobre los recursos dis-

11. Waldfogel, J. (2005). Does consumer irrationality trump consumer sovereignty?, *The Review of Economics and Statistics*, MIT Press, 87, 4, Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/40042886?seq=1>
12. Wright, J. y Ginsburg, D. (2012). Behavioral law and economics: its origins, fatal flaws, and implications for liberty, *Northwestern University Law Review*, 103, 3, (p. 1061). Recuperado de: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1100&context=nulr>
13. Dam, K. (1970). Consumer protection: an overview, *Antitrust Law Journal*, 39, 4, (p. 919). Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/40841875?seq=1>

ponibles en el mercado¹⁴ y alejarnos decididamente de la salvaguarda de las libertades económicas¹⁵.

Cierto cuidado conceptual es, sin embargo, necesario. Si uno entiende la expresión “soberanía del consumidor” como circunscrita al hecho de que la producción se orienta a satisfacer el consumo, nos movemos en un terreno con el que podemos sentirnos más o menos cómodos. El problema derivado del mal uso del concepto de “soberanía del consumidor” es que podría ser interpretado desprolijamente como una referencia a la superioridad del interés del consumidor —en el sentido de que el consumidor puede ejercer poder sobre el proveedor conminándolo o forzándolo a adoptar alguna acción— sobre el del proveedor con la finalidad de construir, a partir de esa lectura equívoca, precisamente regulaciones orientadas al aseguramiento de la soberanía del consumidor mal entendida¹⁶.

Esta lectura equívoca sugiere una contraposición entre el consumidor y el proveedor y refuerza la creencia, también equívoca, de que el mercado libre se desenvuelve como un juego de suma cero. Enfatiza la idea popular —pero engañosa— de proceso competitivo como proceso de pugna en lugar de la idea —correcta pero desafortunadamente poco comprendida— de proceso competitivo como proceso cooperativo. En efecto, el sentido principal de que el proveedor A y el proveedor B compitan no es que uno le gane al otro, sino que se vea recompensado el proveedor que hace un mejor trabajo ofreciendo al consumidor lo que desea —expresión fiel del principio de soberanía del consumidor en el modo en que lo estamos definiendo—. La noción de competencia como

mera pugna se desentiende del consumidor y pierde de vista que el proceso se orienta a generar un resultado de suma positiva¹⁷.

Como veremos a continuación, el establecimiento de normas protectivas igualitarias y mandatorias en el derecho del consumo, necesariamente agrava el principio de soberanía del consumidor —en el sentido que estimamos adecuado— pues resta opciones a los consumidores. Empleamos el término “consumidores” para expresar que la afectación puede extenderse a cada individuo —aunque de forma diferenciada— y no como un ejemplo de aquello que estamos cuestionando: la asunción falsa de que todos los consumidores deseamos el mismo nivel de tutela.

III. PROTEGIENDO AL CONSUMIDOR SIN PRECISAR A CUÁL: LA ASUNCIÓN DE HOMOGENEIDAD SOBRE CONSUMIDORES HETEROGÉNEOS

El empleo del término “consumidor” muchas veces nos distrae del dato obvio de que cada individuo tiene preferencias distintas. Del mismo modo en que existen consumidores dispuestos a pagar un precio adicional por la garantía extendida de un electrodoméstico mientras que otros no, cada individuo enfrenta diversas disyuntivas que son respondidas según su preferencia, conforme a su libertad de elegir. Así, la decisión de adquirir de un proveedor A un determinado producto a un determinado precio con un tiempo de entrega de aproximadamente cinco días o la decisión de adquirir de un proveedor B ese producto a un precio más elevado con un tiempo de entrega de 24 horas, depende de la valoración subjetiva del individuo.

14. Hutt, W. (1940). The concept of consumers' sovereignty, *The Economic Journal*, 50, 197, (p. 66). Recuperado de: <https://academic.oup.com/ej/article-abstract/50/197/66/5269094>

15. Gómez, H. (2020). Diálogo sobre las libertades y el estado subsidiario, *RFJ*, No. 7 (p. 131-156).

16. Murphy, R. (2018). The Rothbardian critique of consumer sovereignty, *Mises Daily Articles*, Recuperado de: <https://mises.org/library/rothbardian-critique-consumer-sovereignty>

17. Rubin, P. (2019). *The capitalism paradox: how cooperation enables free market competition*, Post Hill Press, (p. 51), Nueva York - Nashville.

El razonamiento suele ser enturbiado por el hecho de que, aparentemente, en ambos casos el consumidor está adquiriendo el mismo producto. Sin embargo, la ilusión de estar frente al mismo producto debe ser despejada. Un determinado bien puede ser físicamente idéntico pero el producto no se circunscribe al bien, sino que comprende el conjunto de rasgos asociados a ese bien ofrecido —incluyendo los términos contractuales en los que se ofrece tal bien—. Por ejemplo, la mayor disponibilidad de stock en un establecimiento o la atención más esperada del personal o incluso una decoración más atractiva inciden en la valoración subjetiva del consumidor respecto del producto integralmente comprendido¹⁸. No es, entonces, lo mismo ordenar un plato de comida en un negocio modesto que ordenar ese mismo platillo en un galardonado restaurante de uno de los más prestigios *chefs* de la ciudad.

Una buena porción de los atributos del producto elegido por el consumidor no son aparentes¹⁹. No todos los teléfonos móviles tienen las mismas características, aunque de forma evidente todos permiten comunicarnos por teléfono. El consumidor puede no conocer la velocidad del microprocesador de la computadora personal que está empleando del mismo modo en que al adquirir un departamento en un edificio puede no conocer las especificaciones técnicas del ascensor que empleará mañana, tarde y noche. Todos esos atributos integran el producto y lo hacen diferente a otros productos, aunque en apariencia se nos presenten como bienes o prestaciones idénticas.

Cada consumidor, desde luego, de acuerdo a sus propios intereses y capacidades, indagará en menor o mayor medida sobre los atributos

del producto y valorará cada uno de ellos. No existe ni puede existir regla que obligue al consumidor a privilegiar la velocidad del microprocesador sobre la apariencia estética de su computadora personal, del mismo modo en que no puede existir una obligación de privilegiar la calidad del café sobre la comodidad del lugar en el que se sirve. Una regla imperativa orientada a proteger a los consumidores como grupo —como si se tratara de una tutela por clase— desconoce la heterogeneidad de los consumidores lesionando el principio de soberanía del consumidor.

La nota de heterogeneidad no se opone a que los consumidores puedan tener ciertas necesidades más o menos homogéneas —por ejemplo, la necesidad de alimentarse más allá de las preferencias que, desde luego, siempre serán individuales—. De hecho, el que exista ese posible agrupamiento de necesidades explica los beneficios de la contratación masiva dado que, del lado del proveedor, el agrupamiento reduce el costo de elaborar los productos y también reduce el nivel de inversiones que deben efectuarse en descubrir lo que el consumidor quiere; y, del lado del consumidor, se reduce el costo de adquisición de información de un determinado producto, así como el precio al que podrá accederse a este²⁰.

No obstante, el ofrecimiento de un producto o servicio estándar en respuesta a un agrupamiento de necesidades homogéneas no agrava el principio de soberanía del consumidor, pues preserva la posibilidad de elegir un producto o servicio puntual que satisface una necesidad concreta. Así, en el mercado confluirán ofertas estándares y ofertas orientadas a satisfacer necesidades más específicas y de-

-
18. Sowell, T. (2013). *Economía básica: un manual de economía escrito desde el sentido común*, Deusto, Edición en español, (pp. 610-611).
 19. Baird, D. (2006). The Boilerplate Puzzle, *Michigan Law Review*, 104, (p. 933). Recuperado de: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1532&context=mlr>
 20. Saavedra, R. (2019). El fenómeno moderno de la contratación masiva: bases para los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, *Ius360*, Recuperado de: <https://ius360.com/el-fenomeno-moderno-de-la-contratacion-masiva-bases-para-los-contratos-por-adhesion-y-las-clausulas-generales-de-contratacion/>

penderá del consumidor elegir la combinación de atributos —precio, calidad, seguridad, entre otros— que le convengan de acuerdo al ejercicio de calibración personal.

El consumidor que desea adquirir una torta de cumpleaños puede ir a un supermercado y comprar una torta estándar a cambio de un precio determinado o contratar a alguien para que prepare una torta especial que se ajustará a los requerimientos puntuales que se formulen a cambio de un precio indudablemente más elevado. Nada en el ejercicio de agrupamiento ha vaciado de contenido el principio de soberanía del consumidor, pues el ejercicio de su libertad de elección en el mercado está inalterado en tanto se preserve la competencia real o potencial.

El agrupamiento efectuado por proveedores a partir del descubrimiento de necesidades homogéneas no permite dar un salto hacia el agrupamiento por parte del Estado como justificativo para una “protección” unitaria y mandatoria. El primero, como se ha visto, es compatible con el principio de soberanía del consumidor porque preserva la libertad de elección mientras que el segundo tipo de agrupamiento asume falsamente que todos los individuos, comprendidos en una categoría genérica, preferimos necesariamente una calibración: la que el legislador o una autoridad ha trazado por todos nosotros.

Existen autores²¹ que llevan esta confusión a extremos cuando aluden a una categoría genérica de consumidores necesitados de tutela frente a la asimetría informativa. En primer término, porque la asimetría informativa es, como resulta obvio, variable dado que la cantidad de información que poseen los agentes de mercado no es homogénea. En segundo término,

porque la asimetría informativa se caracteriza por tener un opuesto —la simetría informativa— esquivo. Eso presupondría que todos tienen los recursos económicos para adquirir información, que todos tienen la preferencia por adquirirla y que todos tienen los conocimientos para comprenderla y ejecutarla a un nivel “símétrico”²².

Sostener que todos los consumidores desean conocer la información de un ingrediente del producto en la etiqueta, que todos los consumidores desean conocer un determinado plano al adquirir un inmueble y que todos los consumidores desean que se les permita efectuar el pago anticipado de un crédito, por mencionar tres ejemplos, asume que el legislador o la autoridad conoce las preferencias subjetivas de todos los consumidores, así como su disposición a pagar por tales prerrogativas o derechos.

No solo ello, al realizarse la asunción mencionada y no permitírsele al consumidor elegir alguna alternativa distinta a la calibración imaginaria del legislador o la autoridad, se vacía de contenido el principio de soberanía del consumidor. Como puede apreciarse, ya no existe libertad de elección bajo este modelo. Es la legislación o la actuación de la autoridad competente la que determina el nivel de tutela que el consumidor y, en ese orden de ideas, se erige en un sistema totalitario que niega el proceso de mercado.

Este nivel mandatorio de tutela se traduce en un precio que no responde a la interacción entre la oferta y la demanda, de modo que aquellos consumidores que no tienen los recursos económicos para acceder al producto o servicio se ven principalmente afectados. Dicho en otros términos, la definición de un estándar de tutela igualitario y forzado reduce las opciones

-
21. Durand, J. (2015). El código de protección y defensa del consumidor, retos y defesafíos para la promoción de una cultura de consumo responsable en el Perú, *Revista de Actualidad Mercantil*, No. 4, (p. 100), Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/14958>
 22. Ely, J. (2015). Let's hope not, *Cato Unbound: The end of asymmetric information?*, Recuperado de: <https://www.cato-unbound.org/2015/04/15/jeff-ely/lets-hope-not>

para los consumidores a dos: adquirir o contratar el producto o servicio al precio incrementado o quedarse sin acceso al producto o servicio debiendo buscar alguna opción que pueda, de algún modo, operar como sustituto.

De forma elocuente, se ha señalado que *“cuando los consumidores son heterogéneos, una solución imperativa igualitaria perjudica inevitablemente a ciertos subgrupos de consumidores”*²³. Del mismo modo en que un grupo de consumidores no accede a contratar una garantía extendida, muchos consumidores no estarían dispuestos a comprar un seguro que cubra el riesgo de aparición de cualquier fisura en su vivienda. Al establecerse protección mandatoria contra dicho riesgo, se genera el mismo efecto que el de la imposición de un seguro al consumidor.

La analogía con el seguro nos parece ilustrativa. En un mercado competitivo es la propia interacción de los consumidores con los proveedores la que revela la valoración que es asignada al producto o servicio por parte de los primeros. Establecer protección y, consecuentemente, responsabilidad en el proveedor, por encima del nivel definido por el mercado es equivalente al empaquetamiento de un seguro al producto que daría como resultado un precio por encima de lo que el consumidor voluntariamente pagaría²⁴. Eso hace que muchos productos o servicios pierdan rentabilidad por efecto de la tutela igualitaria mandatoria reduciendo los incentivos para ofertar productos o servicios lo cual afecta obviamente a los consumidores pues reduce la competencia.

En efecto, cuando el gobierno intenta forzar a los proveedores a darles a los consumidores un

mejor trato que aquél que emerge mediante la competencia y el intercambio voluntario, los resultados pueden fácilmente ser contraproducentes porque la opción impuesta no vale la pena²⁵. Si un proveedor no gana lo suficiente, dejará de ofrecer sus productos y eso perjudica a los consumidores. Si se fuerza al consumidor a pagar una determinada cantidad de dinero, quienes tienen menos recursos económicos se ven imposibilitados de acceder al producto debiendo recurrir, por ejemplo, al mercado negro. No es posible sustituir la coordinación que genera el mercado en interacción con las asunciones —por más bienintencionadas que sean— de un grupo de funcionarios públicos.

Imagine que obligamos a las empresas que ofrecen el servicio de parqueo a asumir responsabilidad por cualquier afectación que un vehículo sufra. Para aquellas personas que valoran ese “seguro”, la obligación generada no produce afectación. Sin embargo, para aquellas personas que tenían que elegir entre un seguro costoso y ubicar su vehículo en una insegura vía pública, las opciones “intermedias” pueden ser de suma trascendencia. Esas opciones “intermedias” se desvanecen cuando se obliga a quien pretendía limitarse a ofrecer un espacio para el vehículo, a empaquetar un seguro forzado. Ese empresario quería ofrecer un espacio, no seguridad. Y había consumidores que querían ese espacio y no una prima de seguros contra todo riesgo. Este es un aspecto que suele también olvidarse: un producto no es seguro o inseguro. Un atributo como la seguridad puede ser ofrecido en unidades marginales²⁶ siendo cada individuo el que determinará cuánta seguridad se ajusta a su preferencia personal.

-
23. Ben-Shahar, O. y Bar-Gill, O. (2014). La regulación de los contratos de consumo, En: *Nuevas Tendencias del Moderno Derecho Económico*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, (p. 218).
24. Priest, G. (1992). Can absolute manufacturer liability be defended?, *The Yale Journal on Regulation*, 9, (p. 240). Recuperado de: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1619&context=fss_papers
25. Tacker, T. (2019). *Rethinking consumer protection: escaping death by regulation*, Lexington Books, Londres (p. 18).
26. Hoppe, H.H. (2006). *The economics and ethics of private property*, Studies in Political Economy and Philosophy, Mises Institute, (p. 21).

La atribución de responsabilidad por no observar el nivel de seguridad —o de información, o idoneidad o cualquier otro estándar trazado por la legislación— en el proveedor genera un efecto igualmente diferenciado en los consumidores. Idealmente, la autoridad de protección al consumidor desearía que el precio de los productos refleje también la afectación esperada que el producto podría generar en el consumidor. De esta forma, un producto podría tener un hipotético precio X que considera el costo de producción de tal producto y el daño esperado que el producto generaría. El consumidor compraría el producto si lo valora en más que X . Sin embargo, si el litigio introduce un costo adicional Y al proveedor del producto y un costo adicional Z al propio consumidor por plantear el litigio, el precio mínimo tendría que ser de $X + Y$ —el precio que le permite al proveedor recuperar sus costos incluyendo el costo del litigio— y, para el consumidor, la valoración del producto tendría que ser de $X + Y + Z$ —tendría que valorar el producto más que el costo que asumiría por litigar por este—. En este escenario, consumidores que valoran el producto en más que $X + Y$ —pero en menos que $X + Y + Z$ — no comprarían el producto lo cual alejaría a ese consumidor de la posibilidad de obtener una ganancia²⁷.

Una consecuencia adicional asociada a la implementación de un régimen de tutela igualitario y mandatorio es que reduce la competencia y la innovación en los proveedores. Una empresa tiene incentivos para ofrecer un mejor servicio de atención al cliente porque es un elemento diferenciador. Un proveedor puede diferenciarse en el mercado ofreciendo la posibilidad de devolución del producto sin expresión de causa o permitiendo que el consumidor fragmente una deuda sin intereses, por mencionar

algunos ejemplos. Si la legislación establece un mandato orientado a que todo proveedor permita la devolución del producto sin expresión de causa, el elemento diferenciador se pierde porque el propósito de la legislación es precisamente estandarizar ciertos rasgos del producto o servicio.

Es curioso que las legislaciones de protección al consumidor apuesten por estándares de este tipo que tienen exactamente el mismo efecto que el de un acuerdo colusorio entre proveedores. Así, si varias empresas se ponen de acuerdo para ofertar su producto con una determinada condición, estamos frente a una conducta anti-competitiva. Sin embargo, si la legislación hace que esas mismas empresas ofrezcan el producto con una determinada condición, se trata de una intervención en nombre de la defensa del consumidor. En ambos casos, el propósito es el mismo —igualar algún determinado atributo de la oferta— pero el tratamiento normativo cambia en función a si lo promueve el Estado o lo pretenden los privados.

La situación es especialmente lamentable si tomamos en cuenta que los proveedores pequeños y medianos tienen incentivos especiales para ser creativos, precisamente, como elemento diferenciador. Estos proveedores tratan de establecer una comunicación especial con los consumidores y ajustar su oferta, en la medida de lo posible, a las necesidades que hayan sido identificadas. La tutela igualitaria forzada obliga a los pequeños proveedores a diseñar sus productos o servicios con los mismos atributos que la oferta de los grandes proveedores restándoles capacidad de desplegar su creatividad²⁸ y aleja a los consumidores, consecuentemente, de la posibilidad de obtener en el mercado una oferta más ajustada a sus preferencias individuales.

27. Polinsky, A. M. y Shavell, S. (2010). The uneasy case for products liability, *Harvard Law Review*, 123, (p. 1471). Recuperado de: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/polinsky_shavell.pdf

28. Zywicki, T. (2005). The consumer financial protection bureau and the return of paternalistic command-and-control regulation, *Engage*, Vol. 16, No. 2, (p. 49). Recuperado de: <https://sls.gmu.edu/todd-zywicki/wp-content/uploads/sites/51/2019/09/Zywicki-CFPB-Paternalistic-FINAL.pdf>

Los pequeños proveedores desempeñan un papel importante en la economía desde el punto de vista del bienestar de los consumidores porque particularizan un poco más su oferta, esto es, la acercan más a la demanda de consumidores específicos²⁹. Los proveedores grandes ciertamente se benefician de economías de escala lo cual reduce costos, pero es la preferencia de cada consumidor la que determina si un precio reducido tiene más valor que una oferta más cercana a su necesidad. Cada consumidor prefería, si la disposición al pago no fuera relevante, que los productos o servicios se acercaran a su preferencia particular. De ordinario, sin embargo, los costos de producir para demandas específicas desincentivan a los proveedores grandes de realizar dicha tarea y los lleva a concentrarse en ofertas más generales —estandarizadas—. El consumidor con una demanda muy particular necesita que existan más opciones en el mercado y no menos.

Nótese que la introducción de costos regulatorios no impacta del mismo modo en todos los proveedores. Del mismo modo en que la tutela igualitaria no tiene un efecto igualitario en los consumidores, el costo regulatorio no impacta igualitariamente en todos los proveedores. Para un proveedor pequeño, el cumplimiento de la regulación es más costoso. Desde el momento en que los proveedores pequeños tienen más dificultades para realizar su actividad económica que los proveedores grandes, el costo regulatorio suele afectar especialmente a los consumidores con demandas específicas que son las que presumiblemente podrían haber sido satisfechas en mayor probabilidad por las ofertas de los proveedores pequeños.

Esto nos lleva a la última consecuencia derivada de un régimen de tutela igualitaria mandatoria:

la generación potencial de efectos regresivos dado que la protección conferida a los consumidores de más recursos económicos se produce a costa del bienestar de los consumidores de menos recursos. Imagine que se establece una regulación que ordena a los centros comerciales a no cobrar por el parqueo de los vehículos de los visitantes. En potencia, se trata de un acceso igualitario pues cualquier visitante podrá disfrutar del parqueo gratuito. En la realidad, en cambio, el resultado igualitario es un imposible desde que no todos los visitantes se dirigen al centro comercial en su vehículo propio —algunos, previsiblemente, no estarán en condiciones económicas de tener un vehículo—. Desde que asegurar el parqueo supuestamente gratuito es, indudablemente, costoso, y dado que ese costo se distribuye en todos los consumidores —tengan o no vehículo— con el propósito de asegurar el derecho de parqueo gratuito a quienes tienen vehículos propios, la medida desvía recursos económicos de los consumidores de menos recursos a favor de los consumidores de mayores recursos. En suma, el acceso igualitario ordenado por ley no puede asegurar un resultado igualitario³⁰.

En suma, el establecimiento de rasgos, atributos o caracteres obligatorios de la oferta, generan necesariamente un impacto diferenciado dada la heterogeneidad de los consumidores. Asumir que la tutela igualitaria nos protege a todos por igual es, probablemente, la primera gran asunción que debe ser descartada al aproximarse al estudio del derecho del consumidor. Desafortunadamente, tenemos la impresión de que la técnica legislativa en forma de derechos irrenunciables para todos los consumidores es la desafortunada regla y no una excepción lo cual, como se ha visto, agravia sensiblemente el principio de soberanía del consumidor.

29. Priest, G. (2003). Small business, economic growth and the Huffman Conjecture, *The Journal of Small & Emerging Business Law*, 7, (p. 7). Recuperado de: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1636&context=fss_papers

30. Ben-Shahar, O. (2016). The paradox of access justice, and its application to mandatory arbitration, *The University of Chicago Law Review*, 83, 4, (p.1760). Recuperado de: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol83/iss4/10/>

IV. CONCLUSIONES

Incluso los defensores de la tesis de que los consumidores son especialmente débiles dados los sesgos y limitaciones cognitivas existentes, tendrán que reconocer que tal debilidad no es homogénea. En ese sentido, ninguna respuesta igualitaria mandatoria puede ser el camino para ayudar a cada consumidor en su situación particular. Así, incluso quienes aceptan un espacio para la existencia de reglas supletorias generales y reglas supletorias a medida, parecen admitir que la libre elección debe ser preferida si los arquitectos de decisiones —el legislador, en nuestro caso— carece de información relevante, cuando se trata de situaciones familiares para el consumidor, cuando el consumidor prefiere elegir, cuando el aprendizaje es relevante y, en general, cuando existe heterogeneidad relevante³¹.

La situación no es diferente en productos o servicios que uno podría considerar más complejos. Por ejemplo, el mercado de las tarjetas de crédito es uno dinámico en el que más opciones significa permitir que cada consumidor, de acuerdo a sus preferencias y posibilidades, elija la alternativa que considere adecuada. Imagine ahora que se ordena que las entidades financieras no cobren una suma de dinero anual por concepto de membresía. Previsiblemente, los costos operativos de emisión de este tipo de productos financieros tendrán que ser recuperados de otro modo, por ejemplo, elevando los

requisitos para acceder a una tarjeta de crédito. En este escenario, una medida orientada a beneficiar a todos los consumidores nuevamente perjudica especialmente a aquellos consumidores que tienen más dificultad para convertirse en sujetos de crédito. El legislador no puede establecer de manera igualitaria y mandatoria el nivel de simplicidad de un producto financiero —o cualquier producto— dado que dicha simplicidad debe ser valorada como un atributo del producto o servicio por cada consumidor³².

Los consumidores somos distintos en diversos factores —observados y no observados—. Afianzar la soberanía del consumidor, esto es, su capacidad de elegir es absolutamente incompatible con un sistema de protección al consumidor estructurado sobre la base de reglas protectivas mandatorias. En esa línea, creemos, como primera medida, que los sistemas legales deben abandonar cualquier esquema de tutela compuesto por derechos no renunciables para los consumidores. Luego, como siguiente punto en la agenda, se requiere una revisión integral de los sistemas de protección al consumidor de modo que nos alejemos de regulaciones orientadas a estandarizar o trazar atributos o características de los productos o servicios. Finalmente, resulta importante señalar que el progreso tecnológico está abriendo un interesante espacio para la discusión en torno a la viabilidad de reglas personalizadas,³³ que poco a poco puedan acercarnos a un sistema más sensible por la heterogeneidad.

31. Sunstein, C. (2012). Impersonal default rules vs. active choices vs. personalized default rules: a triptych, *Digital Acces to Scholarship at Harvard*, (p. 4). Recuperado de: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:9876090>
32. Zywicki, T. (2016). Market-reinforcing versus market-replacing consumer finance regulation, *Reframing financial regulation: enhancing stability and protecting consumers* (Peirce y Klutsey, editores), Mercatus Center at George Mason University, (p. 336). Recuperado de: https://www.mercatus.org/system/files/peirce_reframing_ch12.pdf
33. Ben-Shahar, O. y Porat, A. (2019). Personalizing mandatory rules in contract law, *The University of Chicago Law Review*, 86, (pp. 255-282). Recuperado de: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/personalizing-mandatory-rules-contract-law>