

Temas de Análisis Económico del Derecho.

Fallas del Mercado: la Asimetría de Información. El rol de la Ley de Defensa al Consumidor y el Usuario.

Héctor Palazón Ruíz¹.

El ordenamiento jurídico-económico de un país se basa principalmente en dos ejes normativos: las leyes de defensa de la competencia y de defensa al consumidor; hoy analizaré el segundo. Con este fin desarrollaré las siguientes cuestiones: i. el consumo y la Asimetría de la información; ii. los fenómenos conexos relacionados al comportamiento humano (selección adversa y riesgo moral); y, iii. finalmente, realizaré un breve estudio de algunos aspectos relevantes de la Ley de Defensa al Consumidor (la Ley) y del Decreto No. 21.004/03 a la luz del principio de reserva legal.

i. El Consumo y la Asimetría de la información:

En las facultades de derecho se enseña que la Ley tiene un carácter tuitivo y busca equilibrar la relación contractual manifiestamente desigual entre el cliente y proveedor, evitando el potencial abuso de la posición dominante o poder de negociación de las empresas en detrimento de los consumidores. Sin embargo, la Ley no solo constituye una herramienta jurídica sino que también genera efectos en materia económica, donde adquiere relevancia por dos motivos principales: el primero es que *un comprador no informado reduce su bienestar*², y el segundo la necesidad de *distinguir los productos buenos y los malos*. En consecuencia, este tipo de normativas existen para proteger e incentivar la demanda mediante la imposición de una obligación a la oferta: revelar información acerca de sus productos o servicios³. Dicho de otra manera, buscan generar confianza y fomentar el consumo.

La información es un bien, los consumidores y las empresas gastan tiempo y recursos en obtenerla; cuando uno decide comprar una casa realiza una búsqueda selectiva de las diversas alternativas del mercado, paralelamente los vendedores gastan en publicidad directa o indirecta a fin de hacer conocer sus productos. Entonces, cuando en el intercambio una de las partes sabe más que la otra acerca del bien o servicio objeto del negocio existirá *Asimetría de la Información*. Este fenómeno impide que las fuerzas de la oferta y la demanda asignen eficientemente los recursos y produce lo que se conoce como falla de mercado, tema que abordaré en el presente artículo.

¹ Magíster en Derecho LLM Mención Derecho de la Empresa, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, aprobado con dos votos de distinción (2011). Becado por la Fundación Konrad Adenauer (2010-2011). Abogado, Cuadro de Honor de la Universidad Nacional de Asunción (año 2005). Notario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (Año 2009).

Agradezco la valiosa colaboración de: Stella Guillén (MSC en Economía de la Universidad de los Andes) y José Montero Z. (LLM en Georgetown University).

² “El óptimo económico puede ser generalizado como un punto donde el costo marginal es igual al beneficio personal ($C_m = I_{mg}$)” Cooter Robert y Ulen Thomas; Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; págs. 45-50).

³ “Para que un mercado funcione bien, se deben identificar las alternativas y entender las características de las opciones de compra. Es decir, se requiere contar con información y, además, ser capaz de entenderla. La realidad nos indica que en los mercados la información no es perfecta. En la medida en que los consumidores no estén perfectamente informados, cosa que puede ocurrir incluso en mercados competitivos, un mismo bien puede tener diferentes precios y calidad... En definitiva, la realidad es que no siempre la información requerida está adecuadamente disponible en los mercados, implicando una falla que, a veces, es solucionada por el propio mercado (y derecho privado), pero que en otras, requiere para su corrección la intervención reguladora del Estado”. Romero Guzmán, Juan José; “Problemas de información”; texto entregado en clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Aunque no lo parezca a simple vista, la existencia de asimetría en la información es un problema que afecta tanto a los demandantes como a los oferentes, ya que el consumidor podría pagar un precio más elevado por un producto de menor calidad, y el productor de un buen producto no logrará venderlo, pudiendo quedar fuera del mercado a pesar de su calidad. Si en un mercado se comercializan dos tipos de bienes (uno de buena calidad y otro de mala calidad) y los consumidores no pueden identificarlos a simple vista (a pesar de que conocen la existencia de ambos), estos no estarán dispuestos a pagar un precio muy elevado, y en contrapartida los oferentes de bienes de buena calidad tampoco estarán dispuestos a venderlos a un precio tan bajo. En este contexto se fijará un precio promedio, lo cual también puede producir dos resultados colaterales importantes: si un individuo adquiere un bien de mala calidad y paga el precio promedio, estaría pagando más de lo que vale el bien. Paralelamente, el precio promedio podría no compensar los costos de producción de los productores de bienes de alta calidad, lo que haría que ellos no estén dispuestos a ofrecer sus bienes en el mercado.

En la práctica esta situación puede generarse a raíz de⁴:

- a) **la propia estructura del mercado**: en los mercados monopólicos el productor del bien o servicio enfrenta toda la demanda. Por tanto, como el consumidor carece de alternativas (incluyendo algunas veces los bienes sustitutos⁵) y el volumen de la información disponible no incidirá en la decisión, el monopolista tiene muy pocos incentivos para revelar información.

Asimismo, puede existir asimetría cuando la información tiene carácter de bien público (en el sentido económico),⁶ es decir, *la producción de información es costosa, mientras que su transmisión cuesta relativamente poco; por lo tanto, a quienquiera que haya dedicado recursos a la producción de información le resulta muy difícil apropiarse de su valor mediante la venta de esa información. Esto es así porque, en el instante en que el productor vende la información a un consumidor, éste se convierte en un competidor potencial del productor original, dado el bajo costo de transmitir la información. Los consumidores desean convertirse en “gorriones” de la información, no pagando más que el costo de la transmisión del bien. (¿Alguna vez ha copiado usted gratuitamente un programa de computadora, o grabado la cinta de un amigo o un concierto televisado?)*⁷.

En ambos casos se presenta un “precio mentiroso” y la regulación es justificada. En la economía de mercado el precio es el mecanismo de información e incentivos⁸, y cuando se presentan distorsiones que no reflejan la realidad estamos ante un precio mentiroso; a la inversa si el precio de mercado es exactamente su precio social, no es mentiroso⁹. Por ejemplo, en teoría una lata de arvejas de mala calidad debe valer menos que una de mejor calidad; o en el ejemplo del bien público, quien graba y reproduce el dvd no paga el valor de mercado del fabricante (en sentido económico no contable, incluyendo el costo de oportunidad).

- b) **Naturaleza del producto o servicio**: Si estamos ante un bien de *inspección*, la calidad y características son fácilmente perceptibles por los sentidos (una tela, una mesa). En cambio los de *confianza* son aquellos cuya calidad probablemente jamás sea demostrada (casa resistente a terremotos); y son de *uso* cuando es necesario utilizarlos para comprobar su calidad (vehículos).

En estos casos, la cuestión de la responsabilidad por retener información debería resolverse determinando cual de las partes en una transacción, el vendedor o el consumidor, puede producir, transmitir u obtener la información al menor costo¹⁰. A mayor complejidad o dilación de la posibilidad

⁴ Clasificación establecida en Romero Guzmán, Juan José; “Problemas de información”; texto entregado en clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

⁵ Ejemplo de bienes sustitutos: la manteca y la margarina. Dependiendo de la elasticidad de la demanda, si sube el precio de la manteca, algunos o muchos de los consumidores comprarán margarina.

⁶ Otra falla del mercado son los bienes públicos: bienes con consumo no rival y no excluible, por tanto generan el problema de *freeriders* (*gorriones*) y desincentivo a la inversión privada (ej. un faro: la luz que divisa un marinero en ultramar también puede ser vista por otros marineros, por ende, nadie querrá explotarlo).

⁷ Cooter Robert y Ulen Thomas; *Derecho y Economía*; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; pág. 147-148.

⁸ Romero Guzmán, Juan José; “Problemas de información”; texto entregado en clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

⁹ Tanto es así que el precio es uno de los elementos de la “mano invisible”, una metáfora con que Adam Smith grafica la capacidad autorreguladora del mercado.

¹⁰ Posner, Richard; *El Análisis Económico del Derecho*; Fondo de Cultura Económica; 1998; págs. 109-112.

de conocer las características de los productos o servicios, mayor es la necesidad de imponer al fabricante o proveedor una regulación que facilite el acceso a la información.

- c) **Intencionalidad de la parte mejor informada:** la conducta de las partes también puede generar asimetría en la información. Si la parte más informada se saca provecho (lícita o ilícitamente) de su posición, se produce una asignación deficiente de recursos.
- d) **Bounded Rationality:** puede ocurrir que la capacidad del receptor de la información sea limitada, o bien, éste asuma una postura irracional ante la información¹¹.

Ahora bien, ¿porqué es importante ésta clasificación? La respuesta es simple: ayuda a fijar la necesidad e intensidad de una regulación. A fin de evitar efectos colaterales indeseados en los destinatarios de las normas, las autoridades deben evaluar correctamente las características de los distintos actores intervinientes en el circuito económico, y del propio mercado.

En efecto, existen situaciones en que el mercado sin intervención de las autoridades puede fijar los lineamientos en los cuales se realizará el intercambio. Los privados utilizan la publicidad cuando un bien es de *inspección*; y paralelamente, la intencionalidad de la parte mejor informada puede ser manejada a través de los contratos. Las marcas comerciales tienen un rol fundamental en materia de información, ya que colaboran en la distinción de productos: Robert Cooter y Thomas Ulen comentan que a raíz de la abolición de las marcas en la antigua URSS, los productos sólo tenían etiquetas “arroz”, “aceite”, etc., por ende a partir de ese instante bajó el promedio de calidad de dichos bienes, ya que la imposibilidad de diferenciarlos eliminaba el incentivo de los fabricantes para aumentar la calidad de los productos¹².

Muchas veces el mercado no puede por sí solo encontrar la solución eficiente en materia de información. Por ejemplo a *prima facie* si un fabricante utiliza publicidad engañosa, los competidores buscarán por todos los medios hacer saber al consumidor del engaño. Sin embargo, en caso que dicho fabricante tuviera poder de mercado, poca la participación en el mercado, o las supuestas “bondades” de la marca en cuestión sean en realidad atributos generales de todos los productos (ej. comidas chatarra que no engordan), existirán pocos incentivos de los competidores para revelar la información¹³. Estos fenómenos también pueden generar el denominado “*gridlock problem*”¹⁴, que se da cuando las empresas, a pesar de conocer el comportamiento correcto, actúan igualmente de manera incorrecta debido a la incertidumbre (o certeza en algunos casos) acerca de la conducta a ser desplegada por los competidores¹⁵. Obviamente el *gridlock problem* deriva en un error sistémico.

Por tanto, cuando estamos ante situaciones de mayor complejidad se requiere una mayor presencia reguladora. En algunos casos, etiquetados y garantías de productos fijadas por ley, inversiones de la carga de la prueba, responsabilidad objetiva, acciones de clase; otras veces, será necesario establecer medidas más intrusivas sobre los destinatarios, como ser aprobaciones previas (ej. fármacos).

Dos ejemplos pueden ilustrar de manera más clara la problemática de la regulación y de la asimetría de la información en particular. El primero, los créditos a las PYMES¹⁶: las entidades de crédito por lo general tienen bastantes problemas para conocer la capacidad de pago de las PYMES, quienes muchas veces carecen de sistemas adecuados de contabilidad, respaldo de sus operaciones o proyecciones financieras, y mucho menos

¹¹ Si todos fuéramos racionales, ¿sería necesario realizar campañas para evitar hacer fogatas en los bosques, o imponer multas por la no utilización de cinturón de seguridad?.

¹² Cooter Robert y Ulen Thomas; *Derecho y Economía*; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; pág. 196.

¹³ Posner, Richard; *El Análisis Económico del Derecho*; Fondo de Cultura Económica; 1998; págs. 109-112: “*Las asociaciones comerciales pueden brindar una respuesta parcial. Los miembros de una industria no tienen fuertes incentivos para apoyar una campaña de ésta contra el fraude, pues el vendedor que nada aporta obtendrá prácticamente los mismos beneficios que los demás, pero sin ningún costo*”.

¹⁴ Romero Guzmán, Juan José; “*Problemas de información*”; texto entregado en clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹⁵ Por ejemplo: todos saben que se debe incluir a los trabajadores en el IPS. A pesar de ello, muchas empresas no lo hacen debido al aumento de costos de mano y obra y la postura de la competencia.

¹⁶ Ejemplo indicado por Juan José Romero Guzmán en las clases de “Derecho Constitucional y Regulación Económica” de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

poseen garantías suficientes. Sabido es que las PYMES son un motor importante para las economías de un país, pero en virtud a estas limitaciones, los bancos se muestran renuentes a otorgar los montos, o inclusive el crédito solicitado por los consumidores.

¿Qué pueden hacer las autoridades para corregir la situación? Fortalecer los sistemas contables y financieros de las PYMES, mediante capacitaciones dirigidas a dicho sector (ej. Asociación de Artesanos). Suena utópico, pero es mucho mejor actuar de ésta manera que como indiferente o displicente (lo cual grave error porque limitaría el acceso de las PYMES a los créditos), o peor aún, dictar leyes que otorgan condonaciones de deuda luego del incumplimiento.

Otro ejemplo palpable de la problemática es el citado por Juan José Guzmán: *“Existe alguna evidencia reciente de esto en el Reino Unido, donde parte de la explicación de la caída sustancial en las ventas de seguros de vida y productos personales de pensiones en 1994 y 1995 fue la falta de confianza de los consumidores en la industria provocada por una serie de escándalos y prácticas peligrosas de venta. Una editorial del Financial Times de Abril de 1998 lo expresó de esta forma: ‘Hay una creciente renuencia de los clientes a asumir compromisos a largo-plazo, y una particular preocupación por los estándares de venta en el negocio de las pensiones personales’. (...) El Panel de Consumidores de la PIA sostuvo, en su primer Informe Anual (PIA Consumer Panel, 1995), que ‘El escándalo de la venta engañosa de pensiones personales y otros ejemplos bastante divulgados de comportamientos inescrupulosos o estándares insatisfactorios han dañado la confianza de los consumidores en la industria... El desafío es lograr un ‘cambio brusco’ en la regulación de modo que recupere la confianza pública en el mercado de la inversión al por menor (retail investment market)’ y la voluntad y la capacidad de los individuos de comprar los productos apropiados’. Esta conclusión resultó de una investigación de mercado entre los consumidores que indicó que: ‘Las principales conclusiones de la investigación fueron que la confianza en la industria de servicios financieros es muy baja, y que esta falta de confianza contribuye a la falta de voluntad en invertir’. Todo esto parece indicar una demanda evidente de los consumidores por regulación”*¹⁷.

ii. Los fenómenos conexos relacionados al comportamiento humano:

Teniendo en cuenta la información existente en un intercambio, las partes pueden asumir diversas posturas estratégicas, incluso de manera involuntaria:

Selección adversa y mercado de limones

Se trata de un oportunismo que afecta la conducta precontractual y consistente en que la parte peor informada (en este caso suele aludirse a los vendedores) realiza una mala selección o elección de la persona con quien contrata (usualmente, en este caso, compradores), los cuales tienen los incentivos para aprovecharse de su posición de privilegio informacional¹⁸.

En 1971 Akerlof realizó un estudio sobre esta falla de mercado que hoy es de lectura obligatoria¹⁹. Analizando el mercado de vehículos usados (limones = chatarras), se percató que en una competencia perfecta cada comprador encontraría el tipo de vehículo acorde a sus gustos, necesidades y capacidad de pago. De ésta manera, los productos de calidad superior tendrían compradores de nivel superior, los de nivel medio compradores de nivel medio y los de nivel bajo, compradores este segmento; creándose mercados separados para cada tipo de bienes²⁰.

El problema radica en que por lo general es el vendedor quien posee la información relacionada al vehículo, consecuentemente, su reticencia impide al comprador conocer la calidad del mismo antes de la posesión. Entonces, aquellos consumidores que estaban dispuestos a pagar 10 por un auto de primera calidad, pero menos por otro de calidad inferior, asumirán que van a recibir un vehículo de calidad desconocida y ofrecerán un precio que capte la incidencia de estas posibilidades sujetas, no a certeza sino a una cierta probabilidad:

¹⁷ Romero Guzmán, Juan José; *“Problemas de información”*; texto entregado en clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹⁸ Romero Guzmán, Juan José; *“Problemas de información”*; texto entregado en clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹⁹ Akerlof, G. The Market of Lemons: quality uncertainty and the market mechanism; *Quarterly Journal of Economics*; 1971. George Akerlof junto a Michael Spence y Joseph Stiglitz fueron adjudicados del premio Nobel de Economía 2001, por sus estudios sobre cómo las asimetrías de información impactan sobre los mercados.

²⁰ Artículo publicado por Castellano Andrea denominado *“El Análisis Económico del Derecho del Consumidor: Información, Garantías y Daños por Productos Elaborados”*, Cap. VIII págs. 160-162, del libro *“Análisis Económico del Derecho”*; Kluger Viviana (compiladora), Editorial Heliasta SRL; Año 2006.

existirán 50 % de probabilidades de que el comprador reciba un vehículo de buena calidad y 50 % de que sea uno de mala (valor 5) ²¹. Por ende, el comprador no ofrecería más de 7,5 dado que sería el valor esperado (VE) de la alternativa que enfrenta, lo cual puede ser expresado en una ecuación como $VE = (10 \times 0,50) + (5 \times 0,50) = 7,5$.

Este hecho indefectiblemente repercute en la oferta de vehículos usados, porque el vendedor de un vehículo de buena calidad no estará dispuesto a aceptar el precio indicado (7,5) y así quedará desplazado del mercado. También se verá afectada la composición del mercado: al salir los mejores autos, quedarán solo los de calidad inferior.

Si éste juego continúa repitiéndose se puede llegar a la propia extinción del mercado²². Lo importante de este estudio es la demostración de que muchos mercados se desarrollan menos de lo socialmente eficiente debido a la asimetría de información²³.

El mercado de los seguros brinda los ejemplos más claros de selección adversa. Naturalmente, la compañía de seguro no sabe si una persona es prudente al manejar, respeta las señales de tránsito, y/o no consume bebidas alcohólicas; por ello al momento de fijar la prima de seguros de vehículos éstas deben tener mucho cuidado, pues si al fijarla en un nivel muy bajo serán atractivas para todo tipo de personas (menos y más propensas a provocar accidentes), en cambio cuando ésta es muy elevada, quienes son cuidadosos no estarán dispuestos a pagarla y sólo lo harán aquellos que presentan una mayor propensión a los accidentes²⁴. Así las cosas, la selección adversa se presenta cuando los clientes escogen el producto o servicio sobre la base que incrementa el costo de producción²⁵.

Entonces, ¿qué hace la compañía de seguros para obtener la información necesaria del potencial cliente y establecer la prima adecuada? En la práctica utiliza tres herramientas: el coaseguro²⁶, los deducibles²⁷ y la exclusión de beneficios por condiciones preexistentes. Las dos primeras resultan poco atractivas para los asegurados de bajo riesgo y bastante atractivas aquellos de alto, por ende, la postura del cliente revelará que

²¹ Artículo publicado por Castellano Andrea denominado "El Análisis Económico del Derecho del Consumidor: Información, Garantías y Daños por Productos Elaborados", Cap. VIII págs. 160-162, del libro "Análisis Económico del Derecho"; Kluger Viviana (compiladora), Editorial Heliasta SRL; Año 2006.

²² Artículo publicado por Castellano Andrea denominado "El Análisis Económico del Derecho del Consumidor: Información, Garantías y Daños por Productos Elaborados", Cap. VIII págs. 160-162, del libro "Análisis Económico del Derecho"; Kluger Viviana (compiladora), Editorial Heliasta SRL; Año 2006.

²³ Romero Guzmán, Juan José; "Problemas de información"; texto entregado en clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Inicialmente Stigler, planteó la importancia de analizar la búsqueda con asimetrías de información. Luego, Akerlof señaló la importancia de estas asimetrías en el mercado y principalmente en la formación del precio del producto.

²⁴ Cooter Robert y Ulen Thomas; *Derecho y Economía*; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; págs. 84-86.

²⁵ Romero Guzmán, Juan José; "Problemas de información"; texto entregado en clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

²⁶ En la acepción que nos interesa, se define como el porcentaje que corresponde pagar al asegurado de la pérdida ocasionada por el siniestro. Generalmente el importe del coaseguro puede ser pactado con la aseguradora bajo la siguiente regla: a mayor importe de la prima menor es el importe del coaseguro y viceversa. Usualmente el coaseguro es cobrado por el hospital al momento de la salida del paciente y acredita el pago al adeudo de la aseguradora. Coaseguro y deducible pueden aplicar en un siniestro de gastos médicos mayores.

Para las pólizas a todo riesgo que amparan activos de las empresas, o bienes en general, el coaseguro no es más que la relación que guarda el valor asegurado y el valor íntegro del interés asegurable. Por ejemplo: aseguramos un edificio en USD. 1.000.000 pero hacerlo de nuevo (al momento del siniestro) cuesta \$ 4.000.000, por lo que solamente hemos asegurado un 25% del mismo y tenemos un coaseguro del 75%. Esto implica que solamente tenemos derecho de recibir de la Aseguradora un 25% de nuestras pérdidas parciales o la suma asegurada en caso de una pérdida total. El concepto de coaseguro, en esta definición, contrasta con el de copago en que el coaseguro es un porcentaje del coste y el copago es un coste fijo.

²⁷ Deducible (también conocido como franquicia) es la suma de dinero que la compañía de seguros no cubre (indemniza) en caso de ocurrir un siniestro. Por lo tanto, al contratar un seguro con deducible, el asegurado soportará parte del daño, cubriendo el seguro sólo el monto que supere dicho deducible pactado en la póliza de seguro. Por ejemplo, si se tiene asegurado un bien por un valor de \$300.000 con un deducible de \$50.000, significa que si el bien sufre un daño menor a \$50.000, la compañía no debe pagar nada. Si el daño es mayor a \$50.000, por ejemplo \$150.000, el seguro sólo pagará \$100.000, que es la diferencia entre \$50.000 (deducible) y \$150.000 (daño total).

tipo de persona es²⁸; a su vez, la tercera permite excluir los beneficios en caso de omisiones o reticencias del asegurado.

La discriminación basada en criterios objetivos orientada a segmentar el mercado, está permitida por la ley²⁹.

Riesgo moral (Moral Hazard)

Es un concepto que representa una forma de oportunismo informacional, aunque en este caso de carácter postcontractual³⁰, y se genera cuando una de las partes asume una conducta que afecta el contrato o la relación, sin que tal circunstancia pueda ser observada por la otra parte.

Nuevamente, es el mercado de los seguros nos brinda una muestra del problema: cuando el propietario de un vehículo no cuenta con un seguro, es probable que sea muy cuidadoso y estacione en lugares iluminados o inclusive utilice estacionamientos privados, etc.; sin embargo, al contratar el seguro el propietario puede adoptar una posición menos cuidadosa (cerrando sin llave o estacionando el lugares poco iluminados y desprotegidos)³¹. Es decir, el mero hecho de que su pérdida está asegurada podría llevarlo a actuar de tal modo que aumente la probabilidad de un siniestro.

Como medida para enfrentar este tipo de situaciones las compañías de seguro también recurren a los deducibles y al coseguro³². De ésta manera pueden inducir a una persona a mantener un estándar de conducta y precaución deseables a los efectos de no agravar la probabilidad del siniestro.

El riesgo moral es un adjetivo de lujo de la palabra incentivo³³ y resulta palpable en seguros de desempleo benevolentes (menor incentivo para trabajar)³⁴ o demuestran porque es difícil contratar un seguro contra las pérdidas de una empresa o las quiebras (vuelve atractiva la insolvencia)³⁵.

iii. La Ley, el Decreto No. 21.004/03 y la Reserva Legal

La necesidad de proteger al consumo y regular la información³⁶ es un hecho reconocido internacionalmente³⁷. En ese sentido, los Arts. 6³⁸ y 8³⁹ de la Ley son una muestra palpable de todo lo expresado en este artículo en

²⁸ Cooter Robert y Ulen Thomas; *Derecho y Economía*; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; págs. 84-86.

²⁹ Esta tipo de situación se presenta en todos los mercados. Por ejemplo, los restaurantes tipo buffet resultan atractivos para personas de buen comer, entonces, ¿cómo fijar el precio?

³⁰ Romero Guzmán, Juan José; *“Problemas de información”*; texto entregado en clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

³¹ Cooter Robert y Ulen Thomas; *Derecho y Economía*; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; págs. 84-85.

³² Cooter Robert y Ulen Thomas; *Derecho y Economía*; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; págs. 84-85.

³³ **STIGLITZ, Joseph**: *“Desarrollo Económico, Capital Social y Globalización”*. Palabras vertidas en “Entrevistas Claves”, sección de la Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo del BID, que contiene diálogos sobre los grandes temas de la agenda de capital social, ética y desarrollo de nuestro tiempo con autoridades internacionalmente reconocidas en estos campos. Estas entrevistas son realizadas y producidas por el equipo de trabajo de la Iniciativa. <http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/Desarrollo%20econ%C3%B3mico,%20capital%20social%20y%20globalizaci%C3%B3n.pdf>.

*“El termino **riesgo moral** es ampliamente usado en el contexto de las instituciones financieras que prestan dinero a países en desarrollo sin primero investigar si estos países tienen la capacidad de crédito...También existe otro problema relacionado al **riesgo moral** al que me he referido en diferentes ocasiones. Desde mi perspectiva, debido a la disponibilidad del FMI para salvar a cualquier país ante un problema financiero, los países prestatarios tienen menos incentivos para adquirir seguros que cubran devaluaciones del sistema cambiario. En mi opinión, si el FMI no interviniera cada vez que se presenta un problema cambiario, los países estarían más dispuestos a adquirir este tipo de seguros. Esta situación exacerba el riesgo de los precios y pone a los gobiernos en un aprieto. Debido a que las personas normales no poseen seguros adecuados para estas situaciones, la consecuencia de las fluctuaciones cambiarias se presentan en formas mucho más severas de lo que deberían ser”*.

³⁴ Posner, Richard; *El Análisis Económico del Derecho*; Fondo de Cultura Económica; 1998; pág. 441.

³⁵ Posner, Richard; *El Análisis Económico del Derecho*; Fondo de Cultura Económica; 1998; págs. 158 y 381.

materia de información, la primera establece la información como un derecho del consumidor y la segunda como una obligación del proveedor o fabricante.

Pero no todo es perfecto ni armónico. A mi criterio, en el Decreto No. 21004/03 se producirían tres graves violaciones al principio de reserva legal: el proceso, las multas y la responsabilidad objetiva del fabricante. Me gustaría dedicar algunas líneas a cada una de ellas.

Nadie discute que en la Ley se designa al MIC como autoridad de aplicación⁴⁰, sin embargo, el problema radica en el alcance de dicha designación. Concretamente y en violación al principio de reserva legal que rige en materia de procesos⁴¹ y multas⁴², el MIC cimienta su facultad punitiva en el Decreto No. 21.004/03 (el Decreto), normativa que establece el proceso sancionatorio y otorga la potestad de duplicar o triplicar multas en caso de incumplimiento del condenado⁴³, cuando ambas cuestiones indefectiblemente deben ser fijadas por ley. A modo de ejemplo, el proceso y las multas que pueden ser aplicadas por el Banco Central, la Dirección Nacional de Aduanas y la Subsecretaría de Estado de Tributación se encuentran establecidas fundamentalmente en las leyes 489/95, Código Aduanero y las Leyes 125/91 y 2.421/04; y las disposiciones de rango inferior sólo complementan lo dispuesto en estas normas. En otras palabras el Decreto dice más de lo que la Ley permite y/o establece parámetros punitivos superiores, sobrepasando sus límites, y violando el mentado principio de legalidad.

³⁶ En la exposición de motivos de la Ley de Protección al Consumidor de Chile se indica: *“En una economía de mercado como la nuestra, es posible sostener que la competencia es la que regula la relación entre proveedores y consumidores, y la que resguarda los intereses de estos últimos. No obstante, en la realidad los mercados distan mucho de ser perfectos y competitivos, especialmente porque la información, indispensable para que éstos funcionen en forma adecuada y se tomen las decisiones óptimas, tiene costos importantes.*

En consecuencia, existe un espacio de perfeccionamiento de la capacidad que tienen los mercados para entregar señales correctas a los agentes económicos en la toma de sus decisiones. Este proyecto de ley sobre los Derechos de los Consumidores que someto a vuestra consideración pretende aprovechar el verdadero potencial que tiene el mecanismo de mercado en la toma de decisiones económicas, respetando los derechos de las personas en su condición de consumidores”.

³⁷ La experiencia internacional en materia de derechos de los consumidores culminó con el reconocimiento que la Asamblea General de Naciones Unidas expresó en 1985 mediante la resolución 39/248 (ampliada en 1999), donde se imparten claras directrices para que los países miembros promulguen leyes de protección a los consumidores, de acuerdo a las distintas realidades sociales y económicas, de cada uno de ellos.

³⁸ **Artículo 6:** “Constituyen derechos básicos del consumidor: c) la adecuada educación y divulgación sobre las características de los productos y servicios ofertados en el mercado, asegurando a los consumidores la libertad de decidir y la equidad en las contrataciones; d) la información clara sobre los diferentes productos y servicios con las correspondientes especificaciones sobre la composición, calidad, precio y riesgos que eventualmente presenten”.

³⁹ **Artículo 8:** “Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes o presten servicios, suministrarán a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos. La oferta y presentación de los productos o servicios asegurará informaciones correctas, claras, precisas y visibles, escritas en idioma oficial, sobre sus características, cualidades, cantidad, composición, precio, garantía, plazo de validez, origen, dirección del local de reclamo y los riesgos que presenten para la seguridad de los consumidores, en su caso”.

⁴⁰ **Artículo 40:** En el ámbito nacional será autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Industria y Comercio, y en el ámbito local, las municipalidades; pudiendo ambos actuar en forma concurrente.

⁴¹ **Artículo 17 de la Constitución Nacional:** De los derechos procesales. En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: ...3) Que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales.

Artículo 1 del Código Procesal Penal: Juicio Previo. Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso, realizado conforme a los derechos y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y a las normas de este código. En el procedimiento se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía y concentración, en la forma en que este código determina.

⁴² Art. 9 de la Constitución Nacional: Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe.

Artículo 1 del Código Penal: Principio de legalidad Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción.

⁴³ **Art. 33** “Si el obligado a cumplir con una resolución final o una resolución que impone medidas preventivas no lo hiciera, se le impondrá sin más trámite, una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios que emplea la autoridad al emitir resoluciones finales; sin perjuicio del cumplimiento de lo acordado. Si el obligado persiste en el incumplimiento, la autoridad podrá imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla con la medida impuesta y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante la autoridad competente para que ésta inicie el proceso penal que corresponda. Las multas impuestas no impiden a las autoridades de aplicación a imponer una multa o sanción distinta al final del procedimiento, darse la circunstancia”.

La cuestión de las multas tampoco puede estar amparada en su carácter conminatorio⁴⁴. El aumento ilimitado vía Decreto constituye una autoatribución exorbitante y desproporcionada de facultades, no permitida en la Ley ni mucho menos en la Constitución Nacional: la potenciación de la multa no es admisible.

El Decreto también modifica arbitrariamente el régimen de responsabilidad previsto en la Ley (Art. 28 incs. a y c⁴⁵) y el Código Civil (Art. 1.833)⁴⁶. Mientras los Arts. citados estipulan la responsabilidad subjetiva, el Decreto establece una responsabilidad objetiva (Art. 32 del Decreto)⁴⁷: una cosa es prohibir cláusulas que impliquen un menoscabo o inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, donde siempre será válido un estudio de la culpa o dolo del agente; pero otra muy distinta es elevar el estándar y prescindir del análisis de la conducta del fabricante o proveedor, estableciendo como factor de atribución de responsabilidad únicamente al agente, daño y nexo causal. Dicho de otra manera, vía decreto se está admitiendo la responsabilidad objetiva por productos elaborados y servicios, cuestión no establecida en la Ley.

Entiendo que pueden existir argumentos contrarios a lo señalado precedentemente, en el sentido que la responsabilidad objetiva en materia de defensa al consumidor es admisible mediante una interpretación analógica de la responsabilidad por vicio de la cosa en los productos (dueño de la cosa o guardián) o por actividades peligrosas en servicios (Arts. 1.846 y 1.847 del Código Civil⁴⁸); o bien, admitiendo la clasificación de las obligaciones de medios y resultado⁴⁹. Sin embargo, antes de hacer esto necesitamos realizar algunas precisiones:

- a) Carácter excepcional y restringido: sin perjuicio de lo que será desarrollado en el punto b), en concordancia al carácter universalmente excepcional y restringido de la responsabilidad objetiva⁵⁰, el Art. 1.833 del Código Civil impone que las situaciones susceptibles de ser introducidas a éste régimen sean tipificadas por ley⁵¹.

⁴⁴ Art. 51 de la Ley transcrito en el numeral 2.

⁴⁵ Artículo 28: Se considerarán abusivas y conllevan la nulidad de pleno derecho y, por lo tanto, sin que se puedan oponer al consumidor las cláusulas o estipulaciones que: a) desnaturalicen las obligaciones o que eliminen o restrinjan la responsabilidad por daños;... c) contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

⁴⁶ **Art. 1.833.-** El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediare culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente.

⁴⁷ **Art. 32.** - Aplicación y graduación de las sanciones. “Los proveedores **son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la Ley N° 1334/98**, en el presente Decreto y en sus normas complementarias y reglamentarias”.

⁴⁸ **Art. 1.846.-** El que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder.

Art. 1.847.- El dueño o guardián de una cosa inanimada responde del daño causado por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. El propietario o guardián no responderá si la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta.

⁴⁹ “*Tratando de la prueba de la culpa en las obligaciones de resultado llegamos a la necesaria conclusión de que en ellas basta al acreedor comprobar el incumplimiento, pero no porque la culpa se presume, como vulgarmente se afirma, sino porque estando ella fuera de cuestión y no constituyendo por tanto, presupuesto de la responsabilidad civil en este caso, no solamente no le incumbe al actor la prueba sino que resulta inoperante la prueba de la falta de la culpa que eventualmente pretendiese introducir el demandado. El deudor solamente se libera con la prueba del “casus”.* Bustamante Alsina; Jorge; Responsabilidad Civil y otros estudios; Editorial Adeledo-Perrot; Año 1.984; pág. 431.

Cuando la obligación es de medios, el deudor está obligado a prestar una conducta determinada que razonablemente conducirá al resultado esperado por el acreedor. La omisión de esa conducta por parte del deudor que no evita la frustración prevista del resultado, o que le impide prever pudiendo hacerlo la consecuencia contraria a la obtención del resultado, constituye la culpa en el incumplimiento de la obligación. De tal manera que la obligación consiste precisamente en no actuar culposamente, o sea que la culpa funciona en este caso como presupuesto de la responsabilidad civil”. Bustamante Alsina; Jorge; Responsabilidad Civil y otros estudios; Editorial Adeledo-Perrot; Año 1.984; págs. 431-432.

⁵⁰ “*Junto a la culpa deben admitirse otros factores de atribución del daño que no son de imputabilidad porque no connotan como aquella un juicio valorativo del comportamiento: a) tienen carácter objetivo, porque prescinden de la culpa, que es factor subjetivo de imputabilidad; b) tienen carácter específico porque la ley que los define y tipifica señala exclusivamente el sector donde se aplican. Por ello son excepcionales e insusceptibles de aplicación analógica; c) tienen carácter típico porque se constituyen mediante la consideración de circunstancias de hecho suficientemente justificativas de la atribución del daño y del deber de reparar (riesgo, garantía, equidad); tienen carácter prevaeciente allí donde la ley margina la culpa”* Bustamante Alsina; Jorge; Responsabilidad Civil y otros estudios; Editorial Adeledo-Perrot; Año 1.984; pág. 237.

⁵¹ Acerca de la responsabilidad del fabricante, Bustamante Alsina señala: “*Consideramos que no corresponde aplicar la responsabilidad por vicio o riesgo de la cosa contemplada en el Art. 1113 del CC pues esta es una responsabilidad objetiva y, por lo tanto excepcional, que no puede extenderse más allá de los casos previstos en dicha norma legal. Resulta así que aquella responsabilidad es atribuida por la*

Consecuentemente, una aplicación analógica para todos los participantes del intercambio no sería viable.

- b) Diversidad de roles y responsabilidades: Ante la ausencia de normas que establezcan la responsabilidad del tipo objetivo por productos elaborados y servicios, la doctrina estableció un régimen diferenciado para cada uno de los potenciales involucrados en el intercambio. De ésta manera, el fabricante tiene una responsabilidad extracontractual de tipo subjetivo con inversión de la carga de la prueba (presunción a favor del consumidor)⁵², mientras que el vendedor directo tiene responsabilidad contractual de tipo objetivo (obligación de resultado)⁵³.

Es más, en materia de servicios la situación se vuelve mucho más compleja pues no todos implican una *actividad peligrosa per se* (ej. servicios informáticos, taller mecánico, etc.), por consiguiente, una aplicación indirecta del Art. 1.846 no sería posible. Cuando se está ante un servicio, por lo general se trata como una obligación de medios⁵⁴, donde si se evalúa la culpa.

Así las cosas, la uniformidad de criterios debe ser establecida por ley.

- c) Derecho comparado: A modo de ejemplo, al observar la cuestión en la Argentina notamos que la responsabilidad objetiva en materia de defensa al consumidor fue adoptada por varios países, no obstante, fue introducida por ley a pesar de la existencia de normas similares en el derecho civil⁵⁵. En Chile existe una interpretación mixta⁵⁶, donde la facultad del consumidor para solicitar la

ley solamente al dueño o guardián de la cosa, carácter éste que obviamente no reviste el fabricante que enajenó la cosa antes de producirse el daño...." Bustamante Alsina; Jorge; Responsabilidad Civil y otros estudios; Editorial Adeledo-Perrot; Año 1.984; págs. 338-339.

⁵² *"Conforme a la tesis que afirmamos, la responsabilidad tiene su fundamento en la culpa del fabricante. La culpa del demandado debe probarse pero la pretensión del damnificado se ve favorecida por presunciones homini que ponen a cargo de aquel la prueba de la falta de la culpa"*. Bustamante Alsina; Jorge; Responsabilidad Civil y otros estudios; Editorial Adeledo-Perrot; Año 1.984; págs. 338-339.

⁵³ Bustamante Alsina; Jorge; Responsabilidad Civil y otros estudios; Editorial Adeledo-Perrot; Año 1.984; págs. 336-337.

⁵⁴ Bustamante Alsina; Jorge; Responsabilidad Civil y otros estudios; Editorial Adeledo-Perrot; Año 1.984; págs. 431-432.

⁵⁵ En Argentina la responsabilidad objetiva fue admitida de manera expresa en la Ley del Consumidor, a pesar de existir una norma similar al Art. 1.847 del Código Civil Paraguayo.

Ley Argentina de Defensa al Consumidor: **"RESPONSABILIDAD. ARTICULO 40.-** Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. **Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.**

Artículo 1113 del Código Civil Argentino: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. (Párrafo agregado por Ley 17.711) En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.

"En su artículo 40 la Ley del Consumidor atribuye responsabilidad objetiva a los proveedores por los daños antes descriptos que se impone al causante de un daño" Artículo publicado por Castellano Andrea denominado "El Análisis Económico del Derecho del Consumidor: Información, Garantías y Daños por Productos Elaborados", Cap. VIII págs. 160-162, del libro "Análisis Económico del Derecho"; Kluger Viviana (compiladora), Editorial Heliasta SRL; Año 2006.

⁵⁶ En Chile existe una interesante disquisición al respecto: *"b.3) Factor de imputación: ¿culpa o responsabilidad objetiva? La ley no es explícita en cuanto al factor de imputación de la responsabilidad derivada de esta garantía legal. De lo dispuesto en el art. 21 inc. 1º, y del contexto general de estos preceptos, parece desprenderse de que se trata de una responsabilidad objetiva, en cuanto a la reparación, reposición o devolución del precio. En efecto, el art. 21 supone que los derechos que contemplan los arts. 19 y 20 pueden hacerse efectivos contra el vendedor, salvo que el bien se hubiere deteriorado por hecho imputable al consumidor. En consecuencia, no se acepta la prueba de la diligencia del vendedor sino únicamente la exoneración por culpa de la víctima. Distinta parece ser la respuesta en cuanto a la reclamación anexa de indemnización de perjuicios (art. 20 inc. 1º). Nada dice sobre esta acción la ley 19.496, de manera que, aplicando las reglas generales de la responsabilidad contractual, podría concluirse que el demandante debe probar el incumplimiento y será de cargo del demandado demostrar que actuó con la diligencia debida (art. 1547 del Código Civil), es decir, se trataría de un caso de responsabilidad con culpa presunta.*

<http://corralalciani.files.wordpress.com/2010/04/resp-ley-19-946.pdf>

reposición o reembolso se basa en criterios objetivos, más no la responsabilidad por daños y perjuicios (responsabilidad subjetiva).

Dicho en otras palabras, la responsabilidad por productos elaborados y servicios requiere un debate más amplio que un decreto, demanda una ley. Asimismo, no es admisible realizar una interpretación analógica o doctrinaria, menos aún extensiva a la generalidad de los sujetos involucrados en el circuito económico, cuando existe una norma específica como el Art. 1.833 y una figura que requiere una aplicación restringida (responsabilidad objetiva).

Conclusión

Las normas jurídicas no solamente producen efectos jurídicos, muchas veces también repercuten en la actividad económica de un país. Por ello, al elaborar una ley como la analizada en este artículo resulta imperiosa la participación de diversos actores y ciencias involucradas, no solamente de los profesionales del derecho.

La tesis propuesta en materia de reserva legal puede ser objeto de controversia, no obstante, a mi criterio, el ensanchamiento de las facultades otorgadas originalmente a la autoridad de aplicación no resulta válido. En las condiciones actuales, el Decreto dice más de lo que la Ley dice.

Bibliografía

Bustamante Alsina, Jorge; *“Responsabilidad Civil y otros estudios”*; Editorial Adeledo-Perrot; Año 1.984.

Castellano Andrea; *“El Análisis Económico del Derecho del Consumidor: Información, Garantías y Daños por Productos Elaborados”*, Cap. VIII; publicado en el libro *“Análisis Económico del Derecho”*; Kluger Viviana (compiladora), Editorial Heliasta SRL; Año 2006.

Cooter Robert y Ulen Thomas; *“Derecho y Economía”*; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008.

Posner, Richard; *“El Análisis Económico del Derecho”*; Fondo de Cultura Económica; 1998.

Romero Guzmán, Juan José; *“Problemas de información”*; texto entregado en clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.