

GARANTIAS LEGALES EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR: ELEMENTOS PARA UN ANALISIS ECONOMICO

I. LAS GARANTIAS LEGALES. SU TRATAMIENTO EN EL MARCO DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

El 22 de setiembre de 1993 se sancionó la ley 24.240 llamada "Ley de Defensa del Consumidor". Se ha señalado que la época de su sanción coincidió con las reformas económicas producidas en Argentina (y en otros países latinoamericanos), tendientes a otorgar un rol mayor a los mercados en la asignación de bienes y servicios. Así, quedaron al desnudo problemas que precedentemente habían sido confiados a la actividad estatal, realizada por medio de controles de derecho administrativo, o bien por actividad directa del Estado a través de sus empresas en la provisión de bienes o servicios. Esta actividad no siempre, ni en todos los sectores, había sido suficientemente eficaz para esos cometidos¹.

Puede adicionarse a tales causas, un proceso de maduración de conciencia social, aun dentro del esquema previo a los procesos de reformas, en torno de la necesidad de diseñar instrumentos institucionales más efectivos, tomando en consideración el evidente rezago en la materia con relación a los países desarrollados².

Lo cierto es que el tratamiento de la ley dio lugar a debates y vaivenes que no acabaron con su sanción, sino que en el decreto de promulgación el Poder Ejecutivo Nacional vetó varias de sus normas. Muchos autores señalaron que dicho veto importó una desnaturalización del cuerpo legal salido del Congreso.

¹Artana, D., "Defensa del Consumidor", SDT, (43), FIEL, 1994, p. 2.

²Ya en la década del 80 se había avanzado en el diseño de normas que, aún parcialmente, abordaban la protección del consumidor. Al respecto, pueden citarse las "Bases Legislativas", proyectadas por Morello, A. y Stiglitz, G., Tutela Procesal de Derechos Personalsísimos e Intereses Colectivos, Librería Editora Platense, La Plata, 1986, y las normas correspondientes del Proyecto de Código Único de 1987, ley 24.032, vetada por decreto 2719/91.

Concentrándonos en el propósito de este trabajo, la ley incluía, en el texto sancionado, normas imponiendo garantías obligatorias en la comercialización de bienes muebles de consumo durable, a favor del consumidor y de los adquirentes sucesivos, contra defectos o vicios de cualquier especie -aun los manifiestos u ostensibles-, cuando afectaran la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento. Esta garantía legal tenía un plazo de vigencia de seis meses a partir de la entrega. Se ponían también a cargo de los responsables los gastos de flete y seguro cuando debiera transportarse la cosa para su reparación o recambio. Resultaban responsables los productores, importadores, distribuidores y vendedores de los bienes y se especificaban las constancias mínimas que debían aparecer en los certificados de garantía³.

El veto del Poder Ejecutivo al momento de la promulgación excluyó esas disposiciones. El decreto que lo materializaba, explicaba sucintamente las razones que habían motivado el rechazo. En primer lugar, se señalaba que la imposición de una garantía legal coartaba la libertad del oferente de poner en el mercado productos con o sin garantía y la del consumidor de elegir entre unos y otros, lo cual importaría también restringir el acceso al mercado de ciertos productos, en general de bajo costo o de uso rápidamente descartable o de rezago, en perjuicio del consumidor. Asimismo, afirmaba que dicha garantía constituía un requisito legal no exigido en los países más industrializados (CEE, Japón, Estados Unidos), e importaría, en consecuencia, una desventaja comparativa para la producción de bienes tales como los implicados⁴.

Luego de casi seis años de su vigencia la ley fue reformada. El 24 de julio de 1998, se promulgó⁵ la ley 24.999 que reintrodujo la obligatoriedad de las garantías y la responsabilidad objetiva por los daños producidos por productos. La norma concerniente a garantías difiere escasamente en su redacción con relación a la vetada. Se refiere a “cosas muebles no consumibles, artículo 2.325 del Código Civil”, en vez de a “cosas muebles de consumo

³Ley 24.240, arts. 11 a 18.

⁴Decreto 2089/93, Considerandos.

⁵Se trató en este caso de promulgación automática, de acuerdo al mecanismo de legislativo introducido por la Reforma Constitucional de 1994.

durable”, empleando un lenguaje jurídico más orgánico con relación al sistema de derecho civil, pero también un concepto más amplio⁶ y -en lo que no es menor- limita el plazo de vigencia de la garantía legal a tres meses, en lugar de los seis originarios.

Esta renovación de una cuestión abandonada durante un tiempo, como lo fue la imposición de garantías legales a la comercialización de bienes, da pie para efectuar algunas consideraciones económicas en torno de la cuestión.

El objeto de este trabajo, en consecuencia, partiendo de los fundamentos del veto dictado en su oportunidad, será analizar desde el punto de vista económico, si puede afirmarse con carácter general que resulta incorrecta la imposición obligatoria de garantías, con relación a la eficiencia asignativa del sistema. Queda fuera del marco de tales propósitos estudiar si la modalidad concreta y particular de garantía diseñada por la ley 24.999, es buena o si es la mejor posible. Por el contrario, se limitará a poner de manifiesto algunos elementos útiles al momento de discernir si la imposición de una garantía legal puede ser o no una alternativa aceptable desde el punto de vista asignativo.

II. EL MARCO ECONOMICO DE REFERENCIA

El análisis económico de la garantía obligatoria se inserta en el marco más amplio de las relaciones entre consumidores y proveedores de artículos de consumo masivo. Corresponde, por lo tanto, revisar las características de dicho intercambio, y en particular, las cuestiones concernientes a los atributos de los bienes implicados, las conductas de los agentes económicos

⁶Se ha criticado la amplitud del concepto usado por la ley 24.999. En declaraciones al Diario Clarín, Juan Mirena, presidente de la Cámara Argentina de Supermercados, cuestiona que “...de la forma que ha sido sancionada la ley, desde un automóvil hasta una lapicera cuentan con 90 días de cobertura legal...” (Clarín, edición del 23 de agosto de 1998, p. 22). En todas las reflexiones que siguen debe tenerse presente esta circunstancia, aun cuando en general se tienen en mira - y también así lo hacemos en este trabajo- productos tales como electrodomésticos u otros “más durables” que lapiceras.

participantes y los problemas de información⁷ existentes.

Si los intercambios se hicieran sólo sobre bienes homogéneos, la información no constituiría un problema relevante, en cuanto los consumidores recibirían, en general, la calidad esperada. Pero a partir de la heterogeneidad⁸ de los bienes surge la importancia de la información, necesaria para identificar las diferencias de calidad existentes. Resulta evidente que las empresas poseen un mejor conocimiento de los atributos de calidad de los productos que desean vender que los consumidores. El problema radica en que habitualmente se entiende que obtener esta información, para los consumidores, o transmitirla, para las firmas, resulta extremadamente costoso⁹. Esta asimetría trae aparejadas diferentes conductas que provocan la existencia de fallas que distorsionan el funcionamiento del mercado, desde la perspectiva asignativa¹⁰. Adicionalmente, o en una consideración distributiva particular, los problemas

⁷El tratamiento de los problemas de información dio origen al desarrollo (principalmente a partir de los 80) de un nuevo campo de la teoría económica llamada "economía de la información". En general los problemas de información han sido abordados utilizando el paradigma principal-agente orientado a la búsqueda de un sistema de incentivos que induzca al agente a tomar la mejor decisión desde el punto de vista del principal. Para un tratamiento de los principales aspectos ver Kreps, D., *Curso de Teoría Microeconómica*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1995, cap. 16, 17 y 18.

⁸Al respecto, North explica que los bienes y servicios tienen muchos atributos y sus niveles varían de un modelo a otro. La medición de estos niveles es tan costosa que no puede ser totalmente exacta. Los costos de información para intentar determinar el nivel de atributos de cada unidad intercambiada forman parte de los costos de transacción. Aún si todos los individuos que participan en la transacción tienen la misma función objetivo seguiría habiendo costos de transacción al menos para conseguir la información necesaria sobre los niveles de atributo de cada unidad. North, D., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, FCE, México, 1990, p. 46.

⁹North sostiene que la existencia de asimetrías de información y su combinación con la función conductual subyacente de cada individuo, produce consecuencias fundamentales que afectan la teoría económica y el estudio de las instituciones. Se presentará el caso en que, no solamente una de las partes participante en la transacción posee más información, sino que probablemente le resulte útil ocultar la misma. Si se supone que los individuos maximizan la riqueza, uno puede mentir, engañar o robar cuando el resultado de esa actividad sea mayor que el valor de las otras alternativas. North, D., *op. cit.*, p. 47.

¹⁰La referencia a la ineficiencia en la asignación se plantea en relación con el equilibrio correspondiente a la información perfecta.

de información existentes determinan que no se asegure tampoco una adecuada defensa de los intereses de los consumidores respecto a la calidad de los bienes que se intercambian a través del libre funcionamiento de los mercados¹¹.

La literatura económica de las últimas décadas ha tratado profusamente los problemas que pueden observarse en situaciones contractuales como las que nos ocupan. El tratamiento se apoya en el empleo de varios conceptos¹², hoy generalmente compartidos, que denotan géneros o clases de problemas que suelen presentarse abundantemente en estas circunstancias.

Dentro de estos problemas, se acostumbra a mencionar al fenómeno conocido como selección adversa. La primera contribución importante al tema fue realizada por George Akerlof¹³, al plantear el problema utilizando como ejemplo el mercado de los coches de segunda mano. Al comprar autos usados es difícil distinguir la calidad de los mismos. Como los vendedores conocen su procedencia, y probablemente hasta han podido probarlos, tienen más información sobre el estado del coche que el comprador. Esto plantea la existencia de una situación de intercambio con asimetría de información. Este problema conduce a que sólo permanezcan en el mercado los coches de más baja calidad, y desplacen del mismo a los que se encuentran en buenas condiciones. Los bienes que se intercambian, entonces, no constituyen una selección representativa de la variedad de calidades existentes, sino que la

¹¹Un análisis de los problemas de información planteados desde la perspectiva de la defensa de los derechos del consumidor puede verse en Artana, D., *op. cit.*

¹²Con respecto a estos conceptos y a las conductas que se pretenden definir a través de los mismos es interesante considerar la opinión de Kreps (*op. cit.*, p. 522) que sostiene "La terminología de la economía de la información con expresiones como riesgo moral, selección adversa, acción oculta, información oculta, transmisión de señales, cribaje, etc., se utiliza a veces de forma algo distinta entre los especialistas del tema No pretendo sujetarles a una semántica precisa, máxime cuando problemas muy interesantes combinan más de una versión,.... En su calidad de consumidores de literatura económica, deberían prestar menos atención a estas etiquetas y más a las reglas del juego que el autor especifica..."

¹³Akerlof, G. "The Market for Lemons: Quantitative Uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, 84, 1970, p. 488 - 500.

selección está sesgada en favor de los de más baja calidad¹⁴.

También se ha entendido¹⁵ que los consumidores se enfrentan a situaciones de "moral hazard" por parte del vendedor del bien en cuestión, debido a que no son capaces de discernir la calidad del producto antes de concretar la transacción. Si bien el "moral hazard" es una apreciación de la conducta referida generalmente al ámbito de los seguros, una interpretación amplia permitiría sugerir que, debido a que los consumidores no pueden evaluar las diferencias de calidad, el vendedor no posee incentivos para cuidar que la misma se sitúe dentro de cierto rango. Esto puede ocurrir, precisamente, porque el vendedor desplaza todo o parte del costo del riesgo esperado hacia los consumidores¹⁶.

Se suele aludir también al problema del oportunismo. A diferencia de la economía neoclásica, las investigaciones más recientes conceptúan a los agentes económicos como maximizadores oportunistas. Al decir que los individuos son oportunistas se pretende indicar que persiguen su propio interés con astucia, en el sentido que serían capaces de faltar a su palabra o engañar si se dieran las circunstancias apropiadas. Un agente oportunista incumplirá algunas de sus obligaciones si eso conviene a sus intereses. Williamson¹⁷

¹⁴Los mecanismos más difundidos para enfrentar el problema de la selección adversa, consisten en la transmisión de señales en el mercado, a través de las cuales la parte poseedora de información superior identifica aquello que conoce y considera relevante para sus objetivos. En general las señales ayudan a mejorar el funcionamiento del mercado, si bien existen casos en que las mismas pueden empeorar la situación, porque no modifican la cantidad intercambiada y despilfarran recursos.

¹⁵Esta interpretación del problema es considerada entre otros en Mann, D., y Wissink, J., "Money-Back Warranties vs. Replacement Warranties: a simple comparison", *AEA Papers and Proceedings*, (2), 1990. En esta misma línea, se considera el diseño óptimo de garantías en el intercambio como una solución parcial a un problema de doble "moral hazard" cuando a la interpretación referida se agrega el hecho que los vendedores no pueden observar el cuidado con el que los consumidores hacen uso del bien en cuestión. Ver Cooper, R, y , T., "An Intertemporal model of Warranties", *Canadian Journal of Economics*, XXI, (1), 1988.

¹⁶En este caso, la solución habitualmente planteada por la teoría económica apunta al diseño de incentivos, estructurando la transacción de manera que la parte que emprende las acciones movido por su propio interés lleve a cabo acciones que la otra parte preferiría. En este caso los incentivos deberían hacer que el vendedor o productor respete ciertos estándares de calidad.

¹⁷Williamson, O., *The Economic Institutions of Capitalism*, Nueva York: Free Press, 1985.

destaca la importancia del estudio de las instituciones económicas frente al problema de la información limitada y la existencia de conductas oportunistas. Los incentivos que se utilicen para llevar a cabo una acción determinada o para transmitir una señal en concreto, deben respetar la habilidad de los individuos para mentir, hacer trampas y robar, si ello les resulta provechoso.

En el área en estudio, constituye un problema fácil de advertir la posible existencia de firmas que actúen de acuerdo a esos criterios. Puede hablarse entonces de firmas oportunistas para identificar a aquellas que entran a un mercado por un período de tiempo corto y que, ante la ausencia de incentivos para sostener una oferta durante un plazo prolongado, brindan una calidad inferior a la prometida. En algunas situaciones la preocupación por la reputación de la empresa puede ser un freno a estas conductas que las disuade de proveer una calidad diferente de la esperada. En un mundo con información imperfecta la confianza es crucial a la hora de realizar transacciones y para una firma de alto prestigio puede resultar inconveniente lanzar al mercado productos de mala calidad, sobre todo si la frecuencia de compra de los mismos es importante. Pero si se trata de bienes que se compran en forma espaciada, y las restantes condiciones concretas de mercado no “sancionan” estas conductas, podría aumentar el incentivo para el oportunismo.

Desde otro punto de vista se ha observado que las condiciones del intercambio de bienes de consumo masivo pueden dar lugar a la generación de externalidades, en un sentido particular. Si el proveedor de bienes conoce los riesgos que se pueden derivar del consumo y el comprador los ignora, puede ocurrir que el primero no internalice todos los costos y transfiera parte de los mismos al consumidor o a otros agentes que no participaron de la transacción por una vía ajena al mercado¹⁸. Como es conocido, en la teoría

¹⁸En estas condiciones de intercambio pueden presentarse dos tipos separables de externalidades: en el primer género, el vendedor no descuenta del precio del producto sus riesgos, y el comprador, no los tiene en cuenta al pagarlo -por hipótesis-, pero los asume necesaria e involuntariamente cuando se verifican. Hay una traslación patrimonial, que se traduce en un beneficio para un agente y un costo para otro (la diferencia entre el precio efectivamente pagado y el que se hubiera pagado de tener en cuenta adecuadamente los riesgos), que no fue considerado al momento de tomar las decisiones, y no se transmitió a través del mercado. El comprador no decidió soportar ese costo, sino que le fue “impuesto” por las condiciones empíricas planteadas. Los efectos de los riesgos específicamente amparados por las garantías legales (que el producto sea inapto para su destino, o bien que

económica la externalidad conducirá a un nivel de intercambio ineficientemente alto y provocará más daño que el deseable.

Extremando el rigor del análisis, aún ante una perfecta información, todavía podrían generarse problemas derivados de una tendencia psicológica a la subestimación de riesgos, o desde otro ángulo, una inclinación al subaseguramiento por parte del consumidor. Este punto ha sido tratado frecuentemente en el análisis económico del derecho de daños y no es más que la expresión de una tendencia, empíricamente advertible, a subestimar, aún ante el perfecto conocimiento del riesgo de males futuros (que podrían acaecer a consecuencia de decisiones presentes), la posibilidad concreta de sufrirlos personalmente o en la magnitud correspondiente¹⁹. Esta actitud se acentúa si el contexto es de información imperfecta, provocando un ámbito propicio para que se produzcan, con mayor frecuencia y grado, externalidades del tipo de las referidas.

Frente a la amplia gama de problemas esbozados puede pensarse en el diseño de instituciones destinadas a superarlos. Al respecto North²⁰ enfatiza

presente riesgo de duración inferior a la esperada), ingresan en esta categoría. El segundo tipo de externalidades comprende costos que se proyectan hacia terceros ajenos a la relación contractual: es el caso de productos que pueden dañar a alguien más que al comprador, ya sea que se trate de sujetos claramente identificables (la familia o vecinos del comprador, en el caso de una explosión) o no (como en el caso de daños ambientales). Ante una hipótesis de perfecta estimación de riesgos, no se producirían externalidades del primer tipo, en cuanto, por definición, el comprador conocería los riesgos y descontaría el precio a pagar su incidencia. Sin embargo, podrían persistir las del segundo: un comprador podría decidir adquirir un producto contaminante (v.g., un automóvil), que le resulte más barato que otro que no lo sea, en cuanto sólo soportará una mínima fracción del total de costos resultantes de su empleo. Por esto, es que cuando nos referimos a las externalidades implicadas en el problema de información, lo hacemos únicamente en el primero de los sentidos. Aunque es evidente que pueden coexistir estas dos clases de externalidades, en distinta medida. Para un tratamiento general del tema de externalidades en el campo de nuestro derecho ver Acciarri, H. y Castellano, A., "Recursos Naturales, Ambiente y Externalidades: análisis jurídico de un concepto económico", *Jurisprudencia Argentina*, (6006), 1996.

¹⁹Al respecto, ver Calabresi, G., *The Costs of Accidents. A legal and economic analysis*, Yale University Press, 1970, p. 56 y ss. y 206; y Shavell, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 1987, p.61 y ss.

²⁰North, D., *op. cit.*, p. 14.

el rol de las reglas o instituciones, las cuales tienen como principal función dentro de una sociedad, disminuir la incertidumbre, conformando una estructura estable, aunque no necesariamente eficiente, de interacción entre individuos. Desde esta perspectiva las reglas definen y limitan el conjunto de elecciones de los agentes. A continuación consideraremos el rol de una institución particular, como lo es la garantía legal, en este entorno.

III. LAS FUNCIONES DE LAS GARANTIAS OBLIGATORIAS EN EL ESQUEMA PROPUESTO

1. Homogeneidad e información

De modo inicial, parece claro que la imposición coactiva de una garantía legal tiende a superar la heterogeneidad de los bienes y los problemas que la diversidad de atributos ocasiona, pero con características particulares.

Comparando un mercado en el cual no existan garantías obligatorias, con otro en el que éstas sí estén impuestas, parece razonable concluir que en el segmento de bienes de peor calidad del primero, el grado de diversidad tenderá a ser mayor que en el segundo. Existirán bienes que directamente serán inaptos para la función que aparentemente ostentan, otros que durarán un día, otros, dos, etc. En la segunda alternativa, el productor se verá incentivado a producir artículos con un estándar mínimo: aptitud para el uso aparente y duración por el plazo de la garantía. En consecuencia, podrá advertirse una tendencia a la homogeneidad del "piso" del mercado. Este efecto requerirá la aplicación de recursos.

Cuando nos referimos a homogeneidad, podemos hacerlo en un doble sentido. Se puede hablar de homogeneidad de los bienes de un mercado, ofrecidos por distintos vendedores, o también de homogeneidad de los bienes ofrecidos por un mismo vendedor. Como se vio más arriba, la homogeneidad, en este último sentido, resulta ser un atributo valioso para ambas partes del intercambio²¹, y guarda una relación íntima con la información, en cuanto la segunda es función de la primera. Si bien es analíticamente imaginable un

²¹Barzel, Y., "Transaction Costs: Are They Just Costs?", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, (141), 1985, p. 7 y nota 10.

esquema en el cual se ofrezcan bienes absolutamente homogéneos y la información de los compradores fuera absolutamente nula, es una aserción empírica, pero difícilmente refutable, que un incremento en la homogeneidad tiende a producir un incremento en la información disponible. Un comprador que sabe que un artículo es idéntico a un grupo de unidades del mismo género, tiene la posibilidad temporal de haber comprado ya otro que le haya proporcionado información sobre sus atributos y pudo haber conocido sus ventajas, defectos y riesgos, que se repetirán en idéntica cantidad y calidad en el nuevo bien que ahora decida comprar. Su conocimiento puede también provenir de la experiencia ajena: los sucesivos empleos del bien adquirido que hagan otros consumidores y la información que transmitan, por la vía de la que se trate, al potencial comprador, incrementará su caudal de conocimientos sobre los atributos del bien a comprar.

Por oposición, la heterogeneidad limita estas dos fuentes informativas. Nada o poco aportará la repetición temporal o personal de compras de un producto de la clase del deseado, en cuanto "ex hypotesis" persistirá la incertidumbre con relación a los atributos que pueda presentar la unidad a adquirir. La información derivada de las sucesivas adquisiciones (propias o ajenas) se limitará en el mejor de los casos a revelar frecuencias estadísticas (de aparición de productos aptos, inaptos y poseedores de tal o cual atributo) cuya relevancia decrecerá cuanto más heterogéneos sean los bienes considerados.

El incremento de homogeneidad determinado por las garantías legales, con relación a los problemas de información, puede contrastarse con la alternativa de extremar el deber de información a cargo de los vendedores de productos. Precisamente el artículo cuarto de la ley 24.240 impone a quienes produzcan, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, el deber de suministrar a los consumidores o usuarios información veraz, detallada, eficaz y suficiente de las características esenciales de los mismos.

Podría pensarse, en este sentido, que si los jueces interpretaran con suficiente rigor esta norma, se suplirían las funciones informativas de la homogeneidad. Si los consumidores contaran con información perfecta de cada producto, la homogeneidad no sería un atributo deseable, ya que podrían elegir perfectamente entre bienes distintos, ofreciendo distintos precios.

Ocurre que la posibilidad analizada, llevada a los hechos, y empleada como único remedio, resultaría enormemente más costosa que la aludida homogeneidad. Ello parece muy evidente apenas se intente esbozar una situación práctica de esa clase. Antes de cada venta debería proveerse un prospecto con informaciones sobre cada producto o impartirse un pequeño curso que explicara todas sus características, y revelara toda cualidad o atributo que pudiera resultar valioso o disvalioso para un comprador, incluyendo hasta los datos más extremos sobre comportamientos futuros esperables, rendimientos comparativos, etc. Y todavía, semejante caudal de información debería poder ser adquirido por el comprador a un costo aceptable. En este sentido, además de la obvia incidencia del tiempo en la captación de conocimiento, que importa, por sí, un costo, restaría también otro problema, que es la necesaria posesión de conocimientos previos que permitieran asimilar la información específica. Este punto constituye una de las causas de la asimetría informativa -que se da entre los productores profesionales de bienes o servicios con relación a los consumidores profanos- de más difícil superación.

Cada información requiere un cúmulo de conocimientos previos básicos, sin los cuales carece de utilidad²². Lo expuesto, puede ejemplificarse, tomando como referencia el mercado automotriz, en el cual es frecuente que se publiciten atributos tales como el proceso de cataforesis o el empleo de doble árbol de levas. La transmisión de esos datos aislados proporciona un caudal distinto de información a un consumidor medio que a un especialista. Esa información puede ser fácil de transmitir (poco costosa), pero su comprensión cabal requeriría un proceso previo de costo probablemente prohibitivo. Y, finalizando con una revisión ligera, quedará vigente aún la cuestión relativa a la confianza en esa información transmitida por el vendedor al comprador. Es claro que se trata de partes con intereses encontrados y que la información transmitida no va a ser creída sin costo, de modo inicial y en todos los casos.

²²En un texto humorístico, Umberto Eco, con ironía, extrema las posibilidades de esta característica del proceso de aprehensión de información y denota el cúmulo de informaciones implícitas que se requieren para transmitir y entender aun las más simples. Ver, Eco, U. "Cómo Presentar en Televisión", *Segundo Diario Mínimo*, Lumen, Barcelona, 1994, p. 163.

En comparación, la información implícita en esa homogeneidad particular que provee una garantía legal, es abarcativa, de fácil aprehensión y, de alguna manera, "garantizada". Al decir que un producto será apto para su uso durante un lapso mínimo se afirman implícitamente infinitas circunstancias negativas y positivas que pueden incidir en ese resultado, que no es necesario informar en detalle, ni conocer, y que resultan confiables.

En definitiva: además de la necesaria evaluación inicial de costo -representado por todos los recursos que, de modo directo o indirecto, insuma la institución para su funcionamiento- y beneficio social -abarcando todos los efectos correctivos de cada uno de los aspectos particulares en que incidirá hacer una comparación con otras instituciones que puedan conducir a resultados asimilables. Restringiéndonos a esta comparación particular, en los casos en los cuales las garantías legales logran un nivel de homogeneidad que se traduce en un caudal de información disponible igual al que se conseguiría extremando el deber directo de informar, y lo hacen a menor costo, resultará -con relación a este aspecto- socialmente conveniente imponerlas. Señala Posner "una garantía implícita de que una lata de sardinas no está contaminada es una alternativa más barata tanto frente a una garantía expresa de aptitud para el consumo humano, cuanto a un requerimiento legal para que el vendedor revele las características del producto que puedan afectar a la salud"²³. Cabe recordar aquí que la garantía "implícita" a la que se refiere es una garantía legal, obligatoria, mientras que la expresa es una garantía voluntariamente otorgada por el vendedor.

La misma comparación particular puede efectuarse entre la garantía legal y la información que pueda proporcionar una agencia gubernamental destinada a ese fin.

2. Garantía legal y oportunismo

En un sentido próximo, pero no estrictamente superpuesto, puede estudiarse la función de las garantías con relación al oportunismo. Señala Posner²⁴, que la principal función del derecho de contratos -a su entender y desde Hobbes- es disuadir a las personas de comportarse de modo oportunista

²³Posner, R, *op. cit.*, p. 112.

²⁴Posner, R, *op. cit.*, p. 91.

hacia sus co-contratantes, para incentivar el rápido desenvolvimiento de la actividad económica y para obviar costosas medidas de autoprotección. Y que además, posee otra función íntimamente relacionada con la primera, que es completar el contrato, interpolando entre sus cláusulas, condiciones implícitas²⁵. Excede notoriamente el propósito de este trabajo un tratamiento detallado del análisis económico del derecho de contratos en general.

En lo que nos ocupa, simplemente, cabe observar que la compraventa estandarizada de productos, resulta siempre un contrato altamente incompleto. Una parte paga y recibe el bien, y la otra, cobra y lo entrega. No existe un acuerdo explícito, en el cual cada uno de los agentes haya previsto todas las contingencias posibles. Sería impensablemente costosa una venta negociada de cada artículo, que requiriera la redacción de un instrumento particular previendo todas las contingencias que pudieran afectar las obligaciones asumidas. Esta circunstancia es la obvia base de la contratación según modelos uniformes que impera en el mercado de los bienes de consumo masivo.

Si nos centramos en una relación particular, en consecuencia, veremos que alguien aparece comprando y alguien vendiendo. Pero esa transacción se integra por otras cláusulas implícitas²⁶. En lo concreto, cuando se compra una licuadora queda implícito que se está intercambiando un aparato que sirve para licuar ciertos alimentos, repetidamente -en más de una oportunidad- y de acuerdo a ciertas modalidades socialmente difundidas, a cambio de una suma de dinero. Si el vendedor entrega un producto que no cumple con tales circunstancias (que nunca sirvió para licuar o que solo funcionó por un período inferior al esperable "de buena fe"), y retiene para sí el dinero recibido, no hace más que observar un comportamiento oportunista: promete algo que no entrega y recibe el mismo beneficio que si lo hubiera entregado.

En esta hipótesis, si las condiciones de competencia del mercado no "castigan" su comportamiento, la ausencia de garantía será un incentivo a

²⁵Posner, R, *op. cit.*, p. 93.

²⁶Posner, R, *op. cit.*, p. 91. En cuanto al contenido jurídico de los contratos, su completitud y la interpretación de sus disposiciones implícitas, y explícitas, Acciarri, H., *Negocios atípicos predispuestos. La integración y calificación del contrato*, La Ley, tomo 1994-E, p. 433 y ss. y *Contratos clásicos y predispuestos: el contrato como estatuto*, La Ley, tomo 1995-E, p. 280 y ss.

favor del oportunismo: si un agente incumple sus compromisos sin consecuencias y con el mismo beneficio que cumpliendo (por hipótesis), se verá alentado a no cumplir.

Podría, sin embargo, introducirse un nuevo elemento en el análisis. Sería posible entender que el comprador, que sabe que el producto carece de garantía, compra una licuadora que sirve para sus fines aparentes, pero asumiendo una cuota de riesgo de que no sirva, y que consintiendo esas condiciones, está dispuesto a pagar el precio que paga. En esta interpretación, el vendedor no incumpliría en modo alguno el contrato por el hecho de que el producto no funcionara o dejara de hacerlo, dado que esa contingencia, no sería más que la actualización del riesgo asumido por el comprador, y "descontado" del precio. Pero esta afirmación sería verdadera en tanto y en cuanto el riesgo asumido por el comprador coincidiera con el riesgo real del producto. Al menos dos factores inciden en la consideración práctica de este aspecto, en combinación o integradas a las cuestiones de información ya apuntadas.

En primer lugar, en el segmento de mercado de calidad inferior, el valor de esos productos se verá incrementado por una externalidad positiva generada por la existencia en el mercado de bienes de calidad superior. El valor aparente de los peores productos, en términos generales, será superior al real, por esa derivación. En segundo término, persiste todavía el efecto de la tendencia psicológica a la subestimación de riesgos comentada precedentemente, que, por hipótesis, se plantea significativamente en los artículos de calidad inferior.

En consecuencia, en esta versión refinada, si el riesgo real es superior al riesgo asumido (y asumible) por el comprador -por los motivos apuntados- el vendedor incumplirá el contrato. Y si ese incumplimiento no le acarrea consecuencias (de mercado o de derecho), se verá incentivado a tal oportunismo. En este sentido, parece razonable entender que una garantía legal, constituirá un desincentivo a ese género de conductas oportunistas.

3. Garantías voluntarias

Frente al problema de la selección adversa y en relación con la posibilidad de señalar el mercado, pareciera ser claro que la garantía legal,

en tanto alcanza a todos los bienes, no cumple un rol señalizador como sí lo cumplirían las garantías voluntarias.

En un mercado con bienes de calidad diversa, los productores o vendedores de productos de calidad superior pueden decidir enviar señales ofreciendo garantías voluntarias, a fin de distinguir sus productos y evitar la selección adversa. Esas garantías pueden ser tenidas en cuenta por el consumidor al tomar sus decisiones y si fuera así, contribuirán a que la empresa que las provea aumente su participación en el mercado. Sin embargo, si se presenta el fenómeno de subestimación de riesgos ya aludido, en grado relevante, los consumidores no reaccionarán de la forma esperada frente a la señal y por lo tanto, las empresas carecerán de incentivos suficientes para ofrecerlas y tomar medidas tendientes a evitar fallas de calidad²⁷.

En estos supuestos, las garantías voluntarias no solucionarán el problema de selección adversa. La garantía legal tampoco. Sin embargo, esta última inducirá una suba del "piso" de calidad de los bienes intercambiados, que limitará el sesgo que - en las condiciones analizadas - se produciría hacia los bienes de calidad inferior, en cuanto la institución tiende a eliminarlos del mercado.

Con relación a la suba de precios que la medida pudiera implicar (tal como se desprende de los considerandos del veto al texto original de la ley 24.240) la misma podría resultar meramente de la comparación de un precio "real" contra otro "ficticio", en cuanto el aparentemente más bajo incluiría, como costo oculto, un nivel de riesgo que asumirían los compradores, pero que no habría sido tomado en cuenta al momento de decidir la compra, produciéndose un ineficiente nivel de adquisición de tales productos de inferior calidad²⁸. Resulta demasiado simplista pensar que un producto que se ofreció a \$10, con garantía, cuesta siempre más al comprador que otro que se le ofrezca a \$ 7, pero sin garantía. La inclusión en el cálculo del riesgo del segundo podrá dar por resultado un costo "real" total, inferior, igual o superior al primero, dependiendo de la magnitud del riesgo, constituida por la

²⁷Shavell, S., *op. cit.*, p. 60.

²⁸Posner, R., efectúa interesantes consideraciones en varios capítulos. Ver *op. cit.* p. 175 y ss.

frecuencia de aparición de disfunciones y la gravedad de las mismas²⁹. Si ese factor integrante del costo no es ponderado adecuadamente por los compradores, igualmente deberán "pagarlo", pero no habrá influido en su decisión de compra. De allí la verificación de un nivel ineficiente de compras de esos productos y una distorsión competitiva con relación a sus sustitutos más seguros o de calidad superior.

Una inadecuada evaluación de las situaciones esbozadas induce a errores tales como creer que los consumidores están beneficiándose por comprar productos "más baratos" (cuando, como se vio, pueden no serlo), "deciden" asumir riesgos (lo que puede no verificarse), o que se trata de fallas de mercado que se corregirán espontáneamente por efecto de la competencia (lo que, ante algunas circunstancias de hecho, no será posible). Asumiendo estas bases, cualquier análisis que intente decidir acerca de la bondad de la institución y su correcto diseño, deberá ponderar todos los factores expuestos, y contrastar los efectos que puedan esperarse de su imposición, con las consecuencias previsibles de otras instituciones alternativas.

IV. ANALISIS COMPARATIVO DE LA INSTITUCION

Resta, finalmente, contrastar estas someras reflexiones con la regulación legal en otros países. Esto se hace más necesario, si, de acuerdo al propósito que enunciamos, seguimos la línea de argumentos que contenía el veto del Poder Ejecutivo, a la Ley de Defensa del Consumidor para descalificar esta clase de garantías. Cabe, al respecto, efectuar una mera constatación de hecho, para determinar si otros sistemas jurídicos difieren sobre el punto (como lo afirmaba el decreto de veto) o por el contrario, si existe alguna analogía en el tratamiento de la materia. Esto exige alguna consideración previa.

No parece adecuado, desde el punto de vista de un análisis económico del derecho particularizado, restringirse a considerar normas aisladas, sin

²⁹Para un análisis acerca del punto, ver Schmid, A., *Property, Power and Public Choice. An Inquiry into Law and Economics*, 1987, p.104.

estudiar el efecto económico final de todo el grupo de reglas, conductas y principios que inciden en cada situación práctica. La mera lectura de las normas tienta a la superficialidad. Si varias reglas alternativas prohíben una conducta, no será indistinto que una imponga una multa de \$ 1 para su violación, otra decreta la nulidad de un acto y la tercera la sancione con pena de prisión. Los efectos económicos de las tres reglas serán muy diferentes. Y en cambio serán asimilables las consecuencias reales de otras instituciones que aparentemente regulan temas diversos. En consecuencia, cualquier intento serio de comparar los efectos económicos de sistemas jurídicos distintos requiere una consideración lo más acabada posible de todos los factores que puedan producir efectos respecto de la situación a estudiar.

En este sentido, el Código Civil argentino, al igual que todos los tributarios del derecho romano, incluía desde su sanción normas (que siguen en vigencia) tendientes a proteger al adquirente de bienes por los defectos ocultos. En sus artículos 2164 a 2181, 4041 y concordantes, dispone que son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, los existentes al tiempo de su adquisición que la hagan impropia para su destino, o incidieran en la aptitud de la misma para su uso de tal modo que el adquirente no la habría adquirido o habría pagado menos por ella, de haberlos conocido. Ante su aparición, se le otorga al comprador dos posibilidades: puede pedir la reducción del precio -restituyéndosele parcialmente lo pagado- o bien dejar sin efecto el contrato, entregando la cosa y solicitando se le restituya totalmente lo que pagó. El plazo de prescripción de las acciones para reclamar por estos vicios es de tres meses.

Este régimen tiene diferencias en cuanto a lo que hoy entendemos como una garantía legal. Sintéticamente, en el sistema del Código Civil, el comprador debe probar que los vicios existían antes de la adquisición y que eran ocultos (que no los podía percibir un comprador con conocimientos medios, ni el comprador concreto, con los conocimientos superiores a la media con que pudiera contar) y puede renunciarse a la responsabilidad que se derive de la existencia de los mismos, por convenio.

Desde el punto de vista jurídico, las consecuencias que pueda sufrir un comprador a causa de la ineptitud de un bien para su destino, su incorrecto funcionamiento, o su duración inferior a lo esperable, constituyen lo que se denomina un daño. Este daño, de naturaleza contractual, no difiere, en sí, de

los que le produciría, por ejemplo, una explosión del producto, que lo lesionara físicamente. En ambos casos, a causa de la cosa adquirida (por hipótesis), sufrirá un detrimento, un perjuicio en su patrimonio³⁰. El comprador, que entendió e implícitamente, pactó, que compraba un artículo que funcionaría correctamente durante al menos un tiempo, será “menos rico” tanto si pierde un ojo por la explosión -disminuyéndose su capacidad productiva-, como si su aparato deja de funcionar prematuramente. En ambos casos experimentará una disminución patrimonial con relación a lo esperable, causada por el producto.

El tratamiento del tema, en ambos supuestos, se encuadra dentro de la responsabilidad civil, que es la institución que abarca genéricamente este clase de fenómenos. Dentro de su campo, las diferencias de regulación de cada clase particular de daños son cuestiones de política legislativa. Bien puede considerarse que ambas especies de daño -los generados por el incorrecto funcionamiento de lo adquirido, y las lesiones derivadas de su explosión- son consecuencias contractuales, resultado del incumplimiento de un pacto, o bien que sólo los primeros derivan del contrato, y los segundos, de un deber de cuidado o precaución (en la fabricación o venta del producto) mas amplio, previo y general a todo comportamiento humano, situándolos dentro del campo de los daños extracontractuales.

Estas breves nociones pretenden mostrar que el mismo tema, o mejor aún, los hechos comprendidos en el tema que nos ocupa, pueden ser tratados con iguales efectos prácticos, a través de distintos instrumentos jurídicos. Que no necesariamente debe existir una ley que mencione la institución “garantías legales” o “garantías obligatorias”, para concluir que un sistema jurídico determina consecuencias como las anteriormente definidas.

Con estas advertencias, cabe revisar la cuestión comparativa. Los países de la Comunidad Europea, todos continuadores de la tradición romanista, cuentan con una regulación similar a la expuesta sobre vicios ocultos. Centrémonos, a modo de ejemplo, en el caso francés. Los principales autores en la materia directamente denominan “garantía legal” a la protección

³⁰Sólo para facilitar la comprensión de la explicación obviamos las cuestiones relativas a los daños morales o extrapatrimoniales.

civil por vicios ocultos³¹. Lo más interesante sobre el punto es estudiar la evolución de la jurisprudencia sobre las normas del Código Francés del siglo XIX, aún vigente. En general, se ha producido un claro afinamiento de la responsabilidad de los vendedores derivada de esta clase de vicios. Las vías han sido aligerar la carga probatoria del comprador, dilatar el campo de lo que se considera vicios ocultos, nulificar los pactos por los cuales los vendedores se eximían de esta responsabilidad, etc. Se llegó, en consecuencia, a construir por todas estas vías, una institución de características muy similares a la que disciplina la ley argentina vigente.

Esto da pie a otra observación: si con bases legales similares, se llegó a un sistema tal, para qué sirve dictar una ley especial?. Y aquí viene a colación nuevamente la opinión de Posner³²: para disminuir los costos de transacción. No merece mayores reflexiones la afirmación de que los costos de transacción decrecen cuando decrece la incertidumbre³³. En esta materia el rango de incertidumbre sería elevado. En el régimen civil tradicional pueden discutirse ante un tribunal cada uno de los elementos que determinen la responsabilidad. La calidad de “vicios”, la calidad de “ocultos”, su relación con la “aptitud”, el “empleo esperable”, los “conocimientos especiales del comprador”, etc. Y esa posibilidad de discusión es también un problema de información previo a la misma decisión de comprar. Las partes no sólo tendrán dudas sobre el resultado de un juicio planteado, sino que dudarán también acerca del alcance de los costos que asumen al comprar y vender, al carecer de certidumbre sobre la resolución final que podría recaer acerca de cada uno de los puntos señalados.

Es por estas circunstancias que una norma clara, sencilla, y fácilmente difundible como la imposición de garantías legales, resulta preferible -más

³¹ Callais-Auloy, J. y Steinmetz, F., *Droit de la Consommation*, Dalloz, 1996, p. 220.

³² Posner, R., *op. cit.*, p. 93.

³³ Evidentemente, nos referimos a los costos de transacción relacionados con la transacción que se tome como referencia del análisis. Acerca de la relatividad en la determinación de costos de transacción, Acciarri, H. y Castellano, A., “Costos de Transacción: un análisis sobre el alcance del concepto y sus consecuencias”, *IV Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana de Derecho y Economía*, Ecuador, 1998. Acerca de los modernos criterios de definición de costos de transacción pueden verse con provecho Barzel, Y., *op. cit.* y Allen, D. “What Are Transaction Costs”, *Research in Law and Economics*, 1991, p. 1 y ss.

barata, en una relación de costos y beneficios sociales- a dejar el tema sometido al campo del derecho general y la interpretación de los Tribunales. A la misma conclusión arriban los juristas franceses, aunque empleando una lógica distinta. Así, se aboga por la conveniencia de una norma clara, como la propuesta por la Comisión de Reformas de 1990³⁴. Sólo cabría agregar, desde el punto de vista económico, que en los mercados europeos muchos de los problemas planteados encuentran su solución en la competencia y en las relaciones no coercitivas establecidas entre las empresas y las organizaciones de consumidores, por lo cual, posiblemente, la relevancia de las cuestiones implicadas es bastante mayor en los países en desarrollo.

Queda por estudiar el caso de los Estados Unidos y los países del Common Law. Como es conocido, el cuerpo básico de derecho no está contenido en códigos o leyes dictadas por los parlamentos, sino que se exterioriza en el conjunto de sentencias y criterios sostenidos por los Tribunales, con excepcionales normas de las legislaturas. La cuestión, entonces, debe ser estudiada dentro de algunos límites particulares. No sería correcto buscar una ley general, en nuestro concepto, que contenga la imposición de garantías legales, y ante su inexistencia, afirmar que dichos sistemas no imponen a los vendedores la obligación de garantizar sus productos. La búsqueda debe ser más compleja y necesariamente, debe atender a las decisiones de las cortes y, en los últimos años, a normas particulares de diversa naturaleza.³⁵

En ese ámbito, no hay dudas entre los autores, en cuanto a que el derecho impone a los vendedores una garantía de aptitud para el uso previsible de los productos vendidos. Se habla de una "implied warranty"³⁶, en cuanto

³⁴Callais-Auloy, J. y Steinmetz, F, *op. cit.*, p. 223, nota 3.

³⁵Ver al respecto, Miller, J. "Responsabilidad del Fabricante en la Argentina Desde la Perspectiva del Derecho Comparado", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1986, p. 349 y esp. nota 6 (publicado originalmente en *The American Journal of Comparative Law*, 33, 1985, p. 611, t. 19), donde el autor señalaba ya en ese momento que podía observarse un cambio en la tendencia en la medida en que las legislaturas de los estados norteamericanos estaban sancionando un número creciente de normas sobre diversos aspectos de la responsabilidad por productos. En lo que nos ocupa, también sobre la duración y estándares de diseño.

³⁶Cooter, R. y Ulen, T., *Law and Economics*, Addison-Wesley, 1997, p.190.

se la entiende pactada implícitamente, aunque no se la hubiera escrito. Y aun más, suele declararse la nulidad de los pactos expresos en contrario.

El tratamiento científico y docente de las garantías en el Common Law, difiere significativamente de lo que conocemos en nuestro derecho. En primer lugar “garantía” es generalmente sinónimo de “garantía voluntaria”, espontáneamente ofrecida por los vendedores de productos. Luego, los autores conceptúan a las garantías como un microsistema de responsabilidad pactado por las partes. En las mismas se incluyen previsiones ajenas al mero buen funcionamiento o duración del bien, como lo son las reglas acerca de la responsabilidad por daños (en sentido técnico jurídico continental, deberíamos decir “otros daños”) que pudiera producir el producto, tales como lesiones personales, o daños a otros bienes. Es habitual en consecuencia, la inclusión de “disclaimers”, o renunciaciones de responsabilidad por algunas de estas posibilidades. Estas condiciones, también, muchas veces, resultan nulificadas cuando son controvertidas ante las cortes.

Contrariamente a las garantías voluntarias, que suelen tratarse dentro del campo de los contratos, las “implied warranties”, análogas a nuestro concepto de garantías legales, se incluyen habitualmente dentro de lo concerniente a los daños causados por productos. Esta diferencia de sistema puede inducir a alguna confusión de un observador profano que quiera conocer la regulación de la materia en el derecho anglosajón. Pero lo cierto es que, con particularidades que excederían largamente los objetivos propuestos, estas garantías legales existen en el Common Law y generalmente con una rigidez bastante más elevada, en su reflejo práctico y económico, que el que pueda esperarse de normas como la hoy vigente en el derecho argentino.

Estas razones, sintetizadas ligeramente en los párrafos precedentes, han llevado a los juristas nacionales a controvertir la afirmación contenida en el veto a la ley 24.240, en lo relativo a la supuesta asimetría legal comparativa que acarrearía la consiguiente pérdida de competitividad³⁷.

³⁷Mosset Iturraspe, J. y Lorenzetti, R., Defensa del Consumidor. Ley 24.240, Rubinzal-Culzoni, 1993; Rivera, J. C., “El Veto Presidencial a la Ley 24.240”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, V. 5, 1994, p. 31; Romirovsky, M., Hise, M. y Rossello, G., “Las Garantías y los Vicios Redhibitorios”, en Gherzi, C. (director), *Derechos y*

V. REFLEXIONES FINALES

Las someras consideraciones efectuadas en los párrafos precedentes no agotan el tema ni pretenden concluir con un diseño institucional óptimo, que supere los problemas que el funcionamiento libre de los mercados pueda imponer a las relaciones entre productores, vendedores y consumidores.

La finalidad, mucho más acotada, fue poner de relieve un conjunto amplio de factores que merecen atención a la hora de comparar y decidir acerca de la aplicación de instituciones alternativas orientadas a un mismo objetivo.

Es problemático decidir la relación entre la economía y el derecho, y el valor de las consideraciones económicas como fundamento único o coadyuvante para el diseño de normas. Pero es indudable que cuando se introducen argumentos de esta naturaleza la indagación no puede dejar de lado las características más complejas de los mercados reales, que constituyen el objeto de estudio de la nueva microeconomía.

En este orden de ideas, resulta difícil la evaluación apriorística de la bondad de una institución, en sí o comparativamente con otras alternativas, sin incluir en ese análisis el conjunto de condiciones fácticas e institucionales circundantes e interactuantes, que determinarán sus efectos finales.

Hugo Acciarri

Andrea Barbero

Andrea Castellano

*Departamento de Economía
Universidad Nacional del Sur*

Responsabilidades de las Empresas y Consumidores, Organización Mora Libros 1994, p. 133 y ss; Taboada, M., "En torno a la Ley de Defensa del Consumidor y a las observaciones formuladas por el P.E", La Ley, v. 1994-A, p. 773.