

INNOVACIÓN Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR OPCIONES INSTITUCIONALES DE CONTROL DE DAÑOS

Por Andrea Castellano

Los procesos de innovación que desarrollan las empresas como estrategia competitiva conducen al lanzamiento constante de nuevos productos en los mercados¹. Esta oferta dinámica contribuye por un lado a mejorar el bienestar de los consumidores pero simultáneamente los expone a enfrentar nuevos riesgos. Productos derivados de la nanotecnología, algunos alimentos transgénicos y varios desarrollos y aplicaciones digitales pueden encuadrarse en esta categoría. Las líneas que siguen pretenden exponer que el tratamiento de este tipo de daños es sumamente complejo y que la responsabilidad por daños no resulta un instrumento adecuado para resolver el problema que genera la innovación.

Gran parte del marco regulatorio de protección del consumidor, respecto a la calidad y especialmente a las características de seguridad de una gran cantidad de bienes y servicios destinados al consumo, encuentra su origen en los problemas de información². Debido a la falta de información en las transacciones entre consumidores y empresas es frecuente que el consumidor no reciba la calidad esperada y, aún más, se admite el riesgo de que sufra daños que no fueron previstos al momento de tomar la decisión de compra.

El espectro de instrumentos para corregir estas situaciones es muy amplio y las variantes empíricas, en este campo, son diversas y fluctuantes. Por un lado, se emplean mecanismos que sustentan la regulación directa (mecanismos de “*command -and -control*”) a través de normas administrativas que enmarcan la relación Estado-empresa y Estado-consumidor. Por otro, se utilizan estrategias basadas en incentivos (mecanismos “*market-based-incentives*”) que regulan la relación empresa-consumidor, a través de instituciones del derecho privado como ciertas normas imperativas y supletorias del derecho contractual y algunas reglas de responsabilidad civil. Siguiendo una distinción clásica en el campo del Derecho³ se puede decir que se trata de mecanismos de *specificdeterrence* en el primer caso y de *general deterrence* en el segundo.

En particular, la regulación de la calidad presenta posibilidades alternativas o conjuntas para afrontar el control de los riesgos, que van desde la vigencia de la responsabilidad civil (*productliability*), entre los mecanismos basados en incentivos, hasta la regulación directa de la seguridad del producto (*product safety*). La deseabilidad de estos mecanismos ha sido ampliamente debatida en la literatura económica⁴.

La diversidad de situaciones que se pueden presentar entorno a la falta de información sobre los riesgos que un producto puede causar pone de manifiesto la complejidad del fenómeno. Su tratamiento admite una posibilidad amplia de refinamientos.

Por un lado se puede considerar que existe información respecto de la probabilidad y magnitud del daño que puede sufrir el consumidor; así se plantea un escenario de riesgo entendido en un sentido

¹ Solo para tener una referencia, en Estados Unidos todos los años se lanzan al mercado unos 30.000 nuevos productos de consumo masivo.

² Esta interpretación es propia del Análisis Económico del Derecho. Ver COOTER, R. y ACCIARRI, H. A. (2012). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Civitas-Legal Publishing-Thomson Reuters. Santiago de Chile-Madrid.

³ Esta distinción fue tratada y difundida por CALABRESI, G. (1970). *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press.

⁴ CALABRESI, G. y MELAMED, A. D. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*. Vol. 85. N° 6. pp. 1089-1128; COOTER, R. y ACCIARRI, H. A. (2012), p. 38 y ss.; SHAVELL, S. (1984). A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation. *The Rand Journal of Economics*. vol 15. N°2. pp. 271-280; MICELI, T., RABON, R. and SEGERSON, K. (2012). Liability vs. Regulation for Controlling Product-Related Risks. *Department of Economics Working Papers Series*. University of Connecticut; VISCUSI, K., and GAYER, T. (2002). Safety at any Price?. *Regulation*. pp. 54 a 63; NICHOLS, A. and ZECKHAUSER, R. (1986). The Perils of Prudence: How Conservative Risks Assessment Distort Regulation. *Regulation*. pp. 13-24; SHAVELL, S. and POLINSKY, M. (2010). *The Uneasy Case for Product Liability*. *Harvard Law Review*. vol 123. p. 1438.

estricto “a la Knight”⁵. En general la empresa, puede asumirse como informada, mientras que el consumidor, no puede acceder en forma parcial o total a ella y entonces se ve afectado por esta imperfección. Estos escenarios, suelen estar alcanzados por los problemas clásicos de información asimétrica, que ha estudiado ampliamente la economía⁶. Los instrumentos de regulación antes mencionados (empleados en forma exclusiva o conjunta) resultan adecuados para el tratamiento de estas situaciones. En particular los mecanismos basados en incentivos, como la responsabilidad por daños han demostrado ser eficientes.

Por otro lado, se plantea una situación en la que no se puede conocer la probabilidad y/o la magnitud del daño y que puede alcanzar tanto a empresas como a consumidores. Se hace referencia aquí a escenarios de incertidumbre “a la Knight” o ambigüedad. Esta situación la que caracteriza a la innovación de productos en el mercado. El escenario es particularmente complejo ya que la probabilidad de ocurrencia del daño que puede sufrir un consumidor, la magnitud del mismo o ambas dimensiones, son desconocidas.

El tratamiento institucional de este tipo de riesgos es sumamente complejo. La creencia más generalizada en estos casos tiende a un estándar conservador y generalmente guiado por el criterio “*zerorisk*”. Suele emplearse la denominación jurídica “principio precautorio”⁷ para denotar este tipo de criterios. Se trata, en síntesis, de una directiva de acción, que apunta a prescribir acciones prohibitivas o modificativas de ciertas actividades aun cuando no exista consenso científico suficiente acerca de su peligrosidad.

Respecto de los instrumentos basados en incentivos, se ha demostrado que la responsabilidad por daños no conduce a resolver el problema, cuando la firma debe decidir en condiciones de incertidumbre⁸. Este resultado se desprende del análisis de un modelo de responsabilidad por daños que permite analizar las decisiones de la firma en contextos de ambigüedad y por lo tanto, evaluar el desempeño de la institución como instrumento de control del riesgo.

Esta conclusión sugiere evaluar la eficiencia de otros mecanismos de control del riesgo alternativos por un lado y la función complementaria a otros instrumentos de regulación directa que la responsabilidad por daños podría cumplir. Son varios los factores que se deben ponderar en este diseño complementario entre responsabilidad civil y regulación directa, para establecer un mix adecuado.

Cabe destacar que la evaluación desde un plano estrictamente teórico resulta insuficiente, y que no se puede establecer la superioridad de un mecanismo por sobre el otro con independencia de las condiciones de su campo de aplicación. Para establecer criterios que puedan guiar la formulación de políticas públicas resulta imprescindible considerar razones prácticas referidas a situaciones concretas. El aspecto definitorio, quizás, está dado por las particularidades del daño implicado: cuando se trata de posibilidades de magnitud relevante y/o de daños incompensables, la regulación parece una condición necesaria para aproximarse a la eficiencia. No obstante, en general, no resulta suficiente para la mejor aproximación empírica, sino que la responsabilidad por daños aparece como un complemento significativamente apropiado para confluir a esa meta. Esta última herramienta aplicada como única alternativa, en cambio, no se aprecia como suficiente para esa mejor aproximación.

⁵Esta es una denominación clásica en Economía que se origina en la propuesta de distinción entre riesgo e incertidumbre formulada por Frank Knight propuso en su obra “Riesgo, Incertidumbre y Beneficio” en 1921.

⁶La literatura económica ha tratado profusamente los problemas que pueden observarse en situaciones contractuales con problemas de información. Los fenómenos denotados como selección adversa (cuando existe información oculta) y *moral hazard* (cuando existen acciones ocultas) formalizan las consecuencias que en el mercado tiene la existencia de información asimétrica. Al respecto ver AKERLOF, G. (1970). The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 84. No. 3. pp. 488-500; SPENCE, A. (1974). *Market Signaling: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes*. Harvard University Press; ROTHCHILD, M. y STIGLITZ, J. (1976). Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information. *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 90. No. 4. pp. 629-649.

⁷Ver SUNSTEIN, C. (2005). *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*. University of Cambridge.

⁸Castellano, A. (2014), “Innovación, Incertidumbre y Daños. Un Análisis Económico de las Instituciones del Derecho del Consumidor”, Tesis Doctoral. <http://repositoriodigital.uns.edu.ar/handle/123456789/516>.