

InDret

***La relació entre normativa sobre protecció de
consumidors i normativa sobre defensa de la
competència***

Una visió des de l'anàlisi econòmica del dret

Fernando Gómez Pomar

Facultat de Dret

Universitat Pompeu Fabra

Working Paper núm: 113

Barcelona, gener de 2003

www.indret.com

Abstract*

Les legislacions sobre protecció dels consumidors i sobre defensa de la competència constitueixen dues de les àrees més importants del Dret i tenen, a més a més, un gran impacte regulatori en el funcionament dels mercats. La seva coherència en termes d'objectius i d'aproximació en la regulació dels mercats sembla, a simple vista, molt important: ambdues comparteixen, com a finalitat més rellevant i principi organitzador, procurar el benefici dels consumidors.

No obstant això, quan s'analitzen en detall les qüestions econòmiques subjacents, sorgeixen importants diferències. El poder de monopoli és el problema principal del Dret de la competència, i la legislació comunitària no n'és una excepció. En canvi, la legislació de consumidors no està -i no hauria d'estar- associada al poder de mercat pròpiament dit, ni tan sols si aquest s'entén com un desequilibri en el poder econòmic o de negociació entre productor i consumidor. La raó fonamental que justifica, en termes econòmics, la legislació sobre protecció del consumidor, ja sigui nacional o europea, és l'existència d'informació imperfecta en els mercats de consum. En efecte, són aquestes carències d'informació les que expliquen el conjunt i el tipus d'instruments i d'aproximacions més freqüents en la legislació de consumidors a Europa. No obstant això, la divergència esmentada dels fonaments econòmics d'ambdues legislacions no és incompatible amb la idea que, en certes circumstàncies, la consideració conjunta de la promoció de la competència i de la protecció del consumidor resulti necessària, encara que no s'hagi d'oblidar mai la finalitat principal de cadascuna d'aquestes branques del Dret.

Sumari

1. [Introducció](#)
2. [La necessària coordinació dels objectius de les legislacions sobre protecció del consumidor i sobre defensa de la competència](#)
3. [Els diferents problemes econòmics presents a les legislacions de consumidors i de competència](#)
4. [La irrellevància del poder de mercat -i el desequilibri en el poder de negociació- en la legislació sobre protecció del consumidor](#)
5. [La legislació sobre protecció del consumidor com a conjunt d'instruments per a reduir les imperfeccions d'informació en els mercats de consum](#)
6. [L'abast dels objectius de promoció de la competència en la legislació sobre protecció del consumidor](#)

* Traducció catalana del treball presentat a la SECOLA Conference, London School of Economics, Londres, 16-17 de maig de 2002.

1. Introducció

La legislació sobre protecció del consumidor i el dret de la competència són dos dels sectors jurídics més importants per a la regulació dels mercats. No obstant això, la relació entre ambdós, quant a objectius, matèries més rellevants i estructures no s'ha considerat en detall, especialment pel que fa a la seva transcendència per a la política legislativa europea. En aquest article tractaré d'analitzar aquesta relació utilitzant els instruments analítics de l'anàlisi econòmica del Dret.

Malgrat que cap d'ambdós sectors del Dret pot entendre's i operar amb independència de l'altre, intentaré destacar que les similituds aparents entre els dos desapareixen en gran manera quan s'observen les imperfeccions del mercat que cadascun d'ells intenta corregir. L'èmfasi en els defectes d'informació com a fonament principal de l'activisme legal en els mercats de consum concorda amb els resultats de diferents investigacions recents, amb un major o menor tractament econòmic explícit¹. Destacaré també el que, al meu parer, són els aspectes més importants per al disseny i per al funcionament operatiu de la legislació sobre protecció de consumidors a Europa.

En la secció 2, analitzaré l'objectiu comú de la legislació sobre protecció de consumidors i del dret de la competència, és a dir, la promoció del benestar dels consumidors. En la secció 3 tracto de presentar el que, al meu entendre, és el factor clau per a comprendre plenament el correcte paper que ambdues àrees jurídiques han de desenvolupar: el problema econòmic que cadascuna d'elles pot afrontar de forma adequada. A la secció 4 analitzo per què la legislació sobre protecció del consumidor no és un instrument eficient per enfrontar-se als problemes de monopoli i a altres pràctiques relacionades, i com un èmfasi en el poder de mercat pot ser enganyós i, fins i tot, contraproductiu per a una aplicació i funcionament correctes de la legislació de consumidors. En la secció 5 proposo un enfocament més limitat per a la legislació de consumidors encara que, al meu parer, també més efectiu, i que permet una millor comprensió de les seves dimensions econòmiques. En la secció 6 aporto algun exemple de les condicions sota les quals sembla admissible la consideració conjunta del dret de la competència i de la protecció de consumidors, amb què concloco el treball.

2. La necessària coordinació dels objectius de les legislacions sobre protecció del consumidor i sobre defensa de la competència

A priori, de tots els conjunts possibles de sectors del Dret, només uns pocs poden pretendre estar tan ben coordinats quant a objectius, a fonaments econòmics i a components estructurals, com succeeix en el cas de la legislació sobre protecció de consumidors i el dret de la competència.

¹ Vegeu Gillian K. Hadfield, Robert Howse i Michael J. Trebilcock, "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", 21 *Journal of Consumer Policy* (1998), p. 131; Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber i Stephen Weatherill, "Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market – an Overview", a Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber i Stephen Weatherill (Eds.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Walter de Gruyter, Berlin-New York (2001), p. 7; Stefan Grundmann, "Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?", 202 *AcP* (2002), p. 40, especialment p. 61.

Ambdues àrees del Dret, com intentaré demostrar en aquesta secció, semblen compartir, en gran mesura, la mateixa finalitat en les seves normatives, doctrines i mecanismes d'aplicació respectius².

Argumentar que l'objectiu de la legislació sobre protecció del consumidor és promoure el benefici i els interessos dels consumidors és gairebé tautològic. No obstant això, és veritat que no tothom estaria d'acord sobre l'abast del que constitueix el benefici dels consumidors, ja que aquest pot ser entès de diferents formes i des de diferents perspectives: des de la perspectiva de l'eficiència econòmica i del benestar social en els mercats de consum, amb el punt de mira en la política redistributiva, o des d'una visió paternalista sobre com haurien d'entendre's els drets legals i econòmics de la població de consumidors³. Probablement, les raons presents en qualsevol legislació sobre protecció de consumidors en tots els sistemes jurídics del món real combinen, en major o menor mesura, benestar, redistribució i trets paternalistes⁴, entesos millor i pitjor, i la legislació sobre protecció de consumidors de la Comunitat Europea no n'és una excepció. A més a més, en la política i en la legislació comunitària sobre consumidors s'entrevén l'objectiu de construir un mercat intern efectiu, també per als béns i serveis de consum. Això no és una

² De fet, pels qui creuen en la coherència i en la utilitat dels sistemes legals, totes les àrees del Dret comparteixen un objectiu comú, sigui aquest la justícia, la igualtat, la felicitat, l'eficiència, la maximització de la riquesa, el benestar social o qualsevol altra meta imaginable. Fins i tot, encara que crec que tota la maquinària teòrica i humana del sistema jurídic no és un projecte cec i que té una finalitat comuna fonamental –encara que instrumental i no autodefinida–, al que faig referència és a quelcom més precís que als fins fonamentals del sistema jurídic: és la presència d'una afinitat d'objectius més específica i operativa, que no es troba en altres àrees del Dret –per exemple, el dret de danys o el dret de la propietat intel·lectual–, malgrat la possible existència global d'un objectiu comú a tot el sistema jurídic en la justícia o en el benestar social (amb una forta tendència i arguments de pes a favor del darrer), vegeu Louis Kaplow i Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (2002).

³ Per exemple, en la nova estratègia sobre política de consumidors de la Comissió per al període 2002-2006, adoptada el 7 de maig de 2002, l'afirmació destacada que “[...] *todos los consumidores (de toda la UE) deberían beneficiarse del mismo grado de protección*”, en línia amb les previsions dels articles 95.3 i 153.1 del Tractat de la Comunitat Europea, podria (encara que no necessàriament “hauria de”) ser interpretada com una admissió oberta del fet que aconseguir un grau de protecció del consumidor homogeni i elevat és una meta adequada i valuosa per ella mateixa, sense importar quant i com els diferents consumidors poden valorar aquest nivell de protecció i com de predisposats estiguin a pagar per això. En altres termes, un alt nivell de protecció dels consumidors és un bé d'interès general (bé de mèrit o *merit good*, segons els economistes: el poder polític ha decidit que ha de ser consumit pels ciutadans en una certa quantitat, sense importar quina sigui la demanda real d'aquest) que ajuda i beneficia als consumidors fins i tot quan aquests no vulguin reconèixer-ho. Amb això no estic dient que les polítiques comunitàries de protecció dels consumidors s'hagin d'entendre com a polítiques paternalistes, sinó que algunes de les seves formulacions no són inconsistentes amb aquest punt de vista i, que d'alguna manera, sempre hi ha cert paternalisme com un ingredient més de les polítiques de la Comunitat Europea.

⁴ Vegeu Ian Ramsay, "Consumer protection", a Peter Newman (editor), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. I, MacMillan, London, (1998), pàg. 410, que emfatitza la presència combinada dels tres fonaments i en conjunt expressa una opinió positiva sobre aquesta pluralitat de motivacions. Per raons que clarificaré a la secció 5, sóc una mica escèptic quant a l'apel·lació a motius redistributius i paternalistes en la legislació sobre protecció de consumidors.

sorpresa, a causa de la natura i de les limitacions (en concret, les restriccions legals establertes pels articles 153 i 95 del Tractat de la Comunitat Europea) referents al paper que ha d'exercir la Comunitat Europea en aquest àmbit i a les seves competències legislatives. Mes el propòsit central d'aquest esforç legislatiu –la promoció del benefici dels consumidors– no queda remogut per l'èmfasi que es faci en l'harmonització i en la dimensió transfronterera de la matèria.

L'objectiu de la legislació sobre competència és, evidentment, preservar i millorar l'estructura competitiva dels mercats de béns i serveis. Com es pot apreciar amb la més senzilla teoria econòmica, els grans beneficiats per les estructures competitives dels mercats són, precisament, els consumidors dels béns i serveis. La competència perfecta assegura que tots els consumidors que valoren un determinat bé o servei per sobre del que costaria a la societat produir el bé o prestar el servei, l'obtindran per un preu que reflecteixi el seu exacte cost social. Així, s'aconsegueixen simultàniament l'eficiència distributiva (*allocative efficiency*) i l'eficiència productiva. A més a més, l'excedent que es genera per la producció i el subministrament dels béns en un mercat competitiu s'atribueix completament als consumidors, de manera que la seva situació no pot millorar-se mitjançant polítiques governamentals o mitjançant regles legals.

Com reconeixen la majoria d'economistes i juristes, l'intent de reproduir les condicions de competència perfecta⁵ en tots els mercats de béns i serveis està destinat a fracassar i pot arribar a ser, fins i tot, contraproductiu. La intenció d'aproximar al màxim tots els mercats a aquestes condicions ideals, mitjançant la utilització de regles legals i de polítiques públiques, resultarà inútil en molts casos, com a conseqüència de les limitacions inevitables en el nombre de productors, en el nivell d'informació, en els costos d'entrada, etc. A més a més, podria resultar manifestament ineficient i fins i tot danyós per als consumidors sota certes circumstàncies: si existissin economies d'escala, seria necessari un petit nombre de productors, o només un d'ells, per aconseguir l'eficiència productiva, és a dir, per produir el bé o servei al menor cost possible per a la societat. Quan estan implicats els béns d'informació, la necessitat d'un incentiu per produir el bé en primer lloc requeriria la concessió d'un monopoli temporal per distribuir el producte⁶.

⁵ Els suposats estàndards a la teoria econòmica per un mercat perfectament competitiu són els següents: atomaticitat de productors (el número de productors és tan gran que un productor individual té un impacte nul en allò que fan els altres); homogeneïtat de producte (els productes de tots els diferents productors són substitutius perfectes); informació perfecta (tant productors com consumidors tenen coneixement perfecte de totes les variables rellevants); igualtat de productors (tots els productors tenen la mateixa tecnologia i les mateixes funcions de costos); entrada lliure i il·limitada (qualsevol productor pot entrar o sortir del mercat quan així ho desitgi). Evidentment, aquest conjunt de supòsits mostra clarament que la competència perfecta és un model teòric i que no és quelcom que es pugui derivar d'inducció o observació dels mercats del món real. A més, és un punt de referència extremadament útil per avaluar el funcionament i les possibles mesures correctores als mercats reals.

⁶ L'ús de patents i drets de propietat intel·lectual com a drets exclusius de producció i distribució d'un determinat bé d'informació (invenció, obra d'art o de literatura, programa d'ordinador, etc.), concedint algun poder de monopoli al seu titular, s'explica en termes econòmics a partir de la necessitat de donar incentius dinàmics per a la creació de béns d'informació: si aquests es venguessin, des d'un principi, en condicions de competència perfecta, i atès que el cost marginal de procurar un accés addicional al bé d'informació (per exemple, un espectador més de la pel·lícula, un usuari més del programa d'ordinador) és pròxim a zero, el

Per tant, de forma més realista, el paper econòmic del dret de la competència, i de les polítiques de defensa de la competència més en general, és evitar les conseqüències negatives per a l'eficiència de les estructures de mercat que s'aparten més obertament sense motius de la situació de competència i especialment d'aquelles que deriven de la presència d'un únic productor o d'un grup de productors que actuen com un únic productor, és a dir, de pràctiques monopolístiques o comportaments col·lussius. No obstant això, aquest enfocament relativament més restringit del dret de la competència no altera el fet que els consumidors continuïn sent qui es beneficien d'impedir conductes empresarials monopolístiques o col·lussives.

Quan un monopolista, o un grup d'empreses que es comporten com a tal, restringeix la producció amb la finalitat de maximitzar el seu benefici, causa un increment en el preu per sobre del nivell competitiu. Això comportarà un desplaçament de l'excedent generat per l'intercanvi en el mercat, i una fracció d'aquest excedent (o tot ell, en determinades circumstàncies) serà transferit dels consumidors als productors, per la qual cosa els primers quedaran en una pitjor situació de benestar a diferència dels segons que veuran millorada la seva situació. Qüestió més important, en termes econòmics, és que la restricció en la producció comportarà que alguns consumidors que valoren el bé o servei per sobre del cost social de la seva provisió –però menys que el preu de monopoli– es veuran privats d'obtenir-los i, per tant, es veuran obligats a mancar-ne, com una altra opció, o a adquirir béns alternatius menys preferits –o més costosos de produir en termes socials-. Aquesta és la pèrdua econòmica més característica de les generades pel monopoli o per pràctiques col·lussives⁷. La seva eliminació o el seu debilitament mitjançant el

benefici esperat pel productor originari del bé també ho és, per la qual cosa l'inventor o creador no serà capaç de recuperar els costos fixos de creació de la invenció o obra. Per donar incentius a fi i efecte de superar aquest problema, els sistemes jurídics concedeixen drets d'exclusiva temporals, per la qual cosa les estructures de mercat s'allunyen, en alguns casos notòriament, de les condicions de competència perfecta. No cal dir que aquests drets d'exclusiva plantegen problemes en relació a la seva configuració, fins i tot alguns que són de gran interès pel dret de la competència (infradifusió de les obres existents, abús de patent o de dret de propietat intel·lectual). Aquests avantatges són les raons que donen alguns autors que advoquen, amb base econòmica, per l'ús d'altres alternatives per donar incentius a la producció de nous béns intel·lectuals: vegeu Tanguy van Ypersele i Steven Shavell, "Rewards versus Intellectual Property Rights", 44 *Journal of Law and Economics* (2001), pàg. 525. No obstant, una excepció, almenys fins un cert punt, a les condicions de competència perfecta per induir a un nivell més desitjable de producció dels béns d'informació, està ben fonamentada en la teoria econòmica comunament acceptada.

⁷ S'han buscat altres ineficiències econòmiques derivades del monopoli. Una és la ruïnosa recerca de rentes, que resultarà afavorida pel desig d'adquirir o de mantenir les rentes del monopoli, procés de recerca que, portat a l'extrem, esgotaria tots els beneficis supra-competitius, transformant el desplaçament dels excedents dels consumidors a dels productors en una pèrdua neta. Aquest argument està particularment lligat a la *Chicago Law and Economics School*, més notablement, a Richard Posner, "The Social Costs of Monopoly and Regulation", 83 *Journal of Political Economy* (1978), pàg. 807. Està també relativament difosa l'opinió de què les estructures de mercat monopolista poden predisposar menys a la innovació i al desenvolupament i introducció de noves tecnologies. Tot i existir un sòlid fonament teòric per aquest argument, almenys des del clàssic article d'Arrow [Kenneth Arrow, "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions", a Ralph Nelson (editor), *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton University Press, Princeton (NJ), (1962)], no és improbable que altres factors estratègics puguin contrarestar el desavantatge de les empreses monopolistes purament en termes d'incentius a la innovació, de manera que la rellevància actual d'aquesta ineficiència és discutible: Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge (MA), (1988), pàg. 392 i següents. Encara té

dret de la competència s'adreça primàriament a l'interès dels consumidors, i els beneficia de la mateixa manera que ho fa la legislació sobre protecció del consumidor, encara que potser de forma més indirecta i menys cridanera. No obstant això, el dret de la competència pot perseguir, mitjançant les regles legals en contra dels comportaments monopolístics i col·lussius, altres finalitats diferents al de l'eliminació de la pèrdua d'eficiència que el monopoli creï en perjudici dels consumidors. Alguns d'aquests objectius poden estar inspirats també en la intenció de beneficiar directament els consumidors (redistribució de l'excedent de mercat o de benestar, més generalment, en favor dels consumidors) o poden ser àmpliament independents del benestar dels consumidors (promoció i desenvolupament de les petites i mitjanes empreses en comptes de les grans⁸, desig de bloquejar l'ús de les influències i la concentració del poder polític dels grups i interessos econòmics). Tinc dubtes seriosos sobre la capacitat de qualsevol Dret de la competència per aconseguir aquests altres fins "no econòmics", però la probabilitat de la seva adopció, passada, present o futura, com a objectius i finalitats d'un determinat sistema jurídic no pot ser ignorada del tot, encara que és dubtós que alguna d'aquestes finalitats tinguin o puguin tenir importància en el disseny i en l'aplicació del dret comunitari de la competència.

3. Els diferents problemes econòmics presents a les legislacions de consumidors i de competència

A partir d'aquests objectius i beneficiaris finals comuns, seria fàcil arribar a la conclusió que tant les qüestions econòmiques fonamentals implicades així com l'aproximació teòrica més adequada a aquestes són també comunes en ambdós sectors del Dret. Intentaré demostrar que aquest punt de vista és equivocat i, a més a més, que pot resultar especialment danyós per al disseny i la comprensió adequats de la protecció dels consumidors.

Encara que l'increment del benestar dels consumidors es pot considerar com la fi primordial del dret de la competència i també de la legislació sobre protecció dels consumidors, és molt substancial la divergència entre els problemes econòmics que ambdós conjunts de regles jurídiques estan, en principi, destinats a regular. Argumentaré que la legislació sobre protecció de consumidors és apta –i, conseqüentment, hauria d'utilitzar-se en primer lloc amb aquesta finalitat– per posar remei a les ineficiències en els mercats de consumidors derivades de l'existència d'un conjunt d'errors del mercat, com són la informació imperfecta i, particularment, almenys per al segment més "contractual" de la legislació de consumidors, la informació asimètrica entre productors i consumidors. Així, la legislació sobre competència està –i ha d'estar–, com he argumentat a la secció anterior, vinculada principalment a les ineficiències derivades de les estructures monopolístiques de mercat i a altres qüestions connexes (pràctiques

menys fonament l'argument segons el qual el monopoli implicaria necessàriament una reducció de la qualitat dels béns i serveis que s'ofereixen als consumidors: ni en la teoria econòmica ni en l'evidència empírica hi han fonaments suficientment forts des d'aquest punt de vista. Vegeu Oz Shy, *Industrial Organization. Theory and Applications*, MIT Press, Cambridge (MA), (1955), pàg. 315 i següents, i *infra*, pàg. 7-8.

⁸ Una motivació que pot no estar totalment present a la Directiva 2000/35/CE, de 29 de juny de 2000, per la qual s'estableixen mesures per a combatre la morositat en les operacions comercials.

col·lussives i d'exclusió⁹). La utilització de la legislació sobre protecció dels consumidors per a regular les matèries de poder de mercat en perjudici dels consumidors no és que únicament sigui inútil en la majoria dels casos, sinó que a més a més ens allunya molt del disseny i de la implementació adequats de la legislació de consumidors, i pot comportar conseqüències negatives imprevistes per al seu benestar.

En primer lloc, demostraré que els efectes negatius per als consumidors derivats de l'existència d'estructures i pràctiques monopolístiques són típicament aquelles que precisament el dret de la competència està ben situat per fer-hi front.

Com és ben sabut, i ha estat examinat de forma succinta a la secció anterior, quan hi ha només una empresa productora (o diverses que actuen com un càrtel), la producció està limitada i el preu d'un bé o servei s'incrementa en perjudici del benestar dels consumidors i de la societat¹⁰. Amb independència de la magnitud del poder de mercat o del poder monopolístic de l'empresa, aquesta –d'ordinari i per aquest fet–, no tindrà incentius per realitzar altres tipus de comportament contractual que siguin injustos o perjudicials per al benestar dels consumidors¹¹. Si els consumidors poden observar les variables rellevants de la negociació (qualitat del bé, adequació dels drets i obligacions del contracte, exactitud dels missatges publicitaris, etc.), el monopolista tindrà generalment els incentius necessaris per oferir el nivell de qualitat que els consumidors desitgin en aquests aspectes¹². Si l'empresa oferís un nivell de qualitat, –per exemple, en els drets i obligacions en cas d'incompliment contractual–, menor que el preferit pels consumidors, aquest fet comportaria que el valor de l'increment en la qualitat per als consumidors superara el cost necessari perquè l'empresa proveís aquesta qualitat addicional desitjada pels consumidors. Per definició, el monopolista no maximitzaria el seu benefici en aquesta situació, perquè l'empresa podria incrementar la qualitat fins al nivell desitjat pels consumidors i podria augmentar el preu del contracte fins a una quantia que compensés

⁹ Com Gillian K. Hadfield, Robert Howse i Michael J. Trebilcock, "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", 21 *Journal of Consumer Policy* (1998), pàg. 150, expressen molt encertadament, les polítiques *antitrust* se centren en l'estructura dels mercats i les polítiques sobre protecció dels consumidors en les estructures de les transaccions amb els consumidors.

¹⁰ S'han de recordar, això no obstant, les consideracions mencionades al text que acompanya l'anterior nota 6.

¹¹ Aquesta proposició és certa en condicions d'informació perfecta. Però no ho és necessàriament amb informació imperfecta. Per a una empresa monopolista (i també per a una empresa competitiva, com veurem), els incentius del mercat poden fallar de manera que se'n derivi un efecte danyós pels consumidors, però el problema real és, aleshores, la falla d'informació, i no l'estructura monopolística.

¹² En termes més tècnics, afirmar que el monopolista oferirà el nivell socialment òptim de qualitat en totes les variables apreciables del contracte es proposa només pels casos en què existeix una població homogènia de consumidors. Quan els consumidors difereixen en les seves valoracions i preferències sobre la qualitat (alguns estarien disposats a pagar un preu alt per certs drets i obligacions contractuals, mentre que altres ho rebutjarien), l'empresa monopolista hauria d'examinar les preferències de qualitat del consumidor marginal (el darrer que està disposat a contractar), i si aquestes fossin més baixes o més altes que les dels consumidors inframarginals, la qualitat seria o massa baixa o massa alta: A. Michael Spence, "Monopoly, Quality and Regulation", 6 *Bell Journal of Economics* (1975), p. 417. Per a una presentació d'aquests resultats des d'un punt de vista quelcom més jurídic,

àmpliament a l'empresa pels costos addicionals necessaris per aconseguir la qualitat addicional. En condicions d'informació perfecta i simètrica entre monopolista i consumidors, tractar d'enganyar-los sobre la qualitat amb la finalitat d'estalviar costos de producció provocarà només una menor predisposició del consumidor per comprar el bé o servei i, conseqüentment, conduiria a preus més baixos i menors beneficis per al monopolista.

4. La irrellevància del poder de mercat –i el desequilibri en el poder de negociació– en la legislació sobre protecció del consumidor

D'acord amb la concepció comunament acceptada de la legislació sobre protecció del consumidor i, en particular, en relació amb l'àmbit contractual, el desequilibri entre els poders de negociació de les empreses i dels consumidors es presenta com una de les majors (si no la major) fonts de preocupació i fracàs en el procés contractual, la qual cosa, es diu, fa necessària la intervenció correctora mitjançant mesures legals, a fi de reequilibrar els poders contractuals d'ambdues parts¹³. Aquest és, fins ara, el punt de vista adoptat pel TJCE respecte de la Directiva sobre clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, segons el qual “[...] *el sistema de protecció introduït per la Directiva es basa en l'idea de que el consumidor és a la posició feble respecte del venedor o subministrador, tant pel que fa al poder de negociació com al nivell de coneixement*”¹⁴. Aquesta és també la idea que expressen alguns analistes de la legislació sobre protecció contractual dels consumidors¹⁵. No obstant això, d'acord amb l'enfocament econòmic de la interacció sota condicions d'informació perfecta, aquest punt de vista mancaria de sòlids fonaments, en

vegeu Richard Craswell, "Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships", 43 *Stanford Law Review* (1991), p. 361.

¹³ La idea que l'exercici del poder econòmic sobre els consumidors és el principal fonament tradicional implícit en les polítiques sobre protecció dels consumidors es presenta també a Gillian K. Hadfield, Robert Howse i Michael J. Trebilcock, "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", 21 *Journal of Consumer Policy* (1998), p. 133; Pamaria Rekaiti i Roger van der Bergh, "Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States: A Comparative Law and Economics Approach", 23 *Journal of Consumer Policy* (2000), p. 371 a 373.

¹⁴ Casos acumulats C-240/98 a C-244/98 STJCE, *Océano Grupo Editorial SA c. Rocío Murciano Quintero i d'altres*.

¹⁵ Vegeu Hugh Beale, "Inequality of Bargaining Power", 6 *Oxford J. Legal Stud.* (1986), p. 123; Manfred Wolf, "Party Autonomy and Information in the Unfair Contract Term Directive", a Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber y Stephen Weatherill (Eds.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Walter de Gruyter, Berlin-New York (2001), p. 313 a 323; Remiert Tjittes, a Beale, Hartkamp, Kötz, Tallon (editores), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland (OR), (2002), p. 527. Stefan Grundmann, "Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?", 202 *AcP* (2002), p. 40 a 65, es més escèptic sobre el pes real que té la fe en la teoria del desequilibri dels poders de negociació té entre els juristes europeus. Per a ser just amb els juristes, cal dir que la fe en aquesta teoria fou compartida per la majoria d'economistes abans del desenvolupament de l'economia de la informació. A més, a banda de les qüestions analitzades en aquesta secció, no és cert que la informació privada no estigui relacionada amb el poder de negociació en un joc o situació de negociació. De fet, constitueix una gran font de poder contractual o de negociació. Tanmateix, la informació privada no està ni molt menys correlacionada amb l'extensió o la dimensió econòmiques (empresa envers el consumidor) i, de fet, és molt present en moltes transaccions entre consumidors (cases usades i vehicles de segona mà).

equiparar la restricció de la quantitat (que està justificadament associada amb el monopoli) amb la reducció de la qualitat de les variables rellevants de la transacció, que hi inclouen drets i obligacions contractuals. El fet que existeixi una gran empresa monopolista contractant amb un mínuscul (en termes econòmics) consumidor, no suscita de per si preocupacions i sospites sobre els termes de la negociació que la legislació sobre protecció dels consumidors pugui de forma adequada regular i, eventualment, millorar. Els avenços, si s'escau, vindran de la mà del dret de la competència, encara que amb això s'afecti el preu pagat i la quantitat negociada per tots els consumidors, i no els termes del contracte individual.

És cert, tanmateix, que hi ha casos en què es pot establir un vincle entre monopoli i informació imperfecta. Les empreses que gaudeixen de poder de mercat poden tenir incentius per aprofitar, o fins i tot crear, les imperfeccions en la informació disponible per als consumidors, especialment amb la finalitat de discriminar els preus entre diferents grups de consumidors en funció de la seva habilitat per obtenir o processar la informació rellevant¹⁶. Aquest i altres problemes connexos no exigeixen necessàriament l'adopció de mesures de protecció de consumidors destinades de forma especial a eliminar el poder de monopoli. Els anteriors problemes poden entendre's i tractar-se de forma més satisfactòria a partir de la informació oferta als consumidors en el mercat, en el que rares vegades coincideixen eficientment el benefici social marginal i el cost social marginal derivat de proveir aquesta informació, amb independència de l'estructura competitiva o monopolística del mercat de productes o serveis concret (encara que les ineficiències sorgirien per motius diferents).

També hi ha circumstàncies en què una imperfecció en l'informació disponible pot induir a una empresa monopolística a alterar el nivell de qualitat establert al contracte a fi de maximitzar beneficis. Però no és la ignorància dels consumidors sobre una variable rellevant de la transacció la que condueix a aquest resultat, sinó més aviat la falta d'informació del productor la que hi porta.

Així, si els consumidors difereixen en la seva valoració del bé o servei, el monopolista maximitzaria els seus beneficis distribuint-los en grups segons les seves preferències respecte del pagament (discriminació en els preus). Si el monopolista pogués determinar ràpidament i sense dificultat el tipus concret de consumidor, no es requeriria cap canvi en el nivell de qualitat de les clàusules del contracte més eficient. Però si ignora el tipus a què pertany un consumidor concret, i la seva disposició a pagar està correlacionada amb algun aspecte o element en els termes del contracte (per exemple, una clàusula que contempla la liquidació de danys en cas d'incompliment contractual), el productor serà propens a introduir¹⁷ un menú de contractes amb la finalitat de diversificar els consumidors en grups d'acord amb la seva predisposició a pagar pel bé o servei: per exemple, una modalitat de contracte inclourà una generosa clàusula de danys

¹⁶ Steven Salop, "The Noisy Monopolist: Imperfect Information, Price Dispersion and Price Discrimination", 44 *Review of Economic Studies* (1977), p. 393; Howard Beales, Richard Craswell i Steven Salop, "The Efficient Regulation of Consumer Information", 24 *Journal of Law and Economics* (1981), p. 507.

junt amb un preu elevat i una altra, en canvi, contindrà una clàusula de danys ineficientment baixa (la ineficiència s'introdueix amb l'objectiu d'evitar que consumidors de valoració alta optin pel contracte barat) juntament amb un preu reduït¹⁸.

Podríem pensar que si la llei o els tribunals de justícia són capaços d'identificar l'existència d'un poder de monopoli que afecta un conjunt concret de consumidors heterogenis dels quals el monopolista n'ignori els tipus, la legislació de consumidors hauria de regular la situació imposant un nivell mínim de qualitat en les clàusules contractuals, per a així evitar la introducció de les disposicions ineficients en els contractes predisposats pel monopolista amb la finalitat de discriminar els preus entre els diferents tipus de consumidor. El problema d'acudir a la legislació sobre protecció de consumidors perquè corregeixi les maldats del monopoli, és que el seu impacte en aquest àmbit és indeterminat i pot arribar a perjudicar els consumidors. Per tres raons. Primer, perquè si no es cobreixen mitjançant els estàndards mínims imposats per la legislació de consumidors totes les clàusules rellevants que un productor pot utilitzar amb aquesta finalitat de dividir en grups als consumidors, es produiria simplement un desplaçament en les distorsions respecte d'aquelles clàusules no subjectes a les normes de protecció de consumidors¹⁹. Segon, perquè als legisladors, a les agències reguladores o als tribunals els resulta més que complicat recopilar i elaborar tota la informació necessària per determinar de forma raonable el nivell òptim de tots els termes contractuals rellevants. Finalment, i com a raó més important, perquè la imposició legal de nivells de qualitat i termes contractuals per a les negociacions amb consumidors en què hi ha un venedor monopolista pot induir no a un millor servei per a tots els tipus de consumidors, sinó simplement a un augment en els preus que exclouria de l'accés al producte o al servei als grups amb una menor predisposició a pagar per ell²⁰.

¹⁷ En termes tècnics, el fet que la iniciativa provingui de la part desinformada (el productor, en aquest cas) fa que la interacció sigui d'*screening* i no de *signaling*. Vegeu Eric Rasmusen, *Games and Information. An introduction to Game Theory*, 3ª edició, Blackwell, Oxford, (2001).

¹⁸ Aquest és un dels resultats principals de la teoria econòmica de la informació imperfecta: vegeu Inés Macho-Stadler i David Pérez-Castrillo, *An Introduction to the Economics of Information. Incentives and Contracts*, Oxford University Press, Oxford, (1997). Per a aplicacions al dret sobre danys contractuals i previsions sobre incompliment en el dret contractual, vegeu Jason Scott Johnston, "Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules", 100 *Yale Law Journal* (1990); Ian Ayres i Robert Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", 99 *Yale Law Journal* (1989), p. 87; Ian Ayres y Robert Gertner, "Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules", 101 *Yale Law Journal* (1992), p. 729. Per a un estudi recent de tota aquesta literatura, vegeu Fernando Gómez, *Previsión del daño, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, (2002).

¹⁹ Alan Schwartz, "An Examination of Nonsubstantive Unconscionability", 63 *Virginia Law Review* (1977), p. 1053.

²⁰ En termes econòmics més tècnics, que la regulació legal de les clàusules contractuals podria no només conduir des de l'originari i menys eficient equilibri de separació (*separating equilibrium*) (de separació ja que cada tipus de consumidor obté una cosa diferent, en aquest cas, cadascun signa un contracte amb clàusules diferents, algunes de les quals, com hem vist, són ineficients) al més eficient *pooling equilibrium* (ja que no existeix discriminació i tots els consumidors aconseguen els mateixos termes contractuals). Les clàusules imposades poden comportar que l'estratègia de maximització de beneficis per al monopolista sigui la que condueixi a un altre equilibri de separació diferent: un en què la separació respon a què el preu és tan alt que només els consumidors amb una

En conclusió, no sembla que hi hagi cap bona raó per involucrar la maquinària de la legislació de consumidors en la finalitat de combatre directament els efectes negatius del monopoli i de les pràctiques monopolístiques. Aquests problemes haurien de ser resolts prioritàriament pel dret de la competència, o altres branques rellevants del Dret, com la normativa pública reguladora del mercat²¹. No obstant això, la legislació sobre protecció de consumidors té un avantatge comparatiu pel que fa a (algunes de) les deficiències en el funcionament dels mercats de consum generades a partir d'una àmplia i complexa varietat de fallades de mercat que poden agrupar-se, de forma potser quelcom imprecisa, sota la denominació d'informació imperfecta.

5. La legislació sobre protecció del consumidor com a un conjunt d'instruments per a reduir les imperfeccions d'informació en els mercats de consum

En aquesta secció analitzo com l'enfocament econòmic de les imperfeccions en la informació disponible en les transaccions als mercats de consum ofereix la millor guia per a la definició, l'abast, els perfils i els instruments, però també per a les limitacions inherents a la legislació sobre protecció del consumidor. Altres principis alternatius no permeten la coherència teòrica i el contrast empíric que la informació imperfecta implica per a aquesta àrea del Dret. A més a més, aquestes alternatives deixen sense cap dubte en un nivell inferior a les preferències dels consumidors i al benestar social, que és el que fa possible l'entesa econòmica de la qüestió. No em detindrè en una anàlisi detallada d'aquestes alternatives, però un cop descartat (a la secció anterior) el poder de monopoli com a fonament de la legislació de protecció del consumidor, em referiré breument a les motivacions redistributives i paternalistes del Dret de consum.

Les qüestions sobre la distribució són de gran importància per al benestar social i, per tant, constitueixen un interès legítim del sistema jurídic en el seu conjunt. Però existeixen, penso, raons convincentes que ens permeten pensar que un fort interès redistributiu a favor dels consumidors i en contra de les empreses no ofereix els millors instruments per a una legislació de consumidors que funcioni adequadament. L'argument és doble. Primer, la preocupació redistributiva pot esquivar-se a causa dels canvis en els preus del contracte: atès que habitualment els consumidors i els productors són parts en una relació contractual, l'intent de redistribució mitjançant normes substantives que afavoreixin els consumidors fracassarà a conseqüència dels ajustos de preus i d'altres clàusules²² que compensin la pretesa redistribució²².

gran disposició a pagar obtindran el bé o servei i la resta no l'adquirirà. En aquest sentit, vegeu Fernando Gómez, *Previsión del daño, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, (2002).

²¹ En el mateix sentit, junt amb els autors esmentats a l'anterior nota 1, vegeu Christian Kirchner, "Justifying Limits to Party Autonomy in the Internal Market – Mainly Consumer Protection", a Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber y Stephen Weatherill (Eds.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Walter de Gruyter, Berlin-New York (2001), p. 165 a 168.

²² Vegeu Richard Craswell, "Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships", 43 *Stanford Law Review* (1991), p. 361; David Weisbach, "Taxes and Torts in the Redistribution of Income", University of Chicago Law School, John M. Olin Program in Law & Economics, Working Paper No. 148

Segon, fins i tot quan l'intent redistributiu no quedi neutralitzat mitjançant reajustaments contractuals, les regles legals substantives (de Dret privat o públic) constitueixen una eina menys afinada i efectiva per aconseguir aquest resultat en comparació amb el sistema tributari i les transferències públiques a favor de certes persones o grups²³.

Els arguments en favor del paternalisme en la legislació sobre protecció de consumidors són, en aparença i, en certa manera, paradoxalment, no tan poc convincents en termes econòmics com els que afavoreixen la redistribució. La legislació de consumidors, i el sistema jurídic en general, poden influir en les preferències dels individus i, en efecte, ser capaços de modificar-les de forma que s'afectin amb aquest canvi les preferències a llarg termini dels individus. Per exemple, imposar un determinat nivell d'informació, de drets i de mesures de protecció dels consumidors, podria inculcar en aquests una preferència inexistent fins aleshores per drets més amplis i, en aquest sentit, podria donar lloc a pautes de consum més saludables que afectarien positivament el benestar dels consumidors a llarg termini, fins i tot quan la majoria d'ells no tinguessin aquesta preferència al principi i no estiguessin disposats a pagar un preu superior pels drets i mesures de protecció atorgats per les normes legals. Des d'una perspectiva econòmica, aquesta intervenció legal paternalista hauria de qualificar-se favorablement, perquè, com hem assumit per hipòtesi, incrementa el benestar social a llarg termini. Òbviament, es tracta només d'una possibilitat teòrica la plasmació pràctica de la qual és més que dubtosa. La probabilitat que una motivació paternalista dels legisladors, de les agències reguladores i dels tribunals en l'àmbit de la protecció del consumidor es transformi en polítiques i regles de millora del benestar dels consumidors en el seu conjunt és molt incerta, almenys al meu parer.

No és descartable, ni molts menys, que existeixen motivacions redistributives i paternalistes en la legislació comunitària i en les legislacions nacionals europees sobre protecció de consumidors. La consideració conjunta dels drets dels consumidors i dels treballadors a l'article 95.3 del TCE pot ser una indirecta cap a la primera motivació, i algun text dels preàmbuls de les Directives i dels programes de la Comunitat pot ser també interpretat com una insinuació cap al paternalisme. Per descomptat, econòmicament cap d'elles ofereix una base confortable per a construir el dret europeu de protecció del consumidor.

(2002). Per descomptat, no tots els autors hi estan d'acord: Ian Ramsay, "Consumer protection", a Peter Newman (editor), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. I, MacMillan, London, (1998), p. 413.

²³ Louis Kaplow i Steven Shavell, "Why the Legal System is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income", 23 *Journal of Legal Studies* (1994), p. 667; Louis Kaplow i Steven Shavell, "Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income", 29 *Journal of Legal Studies* (2000), p. 821. El centre de l'argument és el següent: l'ús d'impostos i de transferències com a mecanismes redistributius crea justament una distorsió, en concret en la disjuntiva entre oci i treball. Les regles legals substantives generen una doble distorsió: una, aquesta que acabem de descriure per als impostos; l'altra, la ineficiència generada per una regla legal elegida no pels seus mèrits d'eficiència, sinó per la seva efectivitat redistributiva. De nou, alguns autors no estan d'acord amb aquesta visió pessimista de les normes jurídiques com a instruments redistributius: Christine Jolls, "Behavioral Analysis of Redistributive Legal Rules", a Cass Sunstein (editor), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, (2000), p. 288. Su *Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, (2000), p. 288; Chris William Sanchirico, "Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View", 29 *J. Legal Stud.* (2000), p. 797

La informació imperfecta, al contrari, constitueix una fallada del mercat capaç de proporcionar un punt de partida raonable per organitzar el nostre coneixement sobre el paper òptim i els efectes probables de la legislació sobre protecció del consumidor. Per descomptat, no hauríem de pensar que els mercats de consum són els únics en què apareixen les imperfeccions d'informació. El dret de societats, el dret d'assegurances i el dret general de contractes són àrees en què els models econòmics d'informació imperfecta tenen molt a aportar per a una millor comprensió de les institucions i de les normes jurídiques i per a la predicció dels seus efectes en els mercats del món real.

D'altra banda, no hauríem de pensar que els mercats de consum estan dominats del tot per la informació imperfecta. Fins i tot si prescindim de les regles i obligacions legals a aquest efecte, el nivell d'informació proporcionat i disponible pels participants en els mercats de consum no pot qualificar-se ni de bon tros d'insignificant²⁴.

Els consumidors adquireixen informació sobre les característiques i les variables rellevants que afecten la transacció de béns i serveis per diferents vies. En alguns casos, mitjançant l'observació directa²⁵. En altres, aprenent a partir de la compra i el consum repetits²⁶. També poden obtenir informació de tercers sobre els aspectes rellevants de la transacció econòmica, ja siguin aquests tercers persones conegudes o siguin fonts independents públiques o privades.

Els propis productors són els més grans proveïdors d'informació en els mercats de consum. Mitjançant l'etiquetatge, les descripcions del producte i la informació contractual, les empreses comuniquen gran quantitat d'informació als consumidors de béns i serveis. La publicitat té un paper central en la transmissió d'informació sobre l'existència del producte, els preus i sobre altres factors determinants en les transaccions en el mercat. I no només l'anomenada publicitat "informativa" compleix aquesta funció positiva. També la publicitat que de forma aparent manca de qualsevol contingut informatiu apreciable (com, per exemple, la publicitat d'un producte realitzada per personatges famosos) és apta per transmetre als consumidors valuoses indicacions sobre el nivell de qualitat o altres importants aspectes de la transacció: la publicitat i la reputació relacionada habitualment amb ella són mecanismes del mercat extremadament poderosos que serveixen per assenyalar de forma efectiva als consumidors nivells de qualitat adequats,

²⁴ Per a un recent estudi dels instruments que incrementen la informació disponible pels consumidors, vegeu Thomas Wein, "Consumer Information Problems – Causes and Consequences", a Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber i Stephen Weatherill (Eds.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Walter de Gruyter, Berlin-New York (2001), p. 80.

²⁵ En aquests casos, els economistes parlen de béns o de qualitats de recerca ("*search goods*"), atès que la recerca només pot fer que els consumidors els coneguin.

²⁶ En aquests casos, els economistes parlen de béns o de qualitats d'experiència ("*experience goods*"), perquè els consumidors reben la informació rellevant després de consumir el bé. Quan àdhuc després del consum les variables rellevants no són accessibles al consumidor, els economistes parlen de béns de confiança ("*credence goods*").

particularment en els mercats de béns d'experiència²⁷.

De forma encara més sorprenent, les forces del mercat poden, sota determinades condicions, induir els productors a revelar als consumidors o, més en general, a la contrapart en la transacció informació desfavorable. En el que és un dels resultats més importants de l'economia de la informació, pot demostrar-se que, quan la informació privada que posseeix el venedor és verificable (és a dir, *ex post* pot determinar-se si la revelació d'informació fou veraç), i el consumidor coneix que el venedor posseeix informació privada (encara que no en conegui el contingut clar, perquè llavors deixaria de ser informació privada del venedor), el venedor revelarà voluntàriament la informació fins i tot si li és desfavorable (per exemple, que la qualitat del seu producte està per sota de la mitjana). Aquest resultat d'*unravelling* és una conseqüència del fet que, atesos els dos supòsits que he esmentat, els consumidors esperen de tots els venedors que guarden silenci les pitjors notícies sobre el contingut de la informació privada. Els venedors que disposessin de millor informació privada la revelarien voluntàriament. En efecte, els –cada vegada menys– venedors amb bones notícies posarien en funcionament un procés de revelació continu, fins que aquell que posseeix la pitjor informació privada (per exemple, la pitjor qualitat) fos deixat tot sol per no revelar-la. I els consumidors aleshores observarien com es confirmen les seves expectatives: només la pitjor informació privada romandrà sense revelar i la resta es revelarà voluntàriament²⁸.

Però, també quan la quantitat d'informació subministrada als consumidors mitjançant els mecanismes del mercat és molt important, resulta innegable que en algunes circumstàncies i per a algunes transaccions en els mercats de consum, el nivell d'informació s'allunya de ser perfecte i hi ha un ampli marge per millorar aquesta falta d'informació per mitjà de normes jurídiques que s'adrecin a corregir la fallada d'informació del mercat.

Aquestes falles d'informació tenen el seu origen en una àmplia sèrie de factors. Primer, alguns participants al mercat poden portar a terme pràctiques fraudulentoses i enganyoses i generar en els

²⁷ Respecte d'aquesta funció de garantia de la publicitat, vegeu Fernando Gomez, "The European Directive on Consumer Sales: An Economic Perspective", a Stefan Grundmann i C. Massimo Bianca (editores), *EU Sales Directive Commentary*, Interscientia, Oxford, (2002) (en premsa), i la literatura que allí s'hi esmenta.

²⁸ El resultat d'*unravelling* fou desenvolupat per Sanford Grossman i Oliver Hart, "Disclosure Laws and Takeover Bids", 35 *Journal of Finance* (1980), p. 323; Paul Milgrom, "Good News and Bad News: Representation Theorems and Applications", 12 *Bell Journal of Economics* (1981), p. 380; i Sanford Grossman, "The Informational Role of Warranties and Private Disclosure of Product Quality", 24 *Journal of Law and Economics* (1981), p. 461. Per a una presentació menys tècnica, amb aplicacions a diversos àmbits del Dret, vegeu Douglas Baird, Robert Gertner i Randall Picker, *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1994), p. 89 i s.; Robert Gertner, "Disclosure and unravelling", a Peter Newman (editor), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. I, MacMillan, London, (1998), p. 605. Els estudis empírics han proporcionat clares evidències de la revelació voluntària i de l'*unravelling*. Per exemple, Alan Mathios, "The Impact of Mandatory Disclosure Laws on Product Choices: An Analysis of the Salad Dressing Market", 43 *Journal of Law and Economics* (2000), p. 658-660, mostra com la informació inobservable (el contingut de greix) a les salses per a amanides està afectada per l'*unravelling* (encara que no completament), i per tant que quasi tots els productors de salses lleugeres en greixos revelaran voluntàriament a la publicitat o a l'etiqueta el contingut de greixos, mentre que els productors de salses amb un alt contingut en greixos romandran en silenci.

consumidors representacions errònies que distorsionin les seves decisions i el seu comportament. Potser a causa de la incontrovertida caracterització del frau, de l'error i de l'engany com a fenòmens reprovables, la realitat és que no s'ha valorat prou el paper de la legislació de consumidors per reprimir aquestes pràctiques tan ineficients en el mercat. Probablement, els productors sense escrúpols i interessats a obtenir ràpidament beneficis són la major font d'informació errònia per als consumidors i els que globalment causen un major dany, i els esforços per dissuadir a aquest tipus de venedor es troben entre les més valuoses aportacions de les polítiques de protecció dels consumidors²⁹. Això explica i justifica l'existència de la regulació contra la publicitat enganyosa³⁰, així com d'aquelles sobre informació exacta i sobre altres requisits en la formació del contracte en aquells mercats de consum i en aquelles pràctiques contractuals que impliquen amb més probabilitat a una àmplia proporció d'empreses petites i ràpidament extingibles, com són els supòsits de vendes a domicili, a distància i electròniques³¹.

La falta d'informació dels consumidors pot tenir el seu origen en fenòmens àmpliament coneguts³² en el comportament dels consumidors, com la racionalitat limitada (capacitat limitada per adquirir i processar informació)³³, l'excés d'optimisme, l'ús de l'heurística cognitiva (biaixos derivats del fenomen de *hindsight*, excessiva confiança en la informació disponible de forma

²⁹ Curiosament, es poden observar algunes discrepàncies entre les condicions i les conseqüències dels mercats competitius i les d'aquells amb una protecció dels consumidors adequada: és més esperable que els venedors aprofitats i poc escrupulosos operen en un mercat quan existeixen poques –o virtualment cap– barreres d'entrada, quan hi hagi bastants venedors o quan el nivell d'entrada i sortida del mercat des de la banda dels productors és alt. Totes aquestes condicions són trets típics d'una estructura competitiva de mercat. Vegeu Gillian K. Hadfield, Robert Howse i Michael J. Trebilcock, "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", 21 *Journal of Consumer Policy* (1998), p. 153, p. 155.

³⁰ Directiva 84/450/CEE, de 10 de setembre de 1984, sobre publicitat enganyosa, i Directiva 97/55/CE, de 6 d'octubre de 1997, sobre la inclusió de la publicitat comparativa en la publicitat enganyosa. No cal falta dir que aquest fet no comporta que la determinació de si un anunci es equívoc o enganyós sigui una tasca fàcil. Qüestions com el context, els arguments implícits, l'heterogeneïtat dels consumidors i l'existència d'altres mitjans alternatius d'informació són rellevants per a una investigació d'aquest tipus. Per a una anàlisi detallada d'aquestes i altres qüestions sobre la regulació de la publicitat, des d'una perspectiva econòmica, vegeu Richard Craswell, "Interpreting Deceptive Advertising", 65 *Boston University Law Review* (1985), p. 658; Richard Craswell, "Regulating Deceptive Advertising": The Role of Cost-benefit Analysis", 64 *Southern California Law Review* (1991), p. 549.

³¹ Directiva 85/577/CEE, de 20 de desembre de 1985, referent a la protecció dels consumidors en el cas de contractes negociats fora dels establiments comercials, Directiva 97/7/CE, de 20 de maig de 1997, relativa a la protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància; Directiva 2000/31/CE, de 8 de juny de 2000, sobre comerç electrònic.

³² Vegeu Melvin Aron Eisenberg, "Cognition and contract", a Peter Newman (editor), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. I, MacMillan, London, (1998), p. 282; Cass Sunstein (editor), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, (2000).

³³ A més, la racionalitat limitada fa que alguns productors recorrin més a la publicitat equívoca o enganyosa: vegeu Matthew Nagler, "Rather Bait than Switch: Deceptive Advertising with Bounded Consumer Rationality", 51 *Journal of Public Economics* (1993), p. 359. Les investigacions dels publicistes mostren com les restriccions legals són el factor més important d'influència en la presa de decisions sobre el continguts i les polítiques publicitàries:

senzilla, excessiva representativitat de petites mostres, desconsideració excessiva d'esdeveniments futurs i incerts, etc.) i la ignorància racional (si adquirir informació és –encara que sigui poc– costós per al consumidor, però tenir la informació no canviaria ni els termes de la transacció ni el seu ús futur, el consumidor pot sacrificar racionalment l'adquisició d'informació i ignorar la variable rellevant)³⁴.

La ignorància dels consumidors causada per aquests factors és difícil de millorar. Les empreses tenen determinats incentius per educar i informar els consumidors a fi que aquests problemes siguin menys aguts en molts casos. Però els incentius del mercat per a les empreses no aconsegueixen el nivell socialment apropiat d'educació i informació als consumidors. Cada empresa individual no serà capaç d'internalitzar tots els guanys derivats d'incrementar la informació dels consumidors, per la qual cosa el seu incentiu per proveir-la serà insuficient comparat amb els guanys socials derivats de l'increment de la informació. Per tant, el mercat³⁵ no proveirà per ell mateix la quantitat òptima d'educació i d'informació per superar els factors que afecten la ignorància dels consumidors.

La legislació sobre consumidors pot, fins a cert punt, establir remeis parcials en alguns contextos, particularment per mitjà d'obligacions de revelació i de la creació i la imposició d'un sistema estandarditzat de mesures i d'expressió d'una o de més de les variables rellevants en la transacció. Probablement, el millor exemple d'aquest tipus d'intervenció legal és el de la taxa anual equivalent que la Directiva 87/102/CEE de 22 de desembre de 1986, sobre crèdit al consum (modificada per les Directives 90/88 i 98/7), imposa com una obligació de revelació en els contractes de crèdit a consumidors. En aquest cas, l'element més rellevant (però no l'únic) en la transacció ha de ser comunicat i de forma homogènia i –almenys relativament– de forma fàcilment entenedora pels consumidors. D'aquesta manera, seran més conscients de la variable rellevant i s'incrementen de forma significativa les seves possibilitats d'investigar quines condicions del crèdit són més atractives³⁶. També són comuns l'etiquetatge obligatori i

Joel Davis, "Ethics in Advertising Decisionmaking: Implications for Reducing the Incidence of Deceptive Advertising", 28 *Journal of Consumer Affairs* (1994), p. 380.

³⁴ L'exemple més notable d'aquest problema en els contractes amb consumidors sorgeix en l'àmbit dels contractes amb condicions generals: llegir i entendre aquestes clàusules és costós per als consumidors –en temps i en esforç– i, en no estar els termes subjectes a negociació, el consumidor desistirà normalment de la seva lectura.

³⁵ En aquest sentit, un cop més l'estructura del mercat monopolístic s'aproximarà millor que una de competitiva a la provisió òptima d'informació, ja que, en termes de beneficis, el monopolístic pot internalitzar millor els guanys de l'increment d'informació. El mateix succeeix amb la ignorància racional: les empreses competitives són més propenses a explotar la ignorància racional dels consumidors que les monopolistes, perquè les forces competitives poden endegar una carrera a la baixa (*race to the bottom*) per a les variables que el consumidor típic decideixi ignorar racionalment.

³⁶ Les obligacions de revelació estandaritzades són susceptibles de provocar alguns problemes, que poden tenir un seriós impacte econòmic: poden induir als productors a concentrar els seus esforços de qualitat en les variables incloses a l'estàndard, a expenses d'altres que queden al marge d'aquest i que també poden ser importants per als consumidors. A més, aquestes exigències de revelació poden desplaçar altres informacions que el productor hagués proporcionat, i que podrien resultar rellevants pels consumidors. Vegeu Howard Beales, Richard Craswell y Steven Salop, "The Efficient Regulation of Consumer Information", 24 *Journal of Law and Economics* (1981), p. 523 i s. Pel que fa a la regulació específica de la revelació d'informació en els contractes de

estandarditzat i la revelació d'informació relacionada amb la salut i la seguretat. En aquest cas, estudis experimentals i empírics han mostrat que tenen un impacte positiu en les eleccions dels consumidors i que incrementen el seu benestar en els respectius mercats³⁷. A més a més, els períodes de reflexió, que permeten al consumidor desistir del contracte durant un termini temporal limitat³⁸, poden entendre's com una forma de reduir l'impacte de la racionalitat limitada i de les deficiències cognitives en les transaccions amb consumidors en què aquests problemes es presenten de forma més acusada³⁹.

Aquest fet comporta una altra font de falta d'informació dels consumidors, en concret, la dels costos de recerca. Si aquests costos són relativament alts, els consumidors no estaran informats i, per tant, els termes de la transacció (incloent-hi el preu, fins i tot quan el mercat és competitiu) podran no ser òptims⁴⁰. Les obligacions de revelació i l'estandardització de la informació, com els

crèdit al consum, alguns autors l'han criticada des d'una perspectiva econòmica i n'han destacat l'increment en els costos derivats del seu compliment i en els costos de litigació, els efectes negatius en el conjunt de condicions del crèdit i en els serveis al consumidor (variables no incloses en la revelació estàndard), i el fet que només els prestataris millor informats i més rics són els que amb una major probabilitat se'n beneficien. Vegeu Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 5th edition, Aspen Publishers, New York, (1998), p. 408; Richard Hynes i Eric Posner, "The Law and Economics of Consumer Finance", 4 *American Law and Economics Review* (2002), p. 194-195. Tot i això, els estàndards en la informació contractual poden resultar també eficients a causa de les seves externalitats de xarxa o de sistema (l'addició de nous usuaris incrementa la utilitat derivada dels usuaris existents).

³⁷ Christine Moorman, "A Quasi Experiment to Assess the Consumer and Informational Determinants of Nutrition Information Processing Activities: The Case of the Nutrition Labeling and Education Act", 15 *Journal of Public Policy and Marketing* (1996), p. 28; Alan Mathios, "The Impact of Mandatory Disclosure Laws on Product Choices: An Analysis of the Salad Dressing Market", 43 *Journal of Law and Economics* (2000), p. 660.

³⁸ Directiva 85/577/CEE, de 20 de desembre de 1985, referent a la protecció dels consumidors en els contractes negociats fora dels establiments comercials; Directiva 94/47/CE, de 26 d'octubre de 1994, relativa a la protecció dels adquirents d'un dret d'utilització d'immobles en règim de temps compartit; Directiva 97/7/CE, de 20 de maig de 1997, relativa a la protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància.

³⁹ Pamaria Rekaiti i Roger van den Bergh, "Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States: A Comparative Law and Economics Approach", 23 *Journal of Consumer Policy* (2000), p. 371, p. 374 i següents, i p. 385 i següents, defensen que els períodes de reflexió, particularment els introduïts per la legislació comunitària sobre protecció de consumidors, són remeis potencials per a un comportament irracional, per al monopoli situacional i les asimetries d'informació. Tot i això, alguns autors dubten de l'impacte efectiu d'aquestes mesures i es basen en què pocs consumidors exercirien un dret de cancel·lació que els obligués a admetre que van ser uns passerells a l'hora de signar el contracte: vegeu Ian Ramsay, "Consumer protection", a Peter Newman (editor), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. I, MacMillan, London, (1998), p. 412. Altres autors no només els consideren irrelevants, sinó que els critiquen per augmentar *ex post* l'oportunisme dels consumidors: Hans-Peter Schwintowski, "Contractual Rules Concerning the Marketing of Goods and Services – Requirements of Form and Content versus Private Autonomy", a Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber y Stephen Weatherill (Eds.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Walter de Gruyter, Berlin-New York (2001), p.331 i 346.

⁴⁰ Tanmateix, per obtenir l'òptim als mercats amb costos positius de recerca no és necessari que tots els compradors es dediquin a investigar les diferents ofertes existents. Quan els productors no poden diferenciar els consumidors que han investigat les condicions de contractació d'aquells altres que no ho han fet, i quan la proporció dels qui investiguen és suficientment gran (però no fa falta que sigui el 100 %, ni molt menys), les condicions seran òptimes, perquè els productors preferirien vendre a tots els consumidors en comptes de només

supòsits esmentats en el paràgraf anterior, també serveixen per a reduir els costos de recerca en diversos mercats de consumidors i, d'aquesta manera, per a millorar el seu funcionament.

Les consideracions anteriors no haurien d'induir-nos a pensar que el fonament en la informació imperfecta determina un límit infranquejable per a les normes de protecció del consumidor que pretenen ser econòmicament eficients. En particular, els instruments del dret de consum poden incloure no només mesures d'increment de la informació, sinó també obligacions de revelació i d'estandardització i de prevenció de l'engany i del frau. A més a més, les característiques d'alguns problemes d'informació poden (però només "poden") suggerir que la regulació imperativa d'algunes clàusules contractuals és el millor remei per pal·liar les fallades d'informació del mercat. Ja he esmentat el cas de la ignorància racional respecte del contingut de les condicions generals de la contractació. La revelació d'informació i l'existència de regles que facilitessin aquesta podrien resultar insuficients, atesa la pròpia naturalesa de la falta d'informació (fins i tot un cost d'informació ínfim induiria els consumidors, de forma racional i intel·ligent, a no llegir la lletra petita del contracte). La carrera a la baixa en la qualitat de les condicions contractuals que pot derivar d'aquest conjunt de característiques és un dels factors que poden fonamentar la necessitat d'una regulació legal imperativa d'un nivell de qualitat o d'un conjunt mínim de drets dels consumidors. Això és precisament el que la Directiva 93/13/CEE, de 5 d'abril de 1993, sobre clàusules abusives en les contractes celebrats amb consumidors, fa a l'article 3 i a l'annex. Per descomptat, és discutible que la Directiva hagi aconseguit un equilibri òptim en la determinació de la qualitat de les clàusules del contracte, i fins i tot, que algun legislador o tribunal pugui aspirar a fer-ho. Però la teoria econòmica no exclou de per si l'ús de normes imperatives en aquest o en altres contextos semblants.

A més a més, si la revelació d'informació per part dels productors que la legislació exigeix és complexa i, amb això, se n'augmenten els costos de processament per als consumidors, pot (però només "pot") resultar preferible una prohibició total d'un determinat producte o servei per motius de pura eficiència. Aquest seria el cas si la reducció en els costos d'informació supera els costos en què incorren tant productors (pèrdua de benefici) com a consumidors (pèrdua d'increment d'elecció de producte o varietat) com a conseqüència de la prohibició⁴¹.

Igualment, en circumstàncies en què l'asimetria en la informació no afecta el consumidor, però sí el venedor, una intervenció imperativa pot (però només "pot") ser atractiva per motius de pura eficiència. En aquest cas, és el consumidor qui posseeix informació privada no observable pel productor. Això pot succeir particularment en els mercats de crèdit, on el prestador o el professional solen desconèixer la probabilitat o la predisposició del consumidor a tornar el crèdit. La informació imperfecta pot afavorir l'ús de clàusules contractuals lleonines o de garanties que actuïn com un senyal de la pertinença al tipus "bo" de consumidor, aquell que

fer-ho a aquells que no haguessin investigat. Vegeu Alan Schwartz i Louis Wilde, "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis", 127 *University of Pennsylvania Law Review* (1979), p. 630; Alan Schwartz i Louis Wilde, "Imperfect Information in Markets for Contract Terms: The Examples of Warranties and Security Interests", 69 *Virginia Law Review* (1983), p. 1387.

⁴¹ Vegeu Gillian K. Hadfield, Robert Howse i Michael J. Trebilcock, "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", 21 *Journal of Consumer Policy* (1998), p. 159.

mereix el crèdit, perquè té unes altes probabilitat i/o disposició a tornar-lo, i no al tipus “dolent”. Encara que alguns d'aquests “senyals” són massa durs i, per tant, indesitjables per al benestar global dels participants en el mercat, poden persistir al llarg del temps (pel desig dels bons que se'ls percebi com a tal). Les normes jurídiques que estableixen límits a aquestes clàusules (per exemple, protecció contra la insolvència personal, béns inembargables, entre d'altres) poden (però només “poden”) ser eficients sota algunes d'aquestes circumstàncies⁴².

Això no obstant, aquestes últimes qüestions han estat –assenyadament, al meu parer– excloses de l'àmbit material de la Directiva de crèdit al consum (amb l'excepció parcial dels límits als drets de tercers i a la representació, que, en teoria, s'assemblen a altres límits exclosos) i subjectes als drets dels Estats Membres. De fet, el conjunt dels drets substantius (és a dir, no relacionats amb els increments dels nivells d'informació) dels consumidors, previstos per aquesta Directiva, permeten una gran llibertat per a què els Estats Membres desenvolupin els principis generals esbossats a l'efecte per la Directiva, en contrast amb la regulació detallada de les obligacions de revelació que la Directiva conté.

6. L'abast dels objectius de promoció de la competència en la legislació sobre protecció del consumidor

Els arguments presentats en les seccions prèvies proporcionen un suport teòric a la independència substancial entre les funcions econòmiques de la legislació de consumidors i del dret de la competència, i a la necessitat d'adoptar un enfocament diferenciat en cadascun d'aquests dos camps. Malgrat això, hi ha casos en què les conseqüències de la protecció dels consumidors per a la competència són rellevants i han de rebre certa atenció. Tot seguit dono un exemple del que vull dir amb l'equilibri de les relacions entre protecció de consumidors i competència.

La publicitat és particularment propensa a incrementar les barreres d'entrada que les empreses dominants erigeixen enfront de les potencials entrants. Les despeses elevades en publicitat, especialment si estan associats amb marques comercials reputades, multipliquen la predisposició i la lleialtat dels consumidors, i poden constituir barreres difícils de superar pels aspirants en un determinat mercat. Una forma en què es manifesta aquest fenomen és mitjançant les campanyes de publicitat agressiva que utilitzen la comparació amb l'empresa ja establerta o emfatitzen els avantatges de les aspirants (en el preu o en una altra característica), precisament per combatre la barrera aixecada per l'empresa dominant. En aplicar les regles sobre protecció de consumidors en l'àmbit de la publicitat, s'hauria de considerar que per a vèncer les barreres a la publicitat imposades per l'empresa dominant, els aspirants poden necessitar una major llibertat quant a l'agressivitat de la publicitat comparativa i al nivell de substantivitat de les afirmacions contingudes en els seus missatges publicitaris. Al final, l'entrada de les noves empreses beneficiarà els consumidors mitjançant l'increment de la producció i la reducció dels preus. En

⁴² Una completa discussió econòmica d'aquestes mesures pot trobar-se a Richard Hynes i Eric Posner, “The Law and Economics of Consumer Finance” 4 *American Law and Economics Review* (2002), p. 168.

definitiva, resulta eficient que, en l'aplicació de la normativa de protecció de consumidors en l'àmbit de la publicitat, les administracions i els tribunals considerin els beneficis futurs que la campanya publicitària genera per a la competència –especialment si és l'empresa dominant qui ha accionat per publicitat enganyosa contra l'entrant agressiu–.

Hi ha altres exemples (per exemple, algunes clàusules contractuals com les d'exclusivitat i les de danys contractuals poden servir també eventualment per a establir barreres enfront de potencials competidors⁴³), el tractament dels quals excedeix de l'objectiu d'aquestes pàgines. Els beneficis derivats de la competència són beneficis reals per a la societat, i s'haurien de tenir en compte quan es dissenya, s'interpreta i s'aplica la legislació sobre protecció de consumidors. El que s'ha dit no ha de comportar que en aquest procés ens desviem de forma que oblidem el que crec és el paper adequat i el fonament econòmic de la legislació de consumidors i, en especial, de la legislació comunitària: regular els problemes d'informació imperfecta en els mercats de consum. Són enormes els reptes que la legislació sobre protecció de consumidors en la Comunitat Europea afronta a l'hora de construir un marc legal consistent, en pretendre incrementar l'eficiència als mercats de consumidors, avui àmpliament (encara que certament no sempre en la mateixa extensió) fragmentats per les barreres nacionals, culturals i lingüístiques. Carregar les polítiques de consumidors de la Comunitat amb el treball afegit d'incrementar el grau de competència en els mercats de consum europeus no em sembla una orientació encertada de política jurídica. Simplement, el Dret comunitari de consumidors, igual que els Drets privat i públic nacionals, no està ben situat per a poder complir satisfactòriament aquesta finalitat.

⁴³ Philippe Aghion i Patrick Bolton, "Contracts as Barriers to Entry", 77 *American Economic Review* (1987), p. 388.