



La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia

Una visión desde el análisis económico del derecho

Fernando Gómez Pomar
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper nº: 113
Barcelona, enero de 2003
www.indret.com

Abstract*

Las legislaciones sobre protección de los consumidores y sobre defensa de la competencia constituyen dos de las áreas más importantes del Derecho y tienen, además, un gran impacto regulatorio en el funcionamiento de los mercados. Su coherencia en términos de objetivos y de aproximación en la regulación de los mercados parece, a simple vista, muy importante: ambas comparten, como finalidad más relevante y principio organizador, procurar el beneficio de los consumidores.

Sin embargo, cuando se analizan en detalle las cuestiones económicas subyacentes, surgen importantes diferencias. El poder de monopolio es el problema principal del Derecho de la competencia, y la legislación comunitaria no es una excepción. En cambio, la legislación de consumidores no está -y no debería estar- asociada al poder de mercado en sí mismo, ni siquiera entendiéndose éste como un desequilibrio en el poder económico o de negociación entre productor y consumidor. La razón fundamental que justifica, en términos económicos, la legislación sobre protección del consumidor, ya sea nacional o europea, es la existencia de información imperfecta en los mercados de consumo. Así, son estas carencias de información las que explican el conjunto y tipo de instrumentos y aproximaciones más frecuentes en la legislación de consumidores en Europa. Sin embargo, la divergencia mencionada de los fundamentos económicos de ambas legislaciones no es incompatible con la idea de que, en ciertas circunstancias, la consideración conjunta de la promoción de la competencia y de la protección del consumidor resulte necesaria, aunque no se deba olvidar nunca la finalidad principal de cada una de estas ramas del Derecho.

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. La necesaria coordinación de los objetivos de las legislaciones sobre protección del consumidor y sobre defensa de la competencia**
- 3. Los diferentes problemas económicos que subyacen en las legislaciones de consumidores y de competencia**
- 4. La irrelevancia del poder de mercado -y el desequilibrio en el poder de negociación- en la legislación sobre protección del consumidor**
- 5. La legislación sobre protección del consumidor como conjunto de instrumentos para reducir las imperfecciones de información en los mercados de consumo**
- 6. El alcance de los objetivos de promoción de la competencia en la legislación sobre protección del consumidor**

* Traducción española del trabajo presentado en la SECOLA Conference, London School of Economics, Londres, 16-17 de mayo de 2002.

1. Introducción

La legislación sobre protección del consumidor y el derecho de la competencia son dos de los sectores jurídicos más importantes para la regulación de los mercados. Sin embargo, la relación entre ambos, en cuanto a objetivos, materias más relevantes y estructuras no se ha considerado en detalle, especialmente por lo que se refiere a su trascendencia para la política legislativa europea. En este artículo trataré de analizar dicha relación utilizando los instrumentos analíticos del análisis económico del Derecho.

A pesar de que ninguno de ambos sectores del Derecho puede entenderse y operar con independencia del otro, intentaré destacar que las aparentes similitudes entre los mismos desaparecen en gran medida cuando se observan las imperfecciones del mercado que cada uno de ellos trata de corregir. El énfasis en los defectos de información como fundamento principal del activismo legal en los mercados de consumo está acorde con los resultados de diferentes investigaciones recientes, con un mayor o menor tratamiento económico explícito¹. Destacaré también lo que, en mi opinión, son los aspectos más importantes para el diseño y el funcionamiento operativo de la legislación sobre protección de consumidores en Europa.

En la sección 2, analizaré el objetivo común de la legislación sobre protección de consumidores y del derecho de la competencia, es decir, la promoción del bienestar de los consumidores. En la sección 3 trato de presentar lo que, a mi entender, es el factor clave para comprender plenamente el correcto papel que deben desarrollar ambas áreas jurídicas: el problema económico que cada una de ellas puede adecuadamente afrontar. En la sección 4 analizo por qué la legislación sobre protección del consumidor no es un instrumento eficiente para enfrentarse a los problemas de monopolio y a otras prácticas relacionadas, y como un énfasis en el poder de mercado puede ser engañoso e, incluso, contraproducente para una correcta aplicación y funcionamiento de la legislación de consumidores. En la sección 5 propongo un enfoque más limitado para la legislación de consumidores aunque, en mi opinión, más efectivo, y que permite una mejor comprensión de sus dimensiones económicas. En la sección 6 aporto algún ejemplo de las condiciones bajo las que parece admisible la consideración conjunta del derecho de la competencia y de la protección de consumidores, con lo que concluyo el trabajo.

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

2. La necesaria coordinación de los objetivos de las legislaciones sobre protección del consumidor y sobre defensa de la competencia

A priori, de todos los conjuntos posibles de sectores del Derecho, sólo unos pocos pueden pretender estar tan bien coordinados en cuanto a objetivos, fundamentos económicos y componentes estructurales, como sucede en el caso de la legislación sobre protección de consumidores y el derecho de la competencia. Ambas áreas del Derecho, como intentaré demostrar en esta sección, parecen compartir, en gran medida, la misma finalidad en sus correspondientes normativas, doctrinas y mecanismos de aplicación².

Argumentar que el objetivo de la legislación sobre protección del consumidor es promover el beneficio y los intereses de los consumidores es casi tautológico. Sin embargo, es verdad que no todo el mundo estaría de acuerdo sobre el alcance de lo que constituye el beneficio de los consumidores, ya que éste puede ser entendido de diferentes formas y desde diferentes perspectivas: desde la perspectiva de la eficiencia económica y del bienestar social en los mercados de consumo, con el punto de mira en la política redistributiva, o desde una visión paternalista sobre cómo deberían entenderse los derechos legales y económicos de la población de consumidores³. Probablemente, las razones que subyacen a cualquier legislación sobre protección de consumidores en todos los sistemas jurídicos del

² De hecho, para aquéllos que creen en la coherencia y en la utilidad de los sistemas legales, todas las áreas del Derecho comparten un objetivo común, ya sea la justicia, la igualdad, la felicidad, la eficiencia, la maximización de la riqueza, el bienestar social o cualesquiera otras metas imaginables. Incluso, aunque pienso que toda la maquinaria teórica y humana del sistema jurídico no es un proyecto ciego y que existe una finalidad fundamental en el mismo -aunque instrumental y no autodefinida-, a lo que me refiero es a algo más preciso que a los fines fundamentales del sistema jurídico: es la presencia de una afinidad de objetivos más específica y operativa, que no se encuentra en otras áreas del Derecho -por ejemplo, el derecho de daños o el derecho de la propiedad intelectual-, a pesar de la posible existencia global de un objetivo común a todo el sistema jurídico. Para un excelente tratamiento de la conveniencia de fundamentar los objetivos del sistema jurídico en la justicia o en el bienestar social (con fuerte tendencia y argumentos de peso a favor de lo segundo), véase Louis Kaplow y Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (2002).

³ Por ejemplo, en la nueva estrategia sobre política de consumidores de la Comisión para el período 2002-2006, adoptada el 7 de mayo de 2002, la afirmación destacada de que “[...] *todos los consumidores (de toda la UE) deberían beneficiarse del mismo grado de protección*”, en línea con las previsiones de los artículos 95.3 y 153.1 del Tratado de la Comunidad Europea, podría (aunque no necesariamente “debería”) ser interpretada como una admisión abierta del hecho de que conseguir un grado de protección del consumidor homogéneo y elevado es una meta adecuada y valiosa en sí misma, sin importar cuánto y cómo puedan valorar los diferentes consumidores este nivel de protección y cuán predispuestos estén a pagar por ello. En otros términos, un alto nivel de protección de los consumidores es un bien de interés general (bien de mérito o *merit good*, según los economistas: el poder político ha decidido que debe ser consumido por los ciudadanos en una cierta cantidad, sin importar cuál es la demanda real del mismo) que ayuda y beneficia a los consumidores incluso aunque ellos mismos no quieran reconocerlo. No estoy diciendo con ello que las políticas comunitarias de protección de consumidores deban entenderse como políticas paternalistas, sólo que algunas de sus formulaciones no son inconsistentes con este punto de vista y, que en alguna medida, un cierto paternalismo está siempre presente como un ingrediente más de las políticas de la Comunidad Europea.

mundo real combinan, en mayor o menor medida, bienestar, redistribución y tintes paternalistas⁴, entendidos mejor y peor, y la legislación sobre protección de consumidores de la Comunidad Europea no es una excepción. Además, en la política y legislación comunitaria sobre consumidores se adivina el objetivo de construir un efectivo mercado interno, también para los bienes y servicios de consumo. Ello no es una sorpresa, debido a la naturaleza y a las limitaciones (en concreto, las restricciones legales establecidas por los artículos 153 y 95 del Tratado de la Comunidad Europea) referentes al papel que ha de desempeñar la Comunidad Europea en este ámbito y a sus competencias legislativas. Mas el propósito central de este esfuerzo legislativo –la promoción del beneficio de los consumidores– no queda socavado por el énfasis puesto en la armonización y en la dimensión transfronteriza de la materia.

El objetivo de la legislación sobre competencia es, evidentemente, preservar y mejorar la estructura competitiva de los mercados de bienes y servicios. Como se puede apreciar con la más sencilla teoría económica, los grandes beneficiados por las estructuras competitivas de los mercados son, precisamente, los consumidores de los bienes y servicios. La competencia perfecta asegura que todos los consumidores que valoran un determinado bien o servicio por encima de lo que costaría a la sociedad producir el bien o prestar el servicio, lo obtendrán por un precio que refleje su coste social exacto. Así, se consiguen simultáneamente la eficiencia distributiva (*allocative efficiency*) y la eficiencia productiva. Además, el excedente que se genera por la producción y el suministro de los bienes en un mercado competitivo se atribuye completamente a los consumidores, de manera que su situación no puede mejorarse mediante políticas gubernamentales o reglas legales.

Como reconocen la mayoría de economistas y juristas, el intento de reproducir las condiciones de competencia perfecta⁵ en todos los mercados de bienes y servicios está destinado a fracasar y puede llegar a ser, incluso, contraproducente. La intención de aproximar al máximo todos los mercados a estas condiciones ideales, mediante la

⁴ Véase Ian Ramsay, "Consumer protection", en Peter Newman (editor), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. I, MacMillan, London, (1998), p. 410, que enfatiza la presencia combinada de estos tres fundamentos y expresa en conjunto una opinión positiva sobre esta pluralidad de motivaciones. Por razones que clarificaré en la sección 5, soy algo escéptico en cuanto a la apelación a motivos redistributivos y paternalistas en la legislación sobre protección de consumidores.

⁵ Los supuestos estándares en la teoría económica para un mercado perfectamente competitivo son los siguientes: atomicidad de productores (el número de productores es tan grande que un productor individual tiene impacto nulo en lo que los otros hacen); homogeneidad de producto (los productos de todos los diferentes productores son sustitutivos perfectos); información perfecta (tanto productores como consumidores tienen perfecto conocimiento de todas las variables relevantes); igualdad de productores (todos los productores tienen la misma tecnología y las mismas funciones de costes); entrada libre e ilimitada (cualquier productor puede entrar o salir del mercado cuando lo deseé). Obviamente, este conjunto de supuestos muestra a las claras que la competencia perfecta es un modelo teórico y que no es algo que pueda derivarse de inducción u observación de los mercados del mundo real. Mas es un punto de referencia extremadamente útil para evaluar el funcionamiento y las posibles medidas correctoras en los mercados reales.

utilización de reglas legales y de políticas públicas, resultará inútil en muchos casos, como consecuencia de las inevitables limitaciones en el número de productores, el nivel de información, los costes de entrada, etc. Además, podría resultar manifiestamente ineficiente e incluso dañoso para los consumidores bajo ciertas circunstancias: si existiesen economías de escala, un pequeño número de productores, o sólo uno, sería necesario para conseguir la eficiencia productiva, es decir, para producir el bien o servicio al menor coste posible para la sociedad. Cuando los bienes de información están implicados, la necesidad de un incentivo para producir el bien en primer lugar requeriría la concesión de un monopolio temporal para distribuir el producto⁶.

Entonces, de forma más realista, el papel económico del derecho de la competencia, y de las políticas de defensa de la competencia más en general, es evitar las consecuencias negativas para la eficiencia de las estructuras de mercado que más abiertamente se apartan sin motivos fundados de la situación de competencia y especialmente de aquéllas que derivan de la presencia de un único productor o de un grupo de productores que actúan como un único productor, es decir, de prácticas monopolísticas o comportamientos colusivos. No obstante, este enfoque relativamente más restringido del derecho de la competencia no altera el hecho de que los consumidores continúen siendo quienes se benefician de impedir conductas empresariales monopolísticas o colusivas.

Cuando un monopolista, o un grupo de empresas que se comportan como tal, restringe la producción con la finalidad de maximizar su beneficio, causa un incremento en el precio por encima del nivel competitivo. Esto comportará un desplazamiento del excedente generado por el intercambio en el mercado, y una fracción de dicho excedente (o todo él, en determinadas circunstancias) será transferido de los consumidores a los productores, por lo que los primeros quedarán en una peor situación de bienestar a diferencia de los segundos

⁶ El uso de patentes y derechos de propiedad intelectual como derechos exclusivos de producción y distribución de un determinado bien de información (invención, obra de literatura o de arte, programa de ordenador, etc.), concediendo algún poder de monopolio a su titular, se explica en términos económicos a partir de la necesidad de proveer incentivos dinámicos para la creación de bienes de información: si éstos se vendieran, desde el inicio, bajo condiciones de competencia perfecta, y dado que el coste marginal de procurar un acceso adicional al bien de información (por ejemplo, un espectador más de la película, un usuario más del programa de ordenador) es cercano a cero, el beneficio esperado por el productor originario del bien también es próximo a cero, por lo que el inventor o creador no será capaz de recuperar los costes fijos de creación de la invención u obra en primer lugar. Para proporcionar incentivos en aras a superar este problema, los sistemas jurídicos otorgan derechos de exclusiva temporales, con lo que las estructuras de mercado se alejan, en algunos casos notoriamente, de las condiciones de competencia perfecta. No hace falta decir que estos derechos de exclusiva plantean problemas en su configuración, incluso algunos que son de gran interés para el derecho de la competencia (infradifusión de las obras existentes, abuso de patente o de derecho de propiedad intelectual). Estas desventajas son las razones que sostienen algunos autores que abogan, con base económica, por el uso de otras alternativas para proveer incentivos a la producción de nuevos bienes intelectuales: véase Tanguy van Ypersele y Steven Shavell, "Rewards versus Intellectual Property Rights", 44 *Journal of Law and Economics* (2001), p. 525. Sin embargo, una excepción, al menos hasta cierto punto, a las condiciones de competencia perfecta para inducir un nivel más deseable de producción de los bienes de información, tiene firmes asideros en la teoría económica comúnmente aceptada.

que verán mejorada su situación. Cuestión más importante, en términos económicos, es que la restricción en la producción comportará que algunos consumidores que valoran el bien o servicio por encima del coste social de su provisión –pero menos que el precio de monopolio– se verán privados de obtenerlos, y por tanto se verán obligados a estar sin él o, como otra opción, a adquirir bienes alternativos menos preferidos –o más costosos de producir en términos sociales-. Ésta es la pérdida económica más característica de las generadas por el monopolio o por prácticas colusivas⁷. Su eliminación o su debilitamiento mediante el derecho de la competencia se dirige primariamente al interés de los consumidores, y los beneficia igual que lo hace la legislación sobre protección del consumidor, aunque quizás de forma más indirecta y menos llamativa. Sin embargo, el derecho de la competencia puede perseguir, mediante las reglas legales en contra de los comportamientos monopolísticos y colusivos, otros fines diferentes al de la eliminación de la pérdidas de eficiencia que el monopolio crea en perjuicio de los consumidores. Algunos de estos objetivos pueden estar inspirados también en la intención de beneficiar directamente a los consumidores (redistribución del excedente de mercado o de bienestar, más generalmente, en favor de los consumidores) o pueden ser ampliamente independientes del bienestar de los consumidores (promoción y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas en lugar de las grandes⁸, deseo de bloquear el uso de las influencias y la concentración del poder político de los grupos e intereses económicos). Tengo serias dudas sobre la capacidad de cualquier derecho de la competencia para lograr estos otros fines “no económicos”, pero la probabilidad de su adopción, pasada, presente o futura, como objetivos y fines de un determinado sistema jurídico no puede ser ignorada completamente, aunque es dudoso si alguno de estos fines tienen y tendrán importancia en el diseño y aplicación del derecho comunitario de la competencia.

⁷ Se ha querido ver otras ineficiencias económicas derivadas del monopolio. Una es la ruinosa búsqueda de rentas, que se verá favorecida por el deseo de adquirir o de mantener las rentas del monopolio, proceso de búsqueda de rentas que, llevado al extremo, agotaría todos los beneficios supra-competitivos, transformando el desplazamiento de los excedentes de los consumidores a los productores en una pérdida neta. Este argumento está particularmente asociado a la *Chicago Law and Economics School*, más notablemente, a Richard Posner, "The Social Costs of Monopoly and Regulation", 83 *Journal of Political Economy* (1978), p. 807. Está también relativamente difundida la opinión de que las estructuras de mercado monopolista pueden ser menos propicias a la innovación y al desarrollo e introducción de nuevas tecnologías. Aunque existe un sólido fundamento teórico para tal argumento, al menos desde el clásico artículo de Arrow [Kenneth Arrow, "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions", en Ralph Nelson (editor), *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton University Press, Princeton (NJ), (1962)], no es improbable que otros factores estratégicos puedan contrarrestar la desventaja de las empresas monopolistas en términos de puros incentivos a la innovación, de modo que la relevancia actual de esta ineficiencia resulta discutible: Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge (MA), (1988), p. 392 y siguientes. Todavía menor fundamento tiene el argumento según el cual el monopolio comportaría necesariamente una disminución en la calidad de los bienes y servicios ofrecidos a los consumidores: ni en la teoría económica ni en la evidencia empírica existen fundamentos suficientemente fuertes de este punto de vista. Véase Oz Shy, *Industrial Organization. Theory and Applications*, MIT Press, Cambridge (MA), (1995), p. 315 y siguientes, e *infra*, p. 7-8.

⁸ Una motivación que puede no estar totalmente ausente de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas para combatir la morosidad en las operaciones comerciales.

3. Los diferentes problemas económicos que subyacen en las legislaciones de consumidores y de competencia

A partir de estos objetivos y beneficiarios finales comunes, sería fácil llegar a la conclusión de que las cuestiones económicas fundamentales implicadas como la aproximación teórica más adecuada a las mismas son también comunes en ambos sectores del Derecho. Intentaré demostrar que este punto de vista es equivocado y, además, que puede resultar especialmente dañoso para unos adecuados diseño y comprensión de la protección de los consumidores.

Aunque el incremento del bienestar de los consumidores se puede considerar como el fin primordial del derecho de la competencia y también de la legislación sobre protección de los consumidores, es muy sustancial la divergencia entre los problemas económicos que ambos conjuntos de reglas jurídicas están supuestamente destinados a regular. Argumentaré que la legislación sobre protección de consumidores es apta -y, consecuentemente, debería ser usada en primer lugar con esta finalidad- para remediar las ineficiencias en los mercados de consumidores derivadas de la existencia de un conjunto de fallos del mercado, como son la información imperfecta y particularmente, al menos para el segmento más "contractual" de la legislación de consumidores, la información asimétrica entre productores y consumidores. Así, la legislación sobre competencia está -y debe estar-, como argumenté en la sección anterior, vinculada principalmente a las ineficiencias derivadas de las estructuras monopolísticas de mercado y otras cuestiones conexas (prácticas colusivas y de exclusión⁹). La utilización de la legislación sobre protección de los consumidores para regular las materias de poder de mercado en perjuicio de los consumidores no es que únicamente sea inútil en la mayoría de los casos, sino que además nos aleja mucho del diseño y de la implementación adecuados de la legislación de consumidores, y puede comportar imprevistas consecuencias negativas para el bienestar de los mismos.

En primer lugar, demostraré que los efectos negativos para los consumidores derivados de la existencia de estructuras y prácticas monopolísticas son típicamente aquéllas que precisamente el derecho de la competencia está bien situado para abordar.

Como es bien sabido, y ha sido examinado someramente en la sección anterior, cuando existe sólo una empresa productora (o varias que actúan como un cártel), la producción está limitada y el precio de un bien o servicio se incrementa en perjuicio del bienestar de los consumidores y de la sociedad¹⁰. Con independencia de la magnitud del poder de mercado o del poder monopolístico de la empresa, ésta de ordinario y por ese mismo hecho, no

⁹ Como Gillian K. Hadfield, Robert Howse y Michael J. Trebilcock, "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", 21 *Journal of Consumer Policy* (1998), p. 150, expresan muy acertadamente, las políticas *antitrust* se centran en la estructura de los mercados y las políticas sobre protección de los consumidores en las estructuras de las transacciones con los consumidores.

¹⁰ Deben recordarse, sin embargo, las consideraciones mencionadas en el texto que acompaña a la nota 6 anterior.

tendrá incentivos para realizar otros tipos de comportamiento contractual que sean injustos o perjudiciales para el bienestar de los consumidores¹¹. Si los consumidores pueden observar las variables relevantes de la negociación (calidad del bien, adecuación de los derechos y obligaciones del contrato, exactitud de los mensajes publicitarios o de otro tipo, etc.), el monopolista tendrá generalmente los incentivos necesarios para ofrecer el nivel de calidad que los consumidores deseen en aquellos aspectos¹². Si la empresa ofreciese un nivel de calidad, –por ejemplo, en los derechos y obligaciones en caso de incumplimiento contractual–, menor que el preferido por los consumidores, ese hecho comportaría que el valor del incremento en la calidad para los consumidores superará el coste necesario para que la empresa proveyera esa calidad adicional deseada por los consumidores. Por definición, el monopolista no estaría maximizando su beneficio en esta situación, pues la empresa podría incrementar la calidad hasta el nivel deseado por los consumidores y podría aumentar el precio del contrato hasta una cuantía que compensara sobradamente a la empresa por los costes adicionales necesarios para conseguir la calidad adicional. En condiciones de información perfecta y simétrica entre monopolista y consumidores, tratar de engañar a éstos sobre la calidad con la finalidad de ahorrar costes de producción provocará sólo una menor predisposición del consumidor para comprar el bien o servicio y, consecuentemente, conduciría a precios más bajos y menores beneficios para el monopolista.

4. La irrelevancia del poder de mercado -y el desequilibrio en el poder de negociación- en la legislación sobre protección del consumidor

De acuerdo con la concepción comúnmente aceptada de la legislación sobre protección del consumidor y, en particular, en relación con el ámbito contractual, el desequilibrio entre los poderes de negociación de las empresas y de los consumidores aparece como una de las mayores (si no la mayor) fuentes de preocupación y fracaso en el proceso contractual, lo cual, se dice, hace necesaria la intervención correctora mediante medidas legales, a fin de

¹¹ Esta proposición es cierta en condiciones de información perfecta. No es necesariamente cierta con información imperfecta. Para una empresa monopolista (y también para una empresa competitiva, como veremos), los incentivos del mercado pueden fallar de tal modo que resulte un efecto dañoso para los consumidores, pero el problema real es, entonces, el fallo de información, y no la estructura monopolística.

¹² En términos más técnicos, la afirmación de que el monopolista ofrecerá el nivel socialmente óptimo de calidad en todas las variables apreciables del contrato se propone solamente en caso de existir una población homogénea de consumidores. Cuando los consumidores difieren en sus valoraciones y preferencias sobre la calidad (algunos estarían dispuestos a pagar un alto precio por ciertos derechos y obligaciones contractuales, mientras otros lo rechazarían), la empresa monopolista debería atender a las preferencias de calidad del consumidor marginal (el último que está dispuesto a contratar), y si éstos fueren más bajas o más altas que las de los consumidores inframarginales, la calidad sería demasiado baja o demasiado alta: A. Michael Spence, "Monopoly, Quality and Regulation", 6 *Bell Journal of Economics* (1975), p. 417. Para una presentación de estos resultados desde un punto de vista algo más jurídico, véase Richard Craswell, "Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships", 43 *Stanford Law Review* (1991), p. 361.

reequilibrar los poderes contractuales de ambas partes¹³. Éste es, hasta ahora, el punto de vista adoptado por el TJCE respecto de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, según el cual “[...] el sistema de protección introducido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor está en la posición débil respecto del vendedor o suministrador, tanto por lo que hace al poder de negociación como al nivel de conocimiento”¹⁴. Ésta es también la idea que expresan algunos analistas de la legislación sobre protección contractual de los consumidores¹⁵. Sin embargo, de acuerdo con el enfoque económico de la interacción bajo condiciones de información perfecta, este punto de vista carecería de sólidos fundamentos, al equiparar la restricción de la cantidad (que está justificadamente asociada con el monopolio) con la reducción de la calidad de las variables relevantes de la transacción, incluyendo derechos y obligaciones contractuales. El hecho de que exista una gran empresa monopolista contratando con un minúsculo (en términos económicos) consumidor, no suscita de por sí preocupaciones y sospechas sobre los términos de la negociación que la legislación sobre protección de los consumidores pueda adecuadamente regular y, eventualmente, mejorar. Los avances, en su caso, vendrán de la mano del derecho de la competencia, aunque con ello se afecte al precio pagado y a la cantidad negociada por todos los consumidores, y no a los términos del contrato individual.

¹³ La idea de que el ejercicio del poder económico sobre los consumidores es el principal fundamento tradicional implícito en las políticas sobre protección de los consumidores está también presente en Gillian K. Hadfield, Robert Howse y Michael J. Trebilcock, "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", 21 *Journal of Consumer Policy* (1998), p. 133; Pamaria Rekaiti y 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 acumulados C-240/98 a C-244/98 STJCE, *Océano Grupo Editorial SA c. Rocío Murciano Quintero y otros*.

¹⁵ Véase 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", en 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, en 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 más escéptico acerca del peso real que tiene la fe en la teoría del desequilibrio de los poderes de negociación tiene entre los juristas europeos. Para ser justo con los juristas, debe decirse que la fe en esta teoría fue compartida por la mayoría de los economistas antes del desarrollo de la economía de la información. Además, aparte de las cuestiones analizadas en esta misma sección, no es verdad que la información privada no esté relacionada con el poder de negociación en un juego o situación de negociación. De hecho, constituye una gran fuente de poder contractual o de negociación. Sin embargo, la información privada está lejos de estar perfectamente correlacionada con la extensión o dimensión económica (empresa frente a consumidor) y, de hecho, está muy presente en muchas transacciones entre consumidores (casas usadas o vehículos de segunda mano).

Es cierto, no obstante, que existen casos en los que se puede establecer un vínculo entre monopolio e información imperfecta. Las empresas que disfrutan de poder de mercado pueden tener incentivos para aprovechar, o incluso crear, las imperfecciones en la información disponible para los consumidores, especialmente con la finalidad de discriminar los precios entre diferentes grupos de consumidores en función de su habilidad para obtener o procesar la información relevante¹⁶. Éste y otros problemas conexos no exigen necesariamente la adopción de medidas de protección de consumidores destinadas especialmente a eliminar el poder de monopolio. Pueden entenderse y tratarse de forma más satisfactoria los anteriores problemas a partir de la información ofrecida a los consumidores en el mercado, en el que rara vez coinciden eficientemente el beneficio social marginal y el coste social marginal derivado de proveer tal información, con independencia de la estructura competitiva o monopolística del mercado de productos o servicios concreto (aunque las ineficiencias surgirían por motivos diferentes).

También existen circunstancias en las que una imperfección en la información disponible puede inducir a una empresa monopolística a alterar el nivel de calidad establecido en el contrato con el fin de maximizar beneficios. Pero no es la ignorancia de los consumidores sobre una variable relevante de la transacción la que conduce a este resultado, sino más bien la falta de información del productor la que lleva a ello.

Así, si los consumidores difieren en su valoración del bien o servicio, el monopolista maximizaría sus beneficios distribuyéndolos en grupos según sus preferencias respecto del pago (discriminación en los precios). Si el monopolista pudiese determinar rápidamente y sin dificultad el tipo concreto de consumidor, no se requeriría ningún cambio en el nivel de calidad de las cláusulas del contrato más eficiente. Pero si ignora el tipo al que pertenece un consumidor concreto, y su disposición a pagar está correlacionada con algún aspecto o elemento en los términos del contrato (por ejemplo, una cláusula que contempla la liquidación de daños en caso de incumplimiento contractual), el productor será propenso a introducir¹⁷ un menú de contratos con la finalidad de diversificar a los consumidores en grupos de acuerdo con su predisposición a pagar por el bien o servicio: por ejemplo, una modalidad de contrato incluiría una generosa cláusula de daños junto con un precio elevado y otra, en cambio, contendrá una cláusula de daños ineficientemente baja (la ineficiencia se introduce con el objetivo de evitar que consumidores de valoración alta opten por el contrato barato) junto con un precio reducido¹⁸.

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 y Steven Salop, "The Efficient Regulation of Consumer Information", 24 *Journal of Law and Economics* (1981), p. 507.

¹⁷ En términos técnicos, el hecho de que la iniciativa provenga de la parte desinformada (el productor, en este caso) hace que la interacción sea de *screening* y no de *signaling*. Véase a este efecto, Eric Rasmusen, *Games and Information. An introduction to Game Theory*, 3^a edición, Blackwell, Oxford, (2001).

¹⁸ Este es uno de los resultados principales de la teoría económica de la información imperfecta: véase Inés Macho-Stadler y David Pérez-Castrillo, *An Introduction to the Economics of Information. Incentives and Contracts*, Oxford University Press, Oxford, (1997). Para aplicaciones al derecho sobre daños contractuales

Podría pensarse que si la ley o los tribunales de justicia son capaces de identificar la existencia de un poder de monopolio que afecta a un conjunto concreto de consumidores heterogéneos en el que el monopolista ignore sus tipos, la legislación de consumidores debería regular la situación imponiendo un nivel mínimo de calidad en las cláusulas contractuales, para así evitar la introducción de las disposiciones ineficientes en los contratos predispuestos por el monopolista con la finalidad de discriminar los precios entre los diferentes tipos de consumidor. El problema de acudir a la legislación sobre protección de consumidores para que corrija las maldades del monopolio, es que su impacto en este ámbito es indeterminado y puede llegar a perjudicar a los consumidores. Por tres razones. Primero, porque si no se cubren mediante los estándares mínimos impuestos por la legislación de consumidores todas las cláusulas relevantes que un productor puede utilizar con esa finalidad de dividir en grupos a los consumidores, se produciría simplemente un desplazamiento en las distorsiones respecto de aquellas cláusulas no sujetas a las normas de protección de consumidores¹⁹. Segundo, porque a los legisladores, a las agencias reguladoras o a los tribunales les resulta más que complicado recopilar y elaborar toda la información necesaria para determinar de forma razonable el nivel óptimo de todos los términos contractuales relevantes. Finalmente, y como razón más importante, porque la imposición legal de niveles de calidad y términos contractuales para las negociaciones con consumidores en las que existe un vendedor monopolista puede inducir no a un mejor servicio para todos los tipos de consumidores, sino simplemente a un aumento en los precios que excluiría del acceso al producto o al servicio a aquellos grupos con una menor predisposición a pagar por él²⁰.

En conclusión, no parece que exista ninguna buena razón para involucrar a la maquinaria de la legislación de consumidores en la finalidad de combatir directamente los efectos negativos del monopolio y de las prácticas monopolísticas. Estos problemas debieran ser

y previsiones sobre incumplimiento en el derecho contractual, véanse Jason Scott Johnston, "Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules", 100 *Yale Law Journal* (1990); Ian Ayres y 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. Para un reciente estudio de toda esta literatura, véase 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 términos económicos más técnicos, que la regulación legal de las cláusulas contractuales podría no sólo llevar del originario y menos eficiente equilibrio de separación (*separating equilibrium*) (de separación porque cada tipo de consumidor obtiene una cosa diferente, en este caso, cada uno firma un contrato con cláusulas diferentes, algunas de los cuales, como hemos visto, son ineficientes) al más eficiente *pooling equilibrium* (pues no existe discriminación y todos los consumidores consiguen los mismos términos contractuales). Las cláusulas impuestas pueden comportar que la estrategia de maximización de beneficios para el monopolista sea la que lleve a otro equilibrio de separación distinto: uno en el que la separación responde a que el precio es tan alto que sólo los consumidores con una gran disposición a pagar obtendrán

resueltos prioritariamente por el derecho de la competencia, u otras ramas relevantes del Derecho, como la normativa pública reguladora del mercado²¹. Sin embargo, la legislación sobre protección de consumidores tiene una ventaja comparativa en lo que se refiere a (algunas de) las deficiencias en el funcionamiento de los mercados de consumo generadas a partir de una amplia y compleja variedad de fallos de mercado que pueden agruparse, de forma tal vez algo imprecisa, bajo la denominación de información imperfecta.

5. La legislación sobre protección del consumidor como un conjunto de instrumentos para reducir las imperfecciones de información en los mercados de consumo

En esta sección analizo cómo el enfoque económico de las imperfecciones en la información disponible en las transacciones en los mercados de consumo ofrece la mejor guía para la definición, alcance, perfiles e instrumentos, pero también para las limitaciones inherentes a la legislación sobre protección del consumidor. Otros principios alternativos no permiten la coherencia teórica y la contrastación empírica que la información imperfecta implica para esta área del Derecho. Además, tales alternativas dejan sin lugar a dudas en un nivel inferior a las preferencias de los consumidores y al bienestar social, que es lo que posibilita el entendimiento económico de la cuestión. No me detendré en un análisis pormenorizado de esas alternativas, pero una vez descartado (en la sección anterior) el poder de monopolio como fundamento de la legislación de protección del consumidor, me referiré brevemente a las motivaciones redistributivas y paternalistas del Derecho de consumo.

Las cuestiones sobre la distribución son de gran importancia para el bienestar social y, por tanto, constituyen un interés legítimo del sistema jurídico en su conjunto. Pero hay, pienso, razones convincentes que nos permiten pensar que un fuerte interés redistributivo en favor de los consumidores y en contra de las empresas no ofrece buenos instrumentos para una legislación de consumidores que funcione adecuadamente. El argumento es doble. Primero, la preocupación redistributiva puede soslayarse debido a los cambios en los precios del contrato: dado que habitualmente los consumidores y los productores son partes en una relación contractual, el intento de redistribución mediante normas sustantivas que favorezcan a los consumidores fracasará a consecuencia de los ajustes de precios y de otras cláusulas que compensen la pretendida redistribución²².

el bien o servicio y el resto no lo adquirirá. En este sentido, véase Fernando Gómez, *Previsión del daño, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, (2002).

²¹ En el mismo sentido, junto a los autores citados en la anterior nota 1, véase Christian Kirchner, “Justifying Limits to Party Autonomy in the Internal Market – Mainly Consumer Protection”, en 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 Véase 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,

Segundo, incluso cuando el intento redistributivo no quede neutralizado mediante reajustes contractuales, las reglas legales sustantivas (de Derecho privado o público) constituyen una herramienta menos afinada y efectiva para conseguir este resultado en comparación con el sistema tributario y las transferencias públicas a favor de ciertas personas o grupos²³.

Los argumentos en favor del paternalismo en la legislación sobre protección de consumidores son, en apariencia, y, en cierta manera, paradójicamente, no tan poco convincentes en términos económicos como los que favorecen la redistribución. La legislación de consumidores, y el sistema jurídico en general, pueden influir en las preferencias de los individuos y, en efecto, ser capaces de modificarlas de forma que se afecte con dicho cambio a las preferencias a largo plazo de los individuos. Por ejemplo, imponer un determinado nivel de información, de derechos y de medidas de protección de los consumidores, podría inculcar en estos una preferencia inexistente hasta el momento por derechos más amplios y, en este sentido, podría dar lugar a pautas de consumo más saludables que afectarían positivamente al bienestar de los consumidores a largo plazo, incluso cuando la mayoría de ellos no tuviesen tal preferencia al principio y no estuviesen dispuestos a pagar un precio superior por los derechos y medidas de protección otorgados por las normas legales. Desde una perspectiva económica, esta intervención legal paternalista debería calificarse favorablemente, pues, como hemos asumido por hipótesis, incrementa el bienestar social en el largo plazo. Obviamente, se trata sólo de una posibilidad teórica cuya plasmación práctica es más que dudosa. La probabilidad de que una motivación paternalista de los legisladores, agencias reguladoras y de los tribunales en el ámbito de la protección del consumidor se transforme en políticas y reglas de mejora del bienestar de los consumidores en su conjunto es muy incierta, al menos en mi criterio.

Working Paper No. 148 (2002). Por supuesto, no todos los autores están de acuerdo con ello: Ian Ramsay, "Consumer protection", en Peter Newman (editor), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. I, MacMillan, London, (1998), p. 413.

²³ Louis Kaplow y 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 y 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 centro del argumento es el siguiente: el uso de impuestos y transferencias como mecanismos redistributivos crea justamente una distorsión, en concreto en la disyuntiva entre ocio y trabajo. Las reglas legales sustantivas generan una doble distorsión: una, esta misma que acabamos de describir para los impuestos; la otra, la ineficiencia generada por una regla legal elegida no por sus méritos de eficiencia, sino por su efectividad redistributiva. De nuevo, algunos autores están en desacuerdo con esta visión pesimista de las normas jurídicas como instrumentos redistributivos: Christine Jolls, "Behavioral Analysis of Redistributive Legal Rules", en 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

No es descartable, ni muchos menos, que se den motivaciones redistributivas y paternalistas en la legislación comunitaria y en las legislaciones nacionales europeas sobre protección de consumidores. La consideración conjunta de los derechos de los consumidores y de los trabajadores en el artículo 95.3 del TCE puede ser una indirecta hacia la primera motivación, y algún texto de los preámbulos de las Directivas y de los programas de la Comunidad puede ser también interpretado como una insinuación hacia el paternalismo. Desde luego, económicamente ninguna de ellas ofrece una base confortable para construir el derecho europeo de protección del consumidor.

La información imperfecta, por el contrario, constituye un fallo del mercado capaz de proporcionar un punto de partida razonable para organizar nuestro conocimiento sobre el papel óptimo y los efectos probables de la legislación sobre protección del consumidor. Por supuesto, no deberíamos pensar que los mercados de consumo son los únicos en los que aparecen las imperfecciones de información. El derecho de sociedades, el derecho de seguros y el derecho general de contratos son áreas en las que los modelos económicos de información imperfecta tienen mucho que aportar para una mejor comprensión de las instituciones y de las normas jurídicas y para la predicción de sus efectos en los mercados del mundo real.

Por otra parte, no deberíamos pensar que los mercados de consumo están dominados del todo por la información imperfecta. Incluso si prescindimos de las reglas y obligaciones legales a este efecto, el nivel de información proporcionado y disponible por los participantes en los mercados de consumo no puede calificarse ni mucho menos de insignificante²⁴.

Los consumidores adquieren información sobre las características y las variables relevantes que afectan a la transacción de bienes y servicios por diferentes vías. En algunos casos, mediante la observación directa²⁵. En otros, aprendiendo a partir de la compra y el consumo repetidos²⁶. También pueden obtener información de terceros sobre los aspectos relevantes de la transacción económica, ya sean estos terceros personas conocidas o sean fuentes independientes públicas o privadas.

²⁴ Para un reciente estudio de los instrumentos que incrementan la información disponible para los consumidores, véase Thomas Wein, "Consumer Information Problems – Causes and Consequences", en 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. 80.

²⁵ En estos casos, los economistas hablan de bienes o cualidades de búsqueda ("search goods"), dado que la búsqueda puede hacer que los consumidores los conozcan.

²⁶ En estos casos, los economistas hablan de bienes o cualidades de experiencia ("experience goods"), porque los consumidores reciben la información relevante tras consumir el bien. Cuando incluso después del consumo las variables relevantes no son accesibles al consumidor, los economistas hablan de bienes de confianza ("credence goods").

Los propios productores son los mayores proveedores de información en los mercados de consumo. Mediante el etiquetado, las descripciones del producto y la información contractual, las empresas comunican gran cantidad de información a los consumidores de bienes y servicios. La publicidad tiene un papel central en la transmisión de información sobre la existencia del producto, los precios y sobre otros factores determinantes en las transacciones en el mercado. Y no sólo la llamada publicidad “informativa” cumple esta función positiva. También la publicidad que de forma aparente carece completamente de cualquier contenido informativo apreciable (como, por ejemplo, la publicidad de un producto realizada por personajes famosos) es apta para transmitir a los consumidores valiosas indicaciones sobre el nivel de calidad u otros importantes aspectos de la transacción: la publicidad y la reputación relacionada habitualmente con ella son mecanismos del mercado extremadamente poderosos que sirven para señalar de forma efectiva a los consumidores niveles de calidad adecuados, particularmente en los mercados de bienes de experiencia²⁷.

De forma aún más sorprendente, las fuerzas del mercado pueden, bajo determinadas condiciones, inducir a los productores a revelar a los consumidores o, más en general, a la contraparte en la transacción información desfavorable. En lo que es uno de los resultados más importantes de la economía de la información, puede demostrarse que, cuando la información privada que posee el vendedor es verificable (es decir, *ex post* puede determinarse si la revelación de información fue veraz), y el consumidor conoce que el vendedor posee información privada (aunque no conoce su contenido claro, porque entonces dejaría de ser información privada del vendedor), el vendedor revelará voluntariamente la información incluso si le es desfavorable (por ejemplo, que la calidad de su producto está por debajo de la media). Este resultado de *unravelling* es una consecuencia del hecho de que, dados los dos supuestos que he mencionado, los consumidores esperan de todos los vendedores que guardan silencio las peores noticias sobre el contenido de la información privada. Los vendedores que dispusieran de mejor información privada la revelarían voluntariamente. En efecto, los –cada vez menos– vendedores con buenas noticias pondrían en funcionamiento un proceso de revelación continuo, hasta que aquél que posee la peor información privada (por ejemplo, la peor calidad) fuese dejado solo al no revelarla. Y los consumidores entonces observarían que se confirman sus expectativas: sólo la peor información privada permanece sin revelar y el resto se revela voluntariamente²⁸.

²⁷ Respecto a esta función de garantía de la publicidad, véase Fernando Gomez, “The European Directive on Consumer Sales: An Economic Perspective”, en Stefan Grundmann y C. Massimo Bianca (editores), *EU Sales Directive Commentary*, Interscientia, Oxford , (2002) (en prensa), y la literatura que allí se cita.

²⁸ El resultado de *unravelling* fue desarrollado por Sanford Grossman y 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; y Sanford Grossman, “The Informational Role of Warranties and Private Disclosure of Product Quality”, 24 *Journal of Law and Economics* (1981), p. 461. Para una presentación menos técnica, con aplicaciones en diversos ámbitos del Derecho, véanse Douglas Baird, Robert Gertner y Randall Picker, *Game Theory and the Law*,

Pero aún cuando la cantidad de información suministrada a los consumidores mediante los mecanismos del mercado es muy importante, resulta innegable que en algunas circunstancias y para algunas transacciones en los mercados de consumo, el nivel de información se aleja de ser perfecto y existe un amplio margen para mejorar esta falta de información mediante normas jurídicas que tiendan a la corrección de los fallos de información del mercado.

Estos fallos de información tienen su origen en una amplia serie de factores. Primero, algunos participantes en el mercado pueden llevar a cabo prácticas fraudulentas y engañosas, generando en los consumidores representaciones erróneas que distorsionan sus decisiones y su comportamiento. Quizás debido a la incontrovertida caracterización del fraude, el error y el engaño como fenómenos reprochables, la realidad es que el papel de la legislación de consumidores para reprimir estas prácticas tan inefficientes en el mercado no se ha valorado suficientemente. Probablemente, los productores sin escrúpulos e interesados en obtener rápidamente beneficios son la mayor fuente de información errónea para los consumidores y quienes globalmente causan un mayor daño, y los esfuerzos para disuadir a este tipo de vendedor están entre las más valiosas aportaciones de las políticas de protección de los consumidores²⁹. Esto explica y justifica la existencia de la regulación contra la publicidad engañosa³⁰, así como sobre información exacta y sobre otros requisitos

Harvard University Press, Cambridge (MA), (1994), p. 89 y siguientes; Robert Gertner, "Disclosure and unravelling", en Peter Newman (editor), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. I, MacMillan, London, (1998), p. 605. Los estudios empíricos han proporcionado claras evidencias de la revelación voluntaria y del *unravelling*. Por ejemplo, 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, muestra como la información inobservable (el contenido de grasa) en las salsas para aliñar ensaladas está afectada por el *unravelling* (aunque no completamente), por lo que casi todos los productores de salsas ligeras en grasas van a revelar voluntariamente en la publicidad o en la etiqueta el contenido de grasas, mientras que los productores de salsas con alto contenido en grasas permanecerán en silencio.

²⁹ Curiosamente, se pueden observar algunas discrepancias entre las condiciones y las consecuencias de los mercados competitivos y las de aquéllos con una adecuada protección de los consumidores: es más esperable que los vendedores aprovechados y poco escrupulosos operen en un mercado cuando existen pocas -o virtualmente ninguna- barreras de entrada, cuando existen bastantes vendedores o cuando el nivel de entrada y salida del mercado desde el lado de los productores es alto. Todas estas condiciones son rasgos típicos de una estructura competitiva de mercado. Véase Gillian K. Hadfield, Robert Howse y 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 septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa, y Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997, sobre la inclusión de la publicidad comparativa en la publicidad engañosa. No hace falta decir que esto no comporta que la determinación de si un anuncio es equívoco o engañoso sea una tarea fácil. Cuestiones tales como el contexto, los argumentos implícitos, la heterogeneidad de los consumidores y la existencia de otros medios alternativos de información son relevantes para una investigación de este tipo. Para un análisis detallado de éstas y otras cuestiones sobre la regulación de la publicidad, desde una perspectiva económica véanse Richard Craswell, "Interpreting Deceptive

en la formación del contrato en aquellos mercados de consumo y en aquellas prácticas contractuales que implican con más probabilidad a una amplia proporción de empresas pequeñas y rápidamente extinguiébiles, como son los supuestos de ventas a domicilio, a distancia y electrónicas³¹.

La falta de información de los consumidores se puede deber a fenómenos sobradamente conocidos³² en el comportamiento de los consumidores, tales como la racionalidad limitada (capacidad limitada para adquirir y procesar información)³³, el exceso de optimismo, el uso de la heurística cognitiva (sesgos derivados del fenómeno de *hindsight*, excesiva confianza en la información fácilmente disponible, excesiva representatividad de pequeñas muestras, desconsideración excesiva de eventos futuros e inciertos, etc.) y la ignorancia racional (si adquirir información es –aunque sea poco– costoso para el consumidor, pero tener la información no cambiaría ni los términos de la transacción ni su uso futuro, el consumidor puede razonablemente sacrificar la adquisición de información e ignorar la variable relevante)³⁴.

La ignorancia de los consumidores debida a estos factores es difícil de mejorar. Las empresas tienen determinados incentivos para educar e informar a los consumidores con el fin de que estos problemas sean menos agudos en muchos casos. Pero los incentivos del mercado para las empresas no alcanzan el nivel socialmente apropiado de educación e información a los consumidores. Cada empresa individual no será capaz de internalizar todas las ganancias derivadas de incrementar la información de los consumidores, por lo cual su incentivo para proveerla será insuficiente comparado con las ganancias sociales

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 diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico.

³² Véanse Melvin Aron Eisenberg, "Cognition and contract", en 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 Además, la racionalidad limitada hace que algunos productores recurran más a la publicidad equívoca o engañosa: véase Matthew Nagler, "Rather Bait than Switch: Deceptive Advertising with Bounded Consumer Rationality", 51 *Journal of Public Economics* (1993), p. 359. Las investigaciones de los publicistas muestran cómo las restricciones legales son el factor más importante de influencia en la toma de decisión sobre el contenido y las políticas publicitarias: Joel Davis, "Ethics in Advertising Decisionmaking: Implications for Reducing the Incidence of Deceptive Advertising", 28 *Journal of Consumer Affairs* (1994), p. 380.

³⁴ El ejemplo más notable de este problema en los contratos con consumidores surge en el ámbito de los contratos con condiciones generales: leer y entender estas cláusulas es costoso para los consumidores -en tiempo y en esfuerzo- y, al no estar los términos sujetos a negociación, el consumidor desistirá normalmente de leer dichas cláusulas.

derivadas del incremento de la información. Por tanto, el mercado³⁵ no proveerá por sí mismo la cantidad óptima de educación e información para superar los factores que afectan a la ignorancia de los consumidores.

La legislación sobre consumidores puede, hasta cierto punto, establecer remedios parciales en algunos contextos, particularmente mediante obligaciones de revelación y la creación e imposición de un sistema estandarizado de medidas y de expresión de una o más de las variables relevantes en la transacción. Probablemente, el mejor ejemplo de este tipo de intervención legal es la tasa anual equivalente que la Directiva 87/102/CEE de 22 de diciembre de 1986, sobre crédito al consumo (modificada por las Directivas 90/88 y 98/7), impone como una obligación de revelación para los contratos de crédito a consumidores. En este caso, el elemento más relevante (pero no el único) en la transacción debe ser comunicado y de forma homogénea y -al menos relativamente- fácilmente entendible por los consumidores. De esta forma, serán más conscientes de la variable relevante y sus posibilidades de investigar qué condiciones del crédito son más atractivas se incrementan significativamente³⁶. También son comunes el etiquetado obligatorio y estandarizado y la revelación de información relacionada con la salud y la seguridad. En este caso, estudios experimentales y empíricos han mostrado que tienen un impacto positivo en las elecciones de los consumidores e incrementan su bienestar en los mercados respectivos³⁷. Además, los

³⁵ En este sentido, una vez más la estructura del mercado monopolístico se aproximará mejor que una competitiva a la provisión óptima de información, puesto que, en términos de beneficios, el monopolístico puede internalizar mejor las ganancias del incremento de información. Lo mismo sucede con la ignorancia racional: las empresas competitivas son más propensas a explotar la ignorancia racional de los consumidores que las monopolistas, porque las fuerzas competitivas pueden desatar una carrera a la baja (*race to the bottom*) para aquellas variables que el consumidor típico decide razonablemente ignorar.

³⁶ Las obligaciones de revelación estandarizadas son susceptibles de provocar a su vez algunos problemas, los cuales pueden tener un serio impacto económico: pueden inducir a los productores a concentrar sus esfuerzos de calidad en las variables incluidas en el estándar, a expensas de otras que quedan al margen de éste y que también pueden ser importantes para los consumidores. Además, estas exigencias de revelación pueden desplazar otras informaciones que el productor habría proporcionado, y que podrían resultar relevantes para los consumidores. Véase, Howard Beales, Richard Craswell y Steven Salop, "The Efficient Regulation of Consumer Information", 24 *Journal of Law and Economics* (1981), p. 523 y siguientes. En lo referente a la regulación específica de la revelación de información en los contratos de crédito al consumo, algunos autores la han criticado desde una perspectiva económica, destacando el incremento en los costes derivados de su cumplimiento y en los costes de litigación, los efectos negativos en el conjunto de condiciones del crédito y en los servicios al consumidor (variables no incluidas en la revelación estándar), y el hecho de que sólo los prestatarios mejor informados y más ricos son los que con mayor probabilidad se benefician. Véase Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 5th edition, Aspen Publishers, New York, (1998), p. 408; Richard Hynes y Eric Posner, "The Law and Economics of Consumer Finance", 4 *American Law and Economics Review* (2002), p. 194-195. Sin embargo, los estándares en la información contractual pueden resultar también eficientes debido a sus externalidades de red o de sistema (la adición de nuevos usuarios incrementa la utilidad derivada de los usuarios existentes).

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

períodos de reflexión, que permiten al consumidor desistir del contrato durante un plazo temporal limitado³⁸, pueden entenderse como una forma de reducir el impacto de la racionalidad limitada y de las deficiencias cognitivas en las transacciones con consumidores en las que estos problemas se presentan de forma más acusada³⁹.

Este hecho comporta otra fuente de falta de información de los consumidores, en concreto, la de los costes de búsqueda. Si estos costes son relativamente altos, los consumidores no estarán informados y por tanto los términos de la transacción (incluyendo el precio, incluso cuando el mercado es competitivo) podrán no ser óptimos⁴⁰. Las obligaciones de revelación y la estandarización de la información, como los supuestos mencionados en el párrafo anterior, también sirven para reducir los costes de búsqueda en varios mercados de consumidores y, de esta forma, mejorar su funcionamiento.

Las consideraciones anteriores no deberían inducirnos a pensar que el fundamento en la información imperfecta determina un límite infranqueable para las normas de protección

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 diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirientes de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

³⁹ Pamaria Rekaiti y 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 y siguientes, y p. 385 y siguientes, defienden que los períodos de reflexión, particularmente aquellos introducidos por la legislación comunitaria sobre protección de consumidores, son potenciales remedios para un comportamiento irracional, el monopolio situacional y las asimetrías de información. Sin embargo, algunos dudan acerca del impacto efectivo de estas medidas, apoyándose en que pocos consumidores ejercerían un derecho de cancelación que los obligara a admitir que fueron unos pardillos al firmar el contrato: ver Ian Ramsay, “Consumer protection”, en Peter Newman (editor), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. I, MacMillan, London, (1998), p. 412. Otros autores no sólo los consideran irrelevantes, sino que los critican por incrementar *ex post* el oportunismo de los consumidores: Hans-Peter Schwintowski, “Contractual Rules Concerning the Marketing of Goods and Services – Requirements of Form and Content versus Private Autonomy”, en 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.331y 346.

⁴⁰ Sin embargo, para obtener el óptimo en los mercados con costes positivos de búsqueda no es necesario que todos los compradores de dediquen a investigar las diferentes ofertas existentes. Cuando los productores no pueden diferenciar a los consumidores que han investigado las condiciones de contratación de aquellos que no lo han hecho, y cuando la proporción de los que investigan es suficientemente grande (pero no hace falta que sea el 100%, ni mucho menos), las condiciones serán óptimas, porque los productores preferirían vender a todos los consumidores en lugar de solamente a aquellos que no investiguen. Véase Alan Schwartz y Louis Wilde, “Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis”, 127 *University of Pennsylvania Law Review* (1979),

del consumidor que pretenden ser económicamente eficientes. En particular, los instrumentos del derecho de consumo pueden incluir no sólo medidas de incremento de la información, sino también obligaciones de revelación y de estandarización y prevención del engaño y del fraude. Además, las características de algunos problemas de información pueden (pero sólo “pueden”) sugerir que la regulación imperativa de algunas cláusulas contractuales es el mejor remedio para paliar los fallos de información del mercado. Ya he mencionado el caso de la ignorancia racional respecto del contenido de las condiciones generales de la contratación. La revelación de información y la existencia de reglas que la facilitaran podrían resultar insuficientes, dada la propia naturaleza de la falta de información (incluso un coste de información ínfimo induciría a los consumidores, racional e inteligentemente, a no leer la letra pequeña del contrato). La carrera a la baja en la calidad de las condiciones contractuales que puede derivar de este conjunto de características es uno de los factores que pueden fundamentar la necesidad de una regulación legal imperativa de un nivel de calidad o de un conjunto de derechos de los consumidores mínimos. Esto es precisamente lo que la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, hace en su artículo 3 y en el anexo. Por supuesto, es discutible que la Directiva haya conseguido un equilibrio óptimo en la determinación de la calidad de las cláusulas del contrato, e incluso si algún legislador o tribunal puede aspirar a hacerlo. Pero la teoría económica no excluye de por sí el uso de normas imperativas en este o similares contextos.

Además, si la revelación de información por parte de los productores que la legislación exige es compleja y, con ello, se aumentan los costes de procesamiento de ésta para los consumidores, puede (pero sólo “puede”) resultar preferible una prohibición total de un determinado producto o servicio por motivos de pura eficiencia. Éste sería el caso si la reducción en los costes de información supera los costes en que incurren tanto productores (pérdida de beneficio) como consumidores (pérdida de incremento de elección de producto o variedad) como consecuencia de la prohibición⁴¹.

Igualmente, en circunstancias en las que la asimetría en la información no afecta al consumidor, pero sí al vendedor, puede (pero sólo “puede”) una intervención imperativa ser atractiva por motivos de pura eficiencia. En este caso, el consumidor es quien posee información privada no observable por el productor. Esto puede suceder particularmente en los mercados de crédito, en los que el prestamista o profesional suele desconocer la probabilidad o la predisposición del consumidor a devolver el crédito. La información imperfecta puede favorecer el uso de cláusulas contractuales leoninas o de garantías que actúen como una señal de la pertenencia al tipo “bueno” de consumidor, que merece el crédito, porque tiene alta probabilidad y/o disposición a devolverlo, y no al tipo “malo”. Aunque algunas de estas “señales” son demasiado duras y, por tanto, indeseables para el

p. 630; Alan Schwartz y Louis Wilde, “Imperfect Information in Markets for Contract Terms: The Examples of Warranties and Security Interests”, 69 *Virginia Law Review* (1983), p. 1387.

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

bienestar global de los participantes en el mercado, pueden persistir a lo largo del tiempo (por el deseo de los buenos de que se les perciba como tales). Las normas jurídicas que establecen límites a estas cláusulas (por ejemplo, protección contra la insolvencia personal, bienes inembargables, entre otros) pueden (pero sólo “pueden”) ser eficientes bajo algunas de estas circunstancias⁴².

Sin embargo, estas últimas cuestiones han sido -sensatamente, en mi opinión- excluidas del ámbito material de la Directiva de crédito al consumo (con la excepción parcial de los límites a los derechos de terceros y a la representación, que, en teoría, se parecen a otros límites excluidos) y sujetas a los derechos de los Estados Miembros. De hecho, el conjunto de los derechos sustantivos (es decir, no relacionados con los incrementos de los niveles de información) de los consumidores, previstas por esta Directiva, permiten gran libertad para que los Estados Miembros desarrollen los principios generales esbozados al efecto por la Directiva, en contraste con la regulación detallada de las obligaciones de revelación que la misma Directiva contiene.

6. El alcance de los objetivos de promoción de la competencia en la legislación sobre protección del consumidor

Los argumentos presentados en las secciones previas proporcionan un soporte teórico a la independencia sustancial entre las funciones económicas de la legislación de consumidores y del derecho de la competencia, y a la necesidad de adoptar un enfoque diferenciado en cada uno de estos dos campos. A pesar de ello, existen casos en los que las consecuencias de la protección de los consumidores para la competencia son relevantes y deben recibir cierta atención. Doy ahora un ejemplo de lo que quiero decir con el equilibrio de las relaciones entre protección de consumidores y competencia.

La publicidad es particularmente propensa a incrementar las barreras de entrada que las empresas dominantes erigen frente a las potenciales entrantes. Los gastos elevados en publicidad, especialmente si están asociados con marcas comerciales reputadas, multiplican la predisposición y la lealtad de los consumidores, y pueden constituir barreras difíciles de superar por los aspirantes en ese mercado. Una forma en la que se manifiesta este fenómeno es mediante las campañas de publicidad agresiva que utilizan la comparación con la empresa ya establecida o enfatizan las ventajas de las aspirantes (en el precio o en otra característica), precisamente para combatir la barrera levantada por la empresa dominante. Al aplicar las reglas sobre protección de consumidores en el ámbito de la publicidad, debiera considerarse que para vencer las barreras a la publicidad impuestas por la empresa dominante, los aspirantes pueden necesitar una mayor libertad en cuanto a la agresividad de la publicidad comparativa y al nivel de sustantividad de las afirmaciones contenidas en sus mensajes publicitarios. Al final, la entrada de las nuevas empresas

⁴² Una discusión económica completa de estas medidas puede encontrarse en Richard Hynes y Eric Posner, “The Law and Economics of Consumer Finance” 4 *American Law and Economics Review* (2002), p. 168.

beneficiará a los consumidores mediante el incremento de la producción y la reducción de los precios. En definitiva, resulta eficiente que, en la aplicación de la normativa de protección de consumidores en el ámbito de la publicidad, las administraciones y los tribunales consideren los beneficios futuros que genera la campaña publicitaria para la competencia -especialmente si es la empresa dominante quien ha accionado por publicidad engañosa contra el agresivo entrante-.

Existen otros ejemplos (por ejemplo, algunas cláusulas contractuales como las de exclusividad y las de daños contractuales pueden servir también eventualmente para establecer barreras frente a potenciales competidores⁴³⁾), cuyo tratamiento excede del objetivo de estas páginas. Los beneficios derivados de la competencia son beneficios reales para la sociedad, y debieran tenerse en cuenta cuando se diseña, se interpreta y se aplica la legislación sobre protección de consumidores. Lo dicho no debe comportar que en este proceso cojamos un desvío de tal forma que olvidemos lo que creo es el papel adecuado y el fundamento económico de la legislación de consumidores y especialmente de la legislación comunitaria: regular los problemas de información imperfecta en los mercados de consumo. Son enormes los retos que la legislación sobre protección de consumidores en la Comunidad Europea encara al construir un marco legal consistente, al pretender incrementar la eficiencia en los mercados de consumidores, aún ampliamente (aunque ciertamente no siempre con la misma extensión) fragmentados por las barreras nacionales, culturales y lingüísticas. Cargar a las políticas de consumidores de la Comunidad Europea con el trabajo añadido de incrementar el grado de competencia en los mercados de consumo europeos no me parece una orientación acertada de política jurídica. Simplemente, el Derecho comunitario de consumidores, al igual que los Derechos privado y público nacionales, no está bien situado para poder cumplir satisfactoriamente.

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