



An Economic Analysis of Consumer Protection Law

Autor(es): Bill Merrilees y Nigel Cotman

Fuente: *The Australian Quarterly*, Mar., 1976, Vol. 48, No. 1 (Mar., 1976), pp. 79-95 Publicado por: Instituto Australiano de Política y Ciencia

URL estable: <https://www.jstor.org/stable/20634831>

JSTOR es un servicio sin ánimo de lucro que ayuda a académicos, investigadores y estudiantes a descubrir, utilizar y ampliar una amplia gama de contenidos en un archivo digital de confianza. Utilizamos tecnologías de la información y herramientas para aumentar la productividad y facilitar nuevas formas de investigación. Si desea más información sobre JSTOR, póngase en contacto con support@jstor.org.

El uso del archivo JSTOR implica la aceptación de los Términos y Condiciones de Uso, disponibles en <https://about.jstor.org/terms>.



El Instituto Australiano de Política y Ciencia colabora con JSTOR para digitalizar, preservar y ampliar el acceso a *The Australian Quarterly*.

JSTOR

Todos los usos están sujetos a
<https://about.jstor.org/terms>

Este contenido descargado de
132.174.250.76 el Lun, 02 Oct 2023 22:54:29 +00:00

Este contenido descargado de
132.174.250.76 el Lun, 02 Oct 2023 22:54:29 +00:00
Todos los usos están sujetos a <https://about.jstor.org/terms>

Bill Merrilees es profesor de Economía en la Universidad de Sydney.
Nigel Cotman es profesor de Estudios Jurídicos en el Kuring- Gai
College of Advanced Education.

Análisis económico de la legislación sobre protección de los consumidores

por Bill Merrilees y Nigel Cotman

El derecho de protección de los consumidores consiste, en esencia, en el uso de mecanismos jurídicos para repartir las pérdidas de los consumidores entre el comprador o usuario de bienes y servicios y el vendedor, fabricante u otros implicados en la producción y distribución de bienes y servicios.

La pérdida del consumidor puede producirse porque los bienes o servicios sean defectuosos (o simplemente no sean lo que el consumidor pensaba que iba a recibir) o porque los bienes o servicios sean tales que infligen algún perjuicio (físico o financiero) al comprador o a otra persona.

Evidentemente, no existe ninguna razón *a priori* por la que una de las partes *deba* soportar el perjuicio económico; es decir, por la que un perjuicio deba trasladarse de la persona que fue la causante inmediata del perjuicio a otra o dejarse a cargo de la causante inmediata del perjuicio.

El sistema jurídico presenta diversos enfoques de la "protección del consumidor" en un momento dado. Puede tratarse de soluciones sustantivas (o de ausencia de soluciones), es decir, de métodos para la transferencia de pérdidas, o de características de la maquinaria que ayudan (o impiden) la transferencia de pérdidas.

En este artículo se procederá a establecer modelos de regímenes de distribución de pérdidas. Se trata necesariamente de abstracciones de la realidad y no pretenden reflejar con exactitud el estado actual de la legislación, aunque se hará referencia a los sistemas legislativos o de common law que presenten características similares o representativas del modelo.

El concepto de "pérdida" es necesariamente amplio en el marco de este artículo y no siempre debe interpretarse en el sentido de pérdida, como lo es entendido en el sistema jurídico (por ejemplo, daños físicos o económicos). El término pérdida puede incluir tipos de daños no contemplados por los sistemas de indemnización aplicados por los tribunales, es decir, la "pérdida" puede incluir el daño al tejido social de intercambio y negociación; el daño al flujo de información o a la credibilidad de la información, etcétera.

No obstante, a efectos de la descripción de determinados aspectos del sistema jurídico, el término pérdida se limitará a los daños efectivamente sufridos por los particulares que serían indemnizables por los tribunales.

Modelos de distribución de pérdidas

Definiciones: A efectos de análisis, se adoptan las siguientes definiciones.

- (i) Comprador: La persona que adquiere bienes o servicios de un minorista.
- (ii) Usuario: Persona que utiliza bienes o servicios y que no es también comprador.
- (iii) Minorista: Persona que vende bienes o servicios al público o parte del mismo.
- (iv) Fabricante: Persona responsable de la creación o presencia de bienes o servicios en Australia que no es también Minorista.

a) No Remedio para nadie

El ordenamiento jurídico puede negar de hecho la posibilidad de que el usuario o el comprador transfieran las pérdidas, ya sea denegando un recurso legal o permitiendo que el minorista se exima de hecho de una responsabilidad que, de otro modo, podría imponérsele. Un ejemplo de esta situación puede ser la venta de bienes de segunda mano mediante subasta. Las condiciones de la venta pueden impedir una acción para recuperar las pérdidas por parte del comprador contra el minorista, además, la naturaleza de los bienes puede ser tal que ni el comprador ni el usuario tengan un recurso contra el fabricante o el minorista en una acción independiente del contrato (por ejemplo, por negligencia en la fabricación o inspección).

(b) Remedio solo para el Estado

El Estado puede prescribir o exigir una conducta a los fabricantes o minoristas que conlleve una sanción cuando se produzca una infracción, pero que no dé lugar a una reparación para un consumidor o usuario que haya sufrido una pérdida directa o indirectamente como consecuencia de la conducta.

El Estado puede utilizar el derecho penal para regular la conducta de fabricantes o minoristas en ámbitos como la publicidad. Una infracción de la ley penal puede dar lugar al castigo del infractor. La presencia o ausencia de un perjuicio real para el comprador o el usuario puede ser irrelevante para la definición del delito y, por tanto, para una condena por el mismo.

Como alternativa, el Estado puede recurrir a la regulación "administrativa" de una industria o actividad mediante la concesión de licencias para determinados tipos de conducta (con la prohibición de ejercer esa actividad sin licencia). El incumplimiento de las condiciones de la licencia puede dar lugar a la retirada del derecho a ejercer la actividad. Una vez más, el régimen administrativo y el recurso pueden no implicar la creación o facilitación de cualquier recurso del comprador o usuario ; esto puede deberse a que no es habitual que el consumidor o usuario sufra ningún perjuicio (por ejemplo, la venta de licores a menores) o a que el Estado considere que la sanción penal o administrativa es suficiente para satisfacer el interés público de regular la c o n d u c t a del fabricante o minorista.

(c) Recurso para el usuario, pero no para el comprador

El comprador puede encontrarse en una situación de desventaja relativa con respecto al usuario de bienes y servicios cuando i) el fabricante no tiene ninguna obligación legal para con el comprador y ii) el comprador ha permitido que el minorista se exima de cualquier obligación legal que pudiera tener para con el comprador, o iii) el fabricante es también el minorista y el comprador ha permitido que el minorista se exima. Si el fabricante o el minorista le deben un deber general de diligencia, el usuario puede ser indemnizado por las pérdidas, ya que no existe ningún obstáculo contractual a su acción. Puede surgir una obligación general de diligencia cuando un fabricante o minorista de bienes o servicios debería haber previsto que podrían producirse daños a terceros si los bienes eran defectuosos y no adoptó las medidas adecuadas para garantizar que se eliminaran o mitigaran los defectos. La "responsabilidad por productos defectuosos" es simplemente parte de la ley general de negligencia. La clase de personas a las que se debe el deber son aquellas que previsiblemente podrían resultar lesionadas por un defecto.

(d) Recurso para el Comprador pero no al Usuario

Esta situación es típica cuando el fabricante o minorista de bienes o servicios no tiene ninguna obligación general para con un comprador o usuario de bienes o servicios, pero el contrato entre el minorista y el comprador puede crear una obligación especial. Las obligaciones especiales derivadas de un contrato son lo que generalmente denominamos garantías y condiciones del contrato. En otras palabras, un contrato crea la obligación de cumplir las promesas realizadas en el contrato, que pueden incluir la cantidad, la calidad y las características de los bienes o servicios objeto de la negociación. Aunque el contrato puede crear obligaciones especiales, también puede negarlas, es decir, las partes acuerdan que determinados incumplimientos del contrato no serán indemnizables o acuerdan que determinadas situaciones no supondrán un incumplimiento del contrato. Dado que la obligación sólo surge en virtud de un contrato, sólo puede exigirse (o solicitarse una indemnización por el incumplimiento) si existe un contrato entre la parte que ha sufrido la pérdida y la parte a la que se pretende trasladar la pérdida. Para que el minorista esté obligado a indemnizar al comprador, o bien no debe intentar excluir su responsabilidad, o bien debe fracasar en su intento de excluir dicha responsabilidad en virtud de las cláusulas del contrato. Esta situación es representativa de la situación en el common law antes del desarrollo de la "responsabilidad por productos defectuosos" en el derecho de daños.

(e) Recurso tanto para el comprador como para el usuario

Las pérdidas sufridas por los compradores o usuarios pueden trasladarse al fabricante o minorista en dos situaciones: (i) cuando el fabricante o minorista tiene una obligación de diligencia con el comprador o usuario de los bienes o servicios o (ii) cuando el legislador ha creado "contratos legales" que prevén una relación cuasicontractual entre partes que, de hecho, no son partícipes de una verdadera transacción consensual, por ejemplo, cuando se permite a los usuarios o a las personas relacionadas con el comprador (familia, etc.) demandar por el incumplimiento de las garantías o condiciones del contrato entre el minorista y el comprador. Del mismo modo, el comprador u otras personas pueden demandar al fabricante a pesar de la inexistencia de un

contrato (véase la Ley de garantías de los fabricantes de 1975).

La parte (i) anterior está sujeta a la limitación de que el posible demandante debe ser capaz de señalar alguna conducta "culpable" de la persona a la que pretende trasladar su pérdida, porque la negligencia importa el concepto de culpa como ingrediente primario de la responsabilidad.

La responsabilidad de los fabricantes o minoristas basada en un contrato (o en un "contrato legal") es más beneficiosa para el consumidor porque: (a) sólo necesita demostrar un incumplimiento del contrato para establecer su responsabilidad, la "culpa" es inherente al incumplimiento y no el motivo del incumplimiento; (b) los tipos de "pérdida" indemnizable son más amplios que en la responsabilidad extracontractual porque el incumplimiento se define por referencia a las cláusulas del contrato, que pueden imponer mayores obligaciones de diligencia, pericia, conformidad con la descripción, características de funcionamiento, etc. que las que se exigirían al margen del contrato. La creación de los "contratos legales" desplaza significativamente el riesgo en las transacciones de consumo, tanto en términos de la magnitud del riesgo que puede trasladarse potencialmente a otro como de la gama de personas a las que puede trasladarse la pérdida.

(f) Remedio para Comprador o Usuario contra un Fondo de Seguros

Cuando el ordenamiento jurídico prevé una vía de recurso para el comprador o usuario de bienes o servicios que ha sufrido algún perjuicio como consecuencia de una transacción de consumo, también puede considerarse necesario prever un fondo definido al que pueda solicitarse una indemnización. Puede tratarse de un recurso exclusivo o adicional a otras posibles fuentes de compensación, es decir, el productor o el minorista.

El principio del fondo de seguro se aplica a los abogados (el Fondo de Garantía de Fidelidad creado en virtud de la Ley de Profesionales del Derecho de 1898 (N.S.W.)), los concesionarios de automóviles (el fondo de compensación creado en virtud de la Parte VI de la Ley de Concesionarios de Automóviles de 1974 (N.S.W.)) y otros, por ejemplo, los constructores. Los fondos pueden crearse a partir de gravámenes sobre las personas que ejercen su actividad en el sector en cuestión (por ejemplo, los concesionarios de automóviles), contribuciones de los compradores o usuarios de los bienes o servicios (por ejemplo, los abogados y los constructores) o, en circunstancias excepcionales, ingresos consolidados (por ejemplo, el "sistema Torrens").

La garantía de indemnización puede justificar que se limite el importe de la indemnización pagadera a cada demandante, aunque no siempre es así.

Es posible que el sistema de fondos de seguros no aumente los derechos sustantivos del consumidor, ya que no puede crear ningún recurso nuevo, pero el fondo puede simplificar el procedimiento de aplicación de un recurso existente o proporcionar un demandado estable para futuros litigios. En otras palabras, es posible que la persona que busque una indemnización tenga que demostrar la culpa en los distintos sentidos que se han definido anteriormente para poder acceder al fondo, pero los costes que conlleva la búsqueda de una solución pueden reducirse sustancialmente.

(g) Conclusión

Todos los modelos esbozados anteriormente reflejan actitudes ante la distribución de pérdidas que exhibe el sistema jurídico actual. Negar un recurso a un consumidor que ha sufrido algún tipo de pérdida por el hecho de serlo es tanto una postura definitiva sobre la asunción de pérdidas en la comunidad como un complejo cuerpo de normas para garantizar el traslado de esa pérdida del consumidor a un fabricante, minorista, agencia de publicidad o autoridad de ensayo.

La lógica económica o social subyacente al modelo o modelos de distribución de pérdidas que prevalecen en un momento dado en la sociedad en su conjunto o en diversos subconjuntos de la sociedad rara vez es enunciada con claridad por los responsables políticos. Es evidente que la actitud del sistema jurídico ante la distribución de pérdidas debe tener un impacto significativo en el sistema económico. Es tarea de la segunda parte de este documento evaluar el impacto económico de los modelos jurídicos presentados anteriormente.

Impacto económico de los modelos de distribución de pérdidas

Introducción: Si examinamos la típica transacción de consumo, en particular de bienes duraderos, es evidente que a menudo existe una gran incertidumbre sobre la naturaleza exacta del bien que se compra. De hecho, la existencia de averías, problemas para conseguir piezas de recambio, servicio posventa y garantías refleja este mismo punto. El bien en sí no es más que una parte de un paquete

completo.

Costes de transacción: Cualquier transacción incorpora una serie de costes cualitativamente diferentes: (a) costes de búsqueda; es decir, los costes de eliminar la incertidumbre sobre el bien o servicio adquiriendo información sobre el mismo (por ejemplo, (b) los costes reales de negociación y transacción, que dependerán en parte de la naturaleza del bien y del tipo de establecimiento minorista (por ejemplo, los supermercados suelen ser más baratos que las tiendas de barrio), (c) los costes de ejecución de los acuerdos celebrados, es decir, los costes de mantenimiento de las garantías, de las reclamaciones de los consumidores, de las acciones legales, etc.

(a) *No remedio para nadie*

En un sistema de responsabilidad del consumidor, la pérdida se impone al consumidor si se descubre un defecto en un bien después de la compra. Dado que el productor no es legalmente responsable de los bienes defectuosos, es probable que le reste importancia al alto rendimiento y fiabilidad limitando los gastos en investigación y desarrollo y en controles de calidad. La medida en que los productores pueden salirse con la suya depende de la capacidad de los consumidores para discernir la calidad y, por tanto, rechazar los productos de mala calidad. Por varias razones, esta capacidad de los consumidores parece muy limitada.

En primer lugar, la extrema complejidad y diversidad (una gama de más de 6.000 productos en muchos supermercados) de los productos básicos proyectados hacia los consumidores hace que la realización de pruebas exhaustivas sea una imposibilidad física. Pocas personas tienen la capacidad de comprobar científicamente el valor nutritivo de los alimentos o el rendimiento comparativo de los aparatos eléctricos. En segundo lugar, como se desprende de recientes investigaciones sobre prácticas comerciales, gran parte de la información facilitada a los consumidores está sesgada o es una mera conjetura. En tercer lugar, desde el punto de vista de la relación coste-beneficio, las actividades de búsqueda del consumidor se ven muy limitadas. A menos que el bien sea bastante caro (como un coche) o se compre con frecuencia (como un seguro médico), el beneficio de la búsqueda será bastante pequeño. Por el contrario, es probable que el coste de realizar exámenes o pruebas minuciosas de productos complejos sea elevado, sobre todo en términos de tiempo y energía.

En lugar de operar en un vacío total de fuentes de información los consumidores suelen confiar en las marcas como indicador de calidad, o preguntar a amigos que a su vez confían en las marcas. Sin embargo, esto dista mucho de ser deseable, ya que la relación entre marca y calidad es esencialmente espuria. Por ejemplo, como se detalla en *The Bulletin*, muchos minoristas venden marcas de la casa y marcas famosas a nivel nacional una al lado de la otra, a pesar de que la marca de la casa es a menudo idéntica a una marca más famosa. Por ejemplo, la marca Woolworths de guisantes congelados es la misma que la marca Birds Eye, aunque en marzo de 1974 tenía una diferencia de precio de nueve céntimos. En el mismo informe se citan otros veinte casos. Además, las revelaciones de Biffiieiiii son sólo la punta del iceberg. Las mismas prácticas se dan tanto en la fabricación (sobre todo de detergentes y productos farmacéuticos) como en la venta al por menor. Además, cada vez es más frecuente que las empresas "tomen prestadas" (a cambio de un precio, por supuesto) marcas de otras empresas, una práctica en la que los japoneses destacan. Incluso se dan casos de varias empresas que producen un mismo producto en una fábrica común (bombillas en Newcastle, por ejemplo) y luego reivindican rendimientos diferenciales de sus respectivas marcas. En general, los flujos de información de que disponen los consumidores son muy imperfectos.

Como se argumentará más adelante, a menudo será injusto o ineficaz, o ambas cosas, que un consumidor concreto soporte toda la pérdida resultante de un bien defectuoso, independientemente de la causa del fallo. Sin embargo, es evidente que hay algunos casos en los que puede ser justo y eficaz eximir de responsabilidades a los vendedores. En concreto, algunas actividades como las subastas podrían calificarse de búsqueda de riesgos. Las condiciones del "juego" de las subastas son tales que se da por sentada la incertidumbre, incluida la perspectiva de que el vendedor se marche pronto de un estado a otro o al extranjero.

En otros casos, puede que permitir la exención de la responsabilidad potencial esté justificado por motivos económicos. Por ejemplo, la mayoría de las estaciones de estacionamiento se eximen de responsabilidad por el robo o los daños de los coches que se dejan a su cuidado. La pérdida la asume inicialmente el propietario del vehículo. Sin embargo, dado que la mayoría de los propietarios de coches ya están asegurados o se autoaseguran voluntariamente, es probable que la situación de exención aquí descrita resulte más barata que si se obliga a las estaciones de

estacionamiento a contratar una protección de seguro especial que implique elevados costes administrativos. Al mismo tiempo, el riesgo de robo no es mayor debido al uso de la estación de estacionamiento.

(b) Remedio exclusivo del Estado

Se trata de corregir las distorsiones ("ruido") del mercado en su conjunto, más que las pérdidas derivadas de transacciones específicas. Las distorsiones pueden ser de una forma que impida la eficacia del mercado, como la publicidad engañosa que desdibuja los flujos de información, o de una forma que contravenga la ética comunitaria aceptada, como la publicidad señuelo, la venta piramidal o la venta por recomendación. Dado el objetivo de eliminar estas distorsiones y el hecho de que las pérdidas sociales superan con creces las pérdidas derivadas de una sola distorsión, es natural que el legislador imponga multas muy elevadas a estas infracciones. Gran parte de la Ley de Prácticas Comerciales de 1974 (Com.) está dirigida a reducir las distorsiones del mercado y su promulgación conlleva sanciones inusualmente elevadas. La multa de 100.000 dólares impuesta a Sharp Corporation por publicidad engañosa en relación con los hornos de microondas está concebida evidentemente como una advertencia a todas las empresas, así como un castigo a una de ellas. De hecho, la multa exacta parece arbitraria e irrelevante, como atestiguan los recientes casos de la Comisión Federal de Prácticas Comerciales. En cada caso simplemente resuena la advertencia de su predecesor.

A nivel estatal, las distorsiones del mercado se atacan en las diversas Leyes de Protección de los Consumidores y leyes conexas. Se prevén sanciones penales, aunque en menor medida que en la ley federal, mientras que se hace mucho más hincapié en las sanciones administrativas. Por ejemplo, si los constructores o los concesionarios de automóviles no cumplen las normas básicas de funcionamiento, se les puede retirar la licencia. Del mismo modo, las Oficinas Estatales de Consumo pueden dar publicidad negativa a las empresas que sigan realizando prácticas comerciales desleales.

En cuanto a los acontecimientos futuros, los artículos 62 y 63 de la Ley de Prácticas Comerciales parecen los más cruciales. Estas dos secciones permiten adjuntar a la Ley reglamentos que detallen tanto las normas de seguridad de los productos como las normas de información sobre los productos. Por supuesto, el principal obstáculo a este tipo de reglamentos es la cuestión de quién debe establecer las normas. Una miríada de organismos oficiales, semioficiales y privados, como el CSIRO, la Asociación Australiana de Normalización, los departamentos estatales y federales de agricultura y sanidad (incluido el Comité de estándares de comida), grupos universitarios, grupos de investigación de empresas o la Asociación Australiana de Consumidores, no representan un conjunto coherente de posibilidades. De hecho, la actual duplicación de la investigación científica en Australia es bien conocida. Sólo en Canberra hay tres laboratorios distintos de análisis del agua: uno en el Ministerio de Vivienda, otro en el Ministerio de Sanidad y otro en el Ministerio del Territorio de la Capital. Como mínimo, se necesita un organismo coordinador que resuelva los conflictos y elabore un conjunto uniforme de normas. La creación de un organismo coordinador ha sido un tema muy controvertido. En marzo de 1975 se produjo una disputa interna en el Partido Laborista entre el Fiscal General (Sr. Enderby) y el Ministro de Ciencia (Sr. Morrison) sobre quién debía tener el control ministerial de las disposiciones relativas a los consumidores de la Ley de Prácticas Comerciales'. En abril de 1975, el Consejo de Ministros resolvió la disputa a favor del Ministro de Ciencia, que se encargaría de lo que ahora se denomina Autoridad Australiana de Protección de los Consumidores". Sin embargo, la llegada de un nuevo gobierno en diciembre de 1975 ha puesto en entredicho el futuro de la autoridad, por lo que parece que la Comisión de Prácticas Comerciales se encargará de la protección de los consumidores bajo las disposiciones de la Ley de Prácticas Comerciales.

Los efectos de eficiencia de este modelo de distribución de pérdidas parecen favorables. Consideremos los tres tipos de costes de transacción para el consumidor señalados anteriormente.

En primer lugar, la restricción de la publicidad engañosa, la publicidad señuelo, etc., aumentará la calidad de la información y, por tanto, mejorará la actividad de búsqueda de los consumidores. Sin embargo, debido a las sanciones asociadas, existe el peligro de que disminuya la cantidad de información. Para evitarlo, es necesario activar los artículos 62 y 63 de la Ley de Prácticas Comerciales. Aunque los Estados han comenzado a promulgar leyes en este ámbito, "han dejado claro" que se trata de un área en la que lo mejor es que actúe el Gobierno federal. El recién elegido gobierno liberal se ha hecho eco de estos sentimientos.

En segundo lugar, parece factible que también se reduzcan los costes de las transacciones. Al disminuir la capacidad de supervivencia de los bienes debido a la diferencia "percibida" y no "real" en la especificación del producto, la gama de bienes ofrecidos debería disminuir. En consecuencia, tanto los fabricantes como los minoristas podrán obtener economías de escala. Una gama más reducida de productos también reduce nuestra primera dimensión del coste de transacción, al facilitar el proceso de selección del consumidor. Otra forma en que las nuevas leyes podrían disminuir los costes de transacción es reduciendo el tiempo dedicado a la negociación y el regateo. Esto parece una posibilidad real con la desincentivación de la publicidad de cebo. No obstante, la reducción de la gama de productos no está exenta de desventajas aparentes. En particular, parece que se reduciría la libertad de elección: menos productos disponibles y menos productos nuevos en el mercado. Pensemos, por ejemplo, en la legislación que exige pruebas más exhaustivas de los medicamentos antes de su comercialización. Los beneficios son evidentes: es menos probable que ocurran tragedias como la de la talidomida o el cáncer provocado por los envoltorios de plástico autoadhesivos. Lo que no está tan claro son los costes de esta legislación. Nuevos medicamentos que se retrasan en ser aprobados significan la pérdida de vidas que podrían haberse salvado. Una estimación afirma que negar al público un solo medicamento tan valioso como la penicilina causaría más daño que todos los medicamentos inseguros que han causado desde que se desarrollaron los medicamentos modernos.

Una cuestión como la libertad de elección se basa en gran medida en juicios de valor. Nuestra opinión es que la comunidad estaría a menudo mejor con una gama más reducida de productos. Dado que esto se consigue en parte eliminando los elementos sesgados y espurios de los flujos de información, en realidad es probable que aumente la elección efectiva frente a la nominal. Por otra parte, un flujo reducido de innovaciones médicas y de otro tipo resulta desconcertante. Sin embargo, el retraso de Australia en la televisión en color no ha sido demasiado doloroso, y nos ha garantizado uno de los mejores sistemas de telecomunicaciones del mundo, convenientemente depurado. El mismo tipo de compensación se aplica a las innovaciones médicas. Es decir, los retrasos en la aprobación de medicamentos reducen el riesgo de futuros percances a costa de un mayor sufrimiento en el presente. En lo que respecta a la experimentación humana, deberíamos ser reacios al riesgo e insistir en la realización de pruebas exhaustivas, especialmente cuando los beneficios potenciales de los nuevos fármacos son muy inciertos. Parece un punto de referencia piadoso basar todo un programa político en la imponderable posibilidad de otra "penicilina".

La tercera dimensión de los costes de transacción tiene que ver con la vigilancia de modelos alternativos de distribución de pérdidas. La reparación por parte del Estado parecería mixta en términos de esta tercera dimensión del coste de transacción y, por tanto, mixta en términos de eficacia económica. Si consideramos el establecimiento de nuevas normas de seguridad e información sobre los productos, es evidente que el CSIRO y otros organismos tendrán que intensificar la investigación. Además, la aplicación de estas normas exigirá más inspectores que controlen los productos alimenticios, las alfombras, los concesionarios de automóviles, etc., así como mayores recursos para los tribunales y juzgados. La mayor parte de estos gastos se financiarán con impuestos. El efecto sobre los costes administrativos del gobierno no es fácil de evaluar, ya que depende en gran medida de la discrecionalidad concedida al sector privado. No cabe duda de que el CSIRO y otros organismos ya cuentan con un gran volumen de investigación, por lo que sólo estamos hablando de incrementos. Dado que una parte de esta investigación se desaprovecha o se ignora, la nueva legislación presenta ventajas evidentes.

Sin embargo, es posible que existan alternativas más eficaces para mejorar los flujos de información en el mercado. El gobierno podría concentrarse en las iniciativas del sector privado utilizando incentivos como becas de investigación, primas a la inversión y subvenciones a las empresas proveedoras de información (como las estaciones de inspección de la NRMA o la revista *Choice*) y estudiando revisiones constructivas del sistema de patentes. Hasta cierto punto, el Gobierno ya actúa en estos ámbitos, sobre todo en lo que respecta a las ayudas a la investigación. En otros ámbitos, se considera que el gobierno es contraproducente, especialmente en lo que se refiere a las tarifas postales (¿impuesto sobre la información?) y la disuasión de los mensajeros privados.

En el lado más positivo de los costes de vigilancia de este modelo de distribución de pérdidas está la eficacia del Estado frente a los particulares atacando las distorsiones del mercado.

Los recursos financieros y organizativos del Estado hacen que sea menos probable que se vea disuadido por la "fricción" impuesta por el proceso legal. Al mismo tiempo, los recursos jurídicos

del Estado son finitos, por lo que sus actividades policiales se ven limitadas en cierta medida.

Como último punto de esta sección, ¿es injusto para una empresa concreta tener que soportar una sanción muy elevada por una única distorsión que supera con creces las pérdidas directas de dicha distorsión? Aunque las empresas originales fueron presumiblemente seleccionadas de forma arbitraria, las multas impuestas por la Comisión de Prácticas Comerciales no fueron injustas. El riesgo de sanciones elevadas se había explicitado en la Ley en septiembre de 1974 y no era difícil evitarlo. Las empresas afectadas habían aceptado voluntariamente la incertidumbre de si se descubriría y sancionaría cualquier infracción de la Ley.

(c) Recurso para el usuario pero no para el comprador

Aquí se hace hincapié en el examen de los efectos de eficiencia derivados de la responsabilidad extracontractual cuando no existe protección contractual. La responsabilidad extracontractual suele derivarse de la conducta negligente del demandado. El beneficio de la responsabilidad extracontractual es que permite al consumidor perjudicado devolver el golpe a los fabricantes y otros vendedores remotos. Este beneficio es evidente. Sin embargo, un recurso basado en la negligencia tiene un inconveniente considerable si se compara con la responsabilidad contractual (sin tener en cuenta las cláusulas de exclusión) debido a la necesidad de que el demandante/consumidor pruebe la culpa imputable al demandado. Simplemente no basta con que el demandante pruebe que los bienes o servicios eran defectuosos y/o causaron daños (como ocurre en los contratos); debe ir más allá y demostrar que, o bien el defecto sólo puede explicarse por una conducta inferior a la norma (la regla de la prueba *res ipsa loquitur*), o bien que el demandado hizo algo (o no hizo algo) que, dadas las circunstancias, no debería haber hecho (o debería haber hecho) y que ese acto u omisión causó el defecto denunciado.

El problema de la prueba de la negligencia, aunque sólo deba probarse en función de las probabilidades, no es una cuestión que deba tratarse a la ligera. Sobre todo, cuando existe una disparidad radical de información y conocimientos entre el posible demandante y el demandado.

El segundo problema importante de la negligencia como causa de acción es que el estándar de conducta impuesto al demandado es el del "hombre razonable" en el lugar del demandado. Aunque esta norma es obviamente objetiva por naturaleza, en el sentido de que implica la evaluación de la conducta del demandado con respecto a un criterio externo, los métodos para derivar ese criterio son pueden ser contraproducente para crear un clima que mejore la seguridad de los productos.

El elemento de contra productividad se genera por el uso por parte del tribunal de pruebas de "práctica común" como base para determinar lo que un "hombre/productor razonable" habría hecho. Estas pruebas, a menos que reflejen claramente una conducta "subestándar" en toda la industria a la luz de los riesgos implicados, son difíciles de rechazar como base para evaluar la conducta del demandado. Por lo tanto, a menos que los tribunales estén convencidos de que la industria está creando riesgos intolerables con su conducta, el statu quo puede mantenerse sin riesgo indebido de que se imponga a productores, distribuidores u organismos de inspección individuales la responsabilidad por los daños potenciales contra los que no se ha luchado. En otras palabras, los tribunales se han mostrado reacios a convertir a los productores, distribuidores u organismos de inspección en aseguradores absolutos del consumidor perjudicado por bienes o servicios defectuosos. La responsabilidad de indemnizar sólo surge cuando se prueba la negligencia y ésta se aprecia en función de una desviación de la conducta "ordinaria".

Los efectos de la responsabilidad extracontractual afectan principalmente a nuestra primera y tercera dimensión de los costes de transacción. A la luz de lo anterior, está claro que los productores tendrán un incentivo para realizar algunos esfuerzos para mitigar el riesgo de defectos del producto en la medida en que se les impongan responsabilidades extracontractuales. Sin embargo, también está claro que los tribunales no insistirán en unos niveles muy altos de rendimiento de los productos, por lo que los productores tendrán cierta holgura en lo que se espera de ellos. Así, aunque los fabricantes suelen ser más capaces de controlar el riesgo de defectos mediante técnicas de control de calidad, la actitud de los tribunales a la hora de aplicar la responsabilidad extracontractual hace que gran parte de las pérdidas derivadas de los defectos recaigan sobre el consumidor. Es evidente que este modelo de distribución de las pérdidas contiene un elemento de ineficacia.

Sin embargo, es evidente que los costes policiales son una fuente de ineficacia aún mayor. El

problema de probar la negligencia significa que el consumidor perjudicado no tiene la certeza de un veredicto favorable, mientras que, al mismo tiempo, el coste de reunir y presentar pruebas es especialmente elevado. Esta combinación disuade de presentar demandas. En los casos de responsabilidad extracontractual, no es infrecuente que los honorarios de los abogados superen un tercio de la indemnización total, por lo que no se puede subestimar el coste en recursos de la vigilancia de la responsabilidad extracontractual. De hecho, el coste en recursos de la responsabilidad policial ha impulsado un alejamiento de la culpa como base de la responsabilidad en varios ámbitos del derecho, en particular la indemnización por daños personales en Nueva Zelanda y la indemnización de los trabajadores en Nueva Gales del Sur.

Id) Remedio al comprador pero no al usuario

Una acción contractual se basa en un acuerdo expreso o implícito sobre las "normas" que vincularán a las partes del contrato. En su sentido más amplio, el modelo contractual de distribución de pérdidas puede entenderse de manera más flexible con partes negociando los términos de un contrato, incluyendo la asignación de riesgos. A falta de cláusulas de exención específicas, la negociación y la remuneración que implica el contrato justifican, a ojos de los tribunales, que el vendedor se convierta en "asegurador" contra los defectos de los bienes o servicios vendidos.

La flexibilidad del contrato puede verse en la elección del consumidor entre una pequeña casa de descuento y unos grandes almacenes a la hora de comprar un electrodoméstico. Estos últimos suelen ser más caros, pero más fiables en términos de servicio postventa. Cada consumidor es libre de sopesar el precio y el riesgo de un servicio posventa deficiente, y los más reacios al riesgo prefieren los grandes almacenes. Incluso con un minorista determinado, por ejemplo un concesionario de coches usados, hay margen para variar las condiciones del contrato, con las consiguientes variaciones en el precio.

En realidad, la flexibilidad y, por tanto, la eficacia de la responsabilidad contractual como medio de trasladar el riesgo se reducen considerablemente. Como ya se ha mencionado en una sección anterior, el uso de nombres de marca o marcas comerciales (que se perciben como "cuasi-garantías") es una forma nebulosa de juzgar la calidad y el riesgo. El marco en el que se toman las decisiones *antes de* firmar un contrato está muy distorsionado. Esto es importante porque el desigual poder de negociación entre las empresas y los consumidores individuales, más el deseo de las empresas de minimizar sus propios costes de transacción, significa que la venta típica se realiza sobre la base de "lo tomas o lo dejas". Por lo tanto, la elección efectiva es entre minoristas en lugar de la negociación de un contrato con un minorista determinado. Peor aún, la tendencia es que las condiciones básicas del contrato sean uniformes en todo el sector. De hecho, cada vez es más habitual que las garantías de determinados productos sean muy similares: los seguros, la construcción de nuevas viviendas o los electrodomésticos son ejemplos típicos.

La existencia de garantías en las relaciones contractuales traslada, por supuesto, gran parte de la carga de las pérdidas al minorista. Por lo tanto, las garantías (tanto implícitas como explícitas) se convierten en una forma de distribución del riesgo, de forma que la carga de un bien defectuoso se reparte entre todos los clientes en lugar de entre un cliente concreto y arbitrario. Esta ventaja de la equidad se ve matizada por la limitación de la cobertura de la garantía mencionada anteriormente. También parece probable que la situación sea en general más eficiente que en el caso de la responsabilidad del consumidor porque los minoristas son más capaces de controlar el riesgo de defectos que los consumidores como individuos. En primer lugar, los minoristas son más capaces de prevenir los defectos mediante una elección más cuidadosa de los proveedores. El hecho de que los minoristas compren productos con más frecuencia y en mucho mayor volumen y con más información en la retroalimentación de los clientes hace que sea mucho más económico buscar productos más fiables. En segundo lugar, aunque los minoristas no fueran más capaces de prevenir los defectos que los consumidores, está claro que la función de seguro de un minorista, que estaría integrada en su precio, tiene un coste administrativo mucho menor que el de miles de consumidores que intentan asegurarse por separado.

(e) Remedio tanto para el comprador como para el usuario

El primer caso que analizaremos es la imposición de garantías legales a los minoristas y/o la prohibición de cláusulas que pretendan excluir la responsabilidad por el incumplimiento de deberes

legales y/o de common law.

La Ley de Venta de Bienes de 1923 (N.S.W.) impone garantías y condiciones legales al vendedor de bienes (arts. 18, 19 y 20) y, además, con respecto a las "ventas al consumidor", anula cualquier disposición que pretenda excluir los términos legales (art. 64). En virtud de la Ley de Transacciones de los Consumidores de 1972 (IS.A.), las cláusulas de exclusión son nulas a menos que se pongan en conocimiento del consumidor (art. 10).

Cuatro Estados australianos han impuesto garantías legales de tres meses a los concesionarios que venden coches usados por más de 1.000 dólares". En ausencia de tal requisito, la garantía habitual sería de aproximadamente un mes. Teniendo en cuenta que se trata de un bien de segunda mano complejo y que se sabe que requiere un flujo constante de reparaciones, al menos menores, el período de un mes puede no ser tan irrazonable. De hecho, lo que es posiblemente poco realista es la expectativa irreal de los compradores de coches usados de que su compra particular requerirá una atención mínima. El efecto de las garantías legales es, por lo tanto, imponer una función aseguradora mucho mayor a los vendedores de coches usados, lo que se reflejará aún más en los precios de los coches usados. Es poco probable que los grupos de población con mayor aversión al riesgo y de ingresos medios se quejen de este cambio, mientras que los grupos con menor aversión al riesgo y de ingresos bajos se sentirán claramente perjudicados. Sin embargo, los grupos más propensos al riesgo siguen teniendo la oportunidad de negociar las condiciones, en la medida en que la garantía no cubre los defectos de patente, detallados en el momento de la venta.

Al igual que en nuestro modelo anterior de distribución de pérdidas, la función aseguradora de las garantías se ve complementada por el hecho de que los minoristas son más capaces de controlar el riesgo de defectos que el comprador medio de automóviles. Ello se debe a la existencia de mejores instalaciones de inspección y reparación y de personal mejor formado, así como a las ventajas de prevenir la aparición de pequeños problemas mediante una actuación temprana. Por lo tanto, en sentido absoluto, la imposición de garantías legales es más eficaz que un método de distribución de pérdidas que imponga pérdidas al consumidor.

El segundo caso que analizaremos es la imposición de contratos legales entre un consumidor y vendedores a distancia. Anteriormente prevalecía la doctrina de la "privity of contract", que significaba que un fabricante no era responsable contractualmente ante el consumidor de ninguna garantía implícita sobre la calidad de los bienes porque no es parte de un contrato con el consumidor. La Ley de Transacciones Comerciales (Disposiciones Diversas) de 1974 (N.S.W.), al insertar la Parte VIII en la Ley de Venta de Mercancías de 1923 (N.S.W.), fue una de las primeras leyes australianas en introducir explícitamente la doctrina de la relación contractual directa. En virtud de esta parte, el fabricante o importador puede ser responsable ante el consumidor por los bienes defectuosos. De manera similar, la Ley de Garantías de 1975 (S.A.) otorga a los consumidores derechos frente a los fabricantes en relación con las garantías implícitas sobre la calidad de los bienes. La Ley de Australia Meridional también ofrece una garantía implícita relativa a la disponibilidad de piezas de recambio para bienes de consumo duraderos durante un "período razonable" a partir de la fecha de fabricación. Un autor¹ ha sugerido que, en relación con los televisores en color, cabe esperar que un "período razonable" sea la vida útil de un tubo de imagen, es decir, entre 5 y 10 años. La exención de dicha garantía podría ser válida si el fabricante no se comprometiera a la disponibilidad de piezas de recambio (poco probable, por supuesto) o si el fabricante no previera fácilmente la escasez de piezas de recambio. Esta última defensa parece dudosa a la luz del comportamiento pasado con los televisores en blanco y negro, de los que sólo sobreviven seis de las treinta y cinco marcas iniciales".

Las implicaciones económicas de responsabilizar al fabricante sobre una base "contractual" en lugar de extracontractual son bastante profundas. Se trata claramente de una nueva época en la elaboración de la legislación. A continuación examinaremos cada uno de los tres tipos de costes de transacción.

En primer lugar, las mayores responsabilidades de los fabricantes que se derivan de las garantías implícitas legales les sitúan en una función de aseguramiento mencionada anteriormente con las garantías legales de los minoristas. En esta situación, el fabricante tiene que decidir entre cuatro vías de actuación:

- (a) reasegurarse contra posibles reclamaciones futuras de garantía;
- (b) autoasegurarse contra la misma;
- (c) reducir el riesgo de defectos mejorando los procesos de producción o los controles; o

(d) alguna combinación de(a) a (a).

Es evidente que el proceso de búsqueda del consumidor se verá facilitado por la protección del seguro inherente a las garantías legales. La necesidad de elegir cuidadosamente entre productos con distinto riesgo de defectos es sustancialmente menor, ya que la carga de la pérdida recaerá en el fabricante o el minorista.

Una característica destacada de este método de distribución de pérdidas es que la carga de las pérdidas recae en el grupo que, por lo general, está en mejores condiciones de controlar los riesgos implicados. Está claro que es mucho más fácil y eficaz que unas pocas grandes empresas lleven a cabo investigaciones y pruebas científicas y etiqueten los resultados que cinco millones de hogares intenten abortar la misma tarea. Del mismo modo, el uso de técnicas de control de calidad en el proceso de producción sólo está al alcance del fabricante. Por lo general, a la empresa le resultará más barato mejorar sus procedimientos de control de calidad que hacer frente a los costes de reparar varias veces una mercancía defectuosa.

En Australia parece haber mucho margen de mejora. En julio de 1974, la Organización Australiana para el Control de la Calidad calculó que la mala gestión de las fábricas australianas, que daba lugar a productos de calidad inferior, costaba a los consumidores 800 millones de dólares al año. Se produciría otro ahorro colateral porque los esfuerzos de búsqueda de los consumidores disminuirían al aumentar la fiabilidad de los productos. La probabilidad de que el fabricante responda positivamente en la prevención de defectos es claramente mucho mayor que en el modelo de responsabilidad extracontractual porque la probabilidad de responsabilidad del productor por un defecto típico es mucho mayor. Esto ya se ha explicado anteriormente.

Aunque el esfuerzo de investigación y la respuesta de control de calidad de los fabricantes se ven inducidos por la existencia de garantías, parece que el consumidor sale mejor parado que si las garantías son la única fuente de protección del consumidor. Una razón para ello ya la hemos mencionado, a saber, que generalmente es más barato prevenir un defecto que repararlo. Otra razón se refiere a los molestos costes de la activación de las garantías; como el tiempo y las molestias de hacer cola y regatear por una lata de fruta defectuosa de 30 o 40 céntimos; o de tardar tres llamadas telefónicas, dos citas incumplidas y 17 días para que un técnico arregle una estufa nueva. La mejora del control de calidad es una solución más eficaz, estimulada y complementada por garantías más eficaces. De hecho, mientras que las nuevas garantías legales para los coches usados en N.S.W. parecerían dejar obsoleto el servicio de inspección previa a la compra que ofrece la NRMA, el deseo de evitar los molestos costes de un "limón" bien podría mantener viable el servicio de la NRMA. Este coste adicional podría aliviarse si la garantía legal se hubiera dirigido más al fabricante de automóviles que al concesionario.

Nuestra segunda dimensión de los costes de transacción, los costes de la transacción real, también debería reducirse. La necesidad de las empresas de gastar más en investigación y control de calidad reduciría la gama de productos ofrecidos y fomentaría así las economías de escala. Del mismo modo, la existencia de garantías legales debería reducir el regateo sobre las condiciones de venta en las transacciones.

Nuestra tercera dimensión del coste de transacción se refiere al coste de hacer cumplir los acuerdos. La situación de los consumidores individuales que emprenden acciones legales en virtud de un contrato legal es menos complicada que en el caso de la responsabilidad extracontractual. Con una probabilidad de éxito mucho mayor, el consumidor perjudicado económicamente (o de otro modo) es más capaz y probable que proceda o amenace con proceder ante los tribunales. Al mismo tiempo, existe una tendencia creciente a utilizar mecanismos de arbitraje y conciliación más informales para tramitar las reclamaciones de los consumidores, especialmente en los Tribunales de Reclamaciones de los Consumidores creados en virtud de la Ley de Tribunales de Reclamaciones de los Consumidores de 1974 (N.S.W.). Es evidente que la introducción de contratos legales aumenta el alejamiento de la responsabilidad extracontractual y fomenta así el movimiento hacia tribunales informales. El consiguiente ahorro de tiempo, costes administrativos y hostilidad aún no se ha materializado plenamente.

En contra de este aspecto positivo de la vigilancia de los sistemas de distribución de pérdidas está el hecho de que es probable que aumente el coste real del mantenimiento de las garantías en virtud de un contrato legal. El coste de la investigación adicional, el control de calidad y/o la protección del seguro se reflejará en el precio del producto. Sin embargo, no se trata de una subida de precios "pura", sino de un precio antiguo más un nuevo recargo por componentes adicionales del bien (como elementos de seguridad, como cinturones de seguridad, o una mayor fiabilidad o un mejor servicio posventa). Además, estos componentes adicionales de calidad simplifican el proceso de búsqueda del consumidor. Hay que considerar la situación del coste total, que incluye los esfuerzos de búsqueda previos a la compra, el precio de compra y los costes de funcionamiento y reparación del bien después de la compra. Hemos argumentado que es probable que las garantías legales del fabricante, en particular, aumenten el precio de compra, pero reduzcan el coste total, a lo largo de la vida útil de un producto. En muchos casos, el aumento del precio de compra es insignificante. Por ejemplo, en virtud de la Ley de Licencias de los Constructores de 1971 (N.S.W.), las garantías legales ofrecidas por la Junta se pagan con una prima de seguro de 20 \$ que vuelve a pagar el constructor. Es dudoso que los compradores de viviendas se percaten de esta burbuja cuando el coste medio de una vivienda nueva es de 20.000 dólares. En muchos casos, incluso un comprador de riesgo con bajos ingresos estaría en mejor situación con un sistema de garantías legales, debido a los efectos de eficiencia inducidos por el sistema. No obstante, algunas personas pueden salir peor paradas, dependiendo de la flexibilidad de las condiciones de garantía y del tipo de respuesta del fabricante.

Nuestro último caso es el de los contratos legales que se extienden a los usuarios además de a los compradores, como la Motor Dealers Act, 1974 (N.S.W.) que permite que los derechos de los compradores de coches nuevos se transmitan a los compradores posteriores dentro del periodo de garantía. En comparación con los casos anteriores, la probabilidad de que el productor incurra en responsabilidad en caso de defecto será aún mayor y, por lo tanto, es más probable que el productor tenga en cuenta ese riesgo a la hora de decidir los gastos de control de calidad.

(ñ) Recurso del comprador o usuario contra un fondo de seguros

Como se ha señalado en la descripción de este modelo, no es necesario modificar las vías de recurso a disposición del consumidor. Sin embargo, los costes asociados a la ejecución de cualquier recurso disponible pueden mitigarse si existe un organismo permanente, obvio y profesional que se ocupe de las reclamaciones de los consumidores. Esto facilitaría el desarrollo de un tratamiento informal de las reclamaciones, ahorrando así costes de ejecución. También reduciría la posibilidad de que un consumidor soportara una pérdida que, de otro modo, tendría derecho a trasladar a otro simplemente porque el demandado individual al que tiene derecho a demandar es insolvente o ha desaparecido. Esto puede ser beneficioso para una industria al aumentar la confianza del consumidor a la hora de tratar con la industria en su conjunto. Sin embargo, la existencia del fondo puede fomentar la laxitud de algunos miembros de la industria en el desarrollo o mantenimiento de las normas de producto. Esta característica puede hacer necesaria la intervención del Estado o de otros organismos administrativos para supervisar a los miembros de la industria. Debido a los costes que conlleva la creación del fondo de seguros, es probable que el modelo se emplee en situaciones en las que las pérdidas potenciales de los consumidores sean lo suficientemente grandes como para justificar una mancomunación social o industrial del potencial total de pérdidas dentro de la industria.

Conclusión

Las experiencias iniciales de la Oficina de Consumo con las "reclamaciones de los consumidores" parecen reflejar la magnitud del problema social que supone la protección de los consumidores.

La respuesta legislativa al movimiento consumista ha sido importante a nivel nacional y estatal. Intentar un análisis económico de toda o la mayor parte de esta legislación sería una tarea gigantesca. Sin embargo, armados con la criba aproximada que hemos construido más arriba, confiamos en que será posible evaluar las respuestas legislativas propuestas o existentes a los problemas de los consumidores en cuanto al impacto económico y los posibles efectos sociales. Los autores serían los primeros en admitir que el análisis no es exhaustivo porque la discusión se limita a la relación entre los consumidores y los productores y vendedores de bienes. Hemos evitado extendernos en áreas como el impacto estructural en la industria y el posible conflicto entre

varias partes de la Ley de Prácticas Comerciales de 1974 (Com.). Estas cuestiones tendrán que esperar a otro día.