

BIENES GLOBALES Y PROTECCIÓN COLECTIVA: EL CASO DEL DERECHO DE CONSUMO

Fernando GÓMEZ POMAR *

Resumen

En el ámbito de bienes globales, como es la protección del consumidor, las acciones de protección plantean una problemática especial y de particular dificultad. En derecho de consumo, dada la naturaleza dispersa de los efectos negativos de muchos comportamientos de infracción, los mecanismos tradicionales para lograr el cumplimiento de las normas de Derecho Privado se enfrentan a obstáculos con frecuencia insuperables. Las acciones colectivas pueden obtener economías de escala significativas en las reclamaciones judiciales y pueden contribuir a reducir los problemas de acción colectiva que afligen a las acciones individuales de los consumidores afectados. Su empleo tendrá previsiblemente efectos relevantes para el funcionamiento de los mercados de consumo. El ahorro de costes de litigar, la mutualización de riesgo de los costes de litigación, el aumento de los niveles de compensación de los consumidores afectados, y más y más generosas transacciones extrajudiciales son algunos de tales efectos. Sin embargo, también pueden anticiparse algunas contrapartidas, en especial ligadas al riesgo moral de reclamaciones no suficientemente justificadas y a los más elevados costes de agencia entre los grupos de consumidores y quienes (abogados, asociaciones de consumidores) ostentarán de facto el control sobre la litigación colectiva.

Palabras clave

Consumidores, acciones colectivas, efectos económicos.

Key words

Consumers, collective actions, economic effects.

SUMARIO: I. Introducción; II. Inadecuada reparación colectiva de daños en derecho de consumo: Orígenes y factores; 1. Los problemas generales de la acción individual en Derecho de consumo; 2. Acciones colectivas de Derecho privado y sus costes; A. Costes monetarios; B. La longitud y la complejidad de los mecanismos judiciales de reparación; C. Desincentivos individuales; a) Información sobre los hechos y las normas; b) Motivación; III. Los efectos económicos de la protección colectiva; 1. Consecuencias económicas para los consumidores de las imperfecciones en las

* Catedrático de Derecho Civil. Universidad Pompeu Fabra.

reclamaciones individuales; A. La reducción de costes en obtener indemnizaciones; B. Cobertura del riesgo de litigio para los consumidores individuales; C. Reducción de costes de recogida y difusión de información a los consumidores; D. Mayor nivel de compensación para los consumidores; E. Más ofertas de transacción y términos más generosos de transacción ofrecidos por las empresas; 3. Algunas posibles ineficiencias de las acciones colectivas; A. Costes de litigación no justificados por el resultado del litigio; B. Riesgo moral en la demanda: presentación de reclamaciones con menor viabilidad y mérito; C. Las acciones colectivas implican más costes de agencia entre los consumidores y los abogados y las organizaciones de consumidores; IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

LA noción de bienes globales no es, ni mucho menos, unívoca. Sin duda el adjetivo de «global» parece realizar una referencia a bienes que no son estrictamente individuales, esto es, supraindividuales o al menos compartidos por un número elevado de sujetos o titulares. Igualmente, hace referencia a un ámbito extenso y necesariamente superior al de las fronteras nacionales en cuanto a su dimensión espacial.

Sin embargo, esta primera delimitación no parece suficientemente precisa para caracterizar los problemas que provisión, asignación y protección de los bienes globales. Entre otras vías de aproximación, su entendimiento en términos de la categorización de bienes que está bien estudiada en la teoría económica puede ser útil para entender qué problemas se suscitan y requieren solución. Las dos dimensiones básicas en la taxonomía de los bienes por la teoría económica son, de una parte, la rivalidad en el consumo o su ausencia y, de otra, las posibilidades de exclusión de quien produce o crea el bien en cuestión. En cuanto a la primera dimensión, los bienes pueden ser rivales (si el individuo A consume el bien, disminuyen las posibilidades de consumo del bien del individuo B) o no rivales (si el individuo A consume el bien, con ello no disminuyen las posibilidades de consumo del bien por parte del individuo B). Por lo que se refiere a la exclusión, la hay si el productor del bien –o quien ha recibido de este sus derechos de uso o explotación– puede excluir del consumo a quienes no pagan el precio que ha fijado por acceder al bien y, de este modo, contribuyen a sufragar los costes de producción del bien. En caso contrario, no hay exclusión.

De la combinación de ambas dimensiones surge una taxonomía general de los bienes desde el punto de vista económico: bienes privados (rivales y excluibles); bienes de peaje (no rivales y excluibles); bienes comunes (rivales y no excluibles); bienes públicos (no rivales y no excluibles).

La defensa –judicial, supongamos, aunque también en otros terrenos– de ciertos bienes globales (calidad del medio ambiente, seguridad y derechos del consumidor, derechos humanos, entre otros) tiene características de bien público en el sentido económico indicado: por un lado, porque la tutela y la posible imposición de consecuencias jurídicas ante un caso de vulneración de tales bienes sirve de precedente para casos posteriores iguales o semejantes; por otro, porque tal defensa eleva el nivel de protección del bien global, y no es posible excluir del mayor y mejor disfrute del bien global que resulta del acentuado nivel a protección a quienes no contribuyen, o no suficientemente, a la defensa que está en la raíz de esa elevada protección.

La teoría económica predice un resultado no muy alentador en relación con esa tarea de defensa que puede caracterizarse como un bien público: falta de incentivos para invertir dinero y esfuerzo en la promoción y defensa del bien global en cuestión.

Un ámbito de especial interés en Derecho privado en que nos encontramos de manera fundamental con los descorazonadores efectos de esta predicción es el Derecho de consumo. Desde hace tiempo se ha percibido que la implementación y la eficacia de las normas que determinan las conductas permitidas y prohibidas en las relaciones entre empresas y consumidores constituye una dimensión fundamental en la regulación jurídica de los mercados de consumo. En este contexto esta importancia se acentúa por un doble motivo: en primer lugar, la eficacia del modelo tradicional de hacer valer los derechos y los mecanismos de reparación entre partes privadas, es decir, los litigios privados entre partes situadas al mismo nivel ante los tribunales ordinarios, no parece encajar bien con muchas de las características de la interacción típica entre las empresas y los consumidores que necesitan una intervención externa; en segundo lugar, la interacción entre mecanismos de cumplimiento públicos y privados tiene especial trascendencia en este caso, mucho más que en las áreas centrales de Derecho privado –por ejemplo, contratos civiles o mercantiles– y de Derecho público –sanciones penales o administrativas contra los sujetos infractores–.

Esta relevancia explica por qué algunos mecanismos no tradicionales de cumplimiento y mecanismos de reparación se han introducido en el Derecho de consumo en distintos sistemas jurídicos. En el plano europeo y también en distintos ordenamientos nacionales se han introducido mecanismos de *enforcement* de normas de consumo a través de acciones colectivas, en un sentido amplio –es decir, mecanismos distintos de las tradicionales acciones individuales e independientes por parte de los afectados– (1). En algunos países europeos, estos mecanismos existen con el fin de demandar a un tercero, normalmente una empresa que ha participado en la producción o distribución de bienes o servicios, o que ha participado en las prácticas comerciales en el mercado, los daños y perjuicios por pérdidas sufridas por un grupo de consumidores. Otros países europeos carecen de este tipo de mecanismos.

El propósito de este trabajo es introducir las cuestiones teóricas fundamentales que pesan sobre los efectos económicos de la falta –debido a su inexistencia, pero también debido a los graves obstáculos que el régimen tiene todavía en realidad que superar– de mecanismos efectivos de reparación colectiva de los daños sufridos por los consumidores.

II. INADECUADA REPARACIÓN COLECTIVA DE DAÑOS EN DERECHO DE CONSUMO: ORÍGENES Y FACTORES

1. LOS PROBLEMAS GENERALES DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL EN DERECHO DE CONSUMO

En las economías desarrolladas, los bienes y servicios de consumo –a los que se asocian distintas prácticas comerciales– suelen ser producidos y distribuidos en

(1) Véase, la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

grandes cantidades y para un gran número de consumidores. Esto hace que un cierto comportamiento de una empresa –una decisión de seguridad relativa al diseño de un producto, una campaña de marketing o una condición preestablecida en un contrato estándar– pueda afectar en la misma manera –o de forma parecida– a un número importante de consumidores en una situación similar: a los consumidores del producto de riesgo, a los destinatarios de la campaña de marketing o a las partes contratantes de la misma empresa.

Cuando surge un problema con el producto, con la campaña de marketing o con la cláusula del contrato, las normas sustantivas de los sistemas jurídicos europeos y nacionales pueden proporcionar mecanismos de reparación a los consumidores afectados, incluida la indemnización por la pérdida resultante. Estos remedios, sin embargo, suelen concederse a título individual a los consumidores singulares. Es más, para influenciar eficazmente el comportamiento futuro de las empresas estos remedios tienen que ser aplicados a las empresas que efectivamente están detrás del producto, de la campaña o del contrato.

Los consumidores individuales se enfrentan con obstáculos muy serios y problemas de incentivos que hacen que el cumplimiento óptimo del Derecho del consumidor y de los mecanismos de reparación a través de acciones individuales de los consumidores sea casi ilusorio. En estos contextos y en otros similares, pueden identificarse tres categorías principales de dificultades o problemas principales (2).

En primer lugar, una infracción de las normas de Derecho de consumo puede no ser detectada por los propios consumidores afectados, debido a una amplia variedad de circunstancias: los efectos de la infracción son detectables solo transcurrido un largo período de tiempo; los efectos negativos de la decisión de la empresa pueden darse solo con baja probabilidad; la pérdida para el consumidor puede no manifestarse en muchos consumidores –por ejemplo, el carácter engañoso de la publicidad y su efecto de manipulación del comportamiento económico del consumidor, o la injusticia de la cláusula y sus consecuencias–. Es más, aunque la propia infracción sea detectada por muchos o por la mayoría de los consumidores, estos pueden no estar adecuadamente informados acerca de las consecuencias jurídicas de la infracción y las medidas de reparación de que disponen. Por lo tanto, la posibilidad real y efectiva de las acciones legales contra la empresa dirigida a obtener daños y perjuicios por la pérdida sufrida no se plantea debido a estas variadas deficiencias en el conocimiento del consumidor.

En segundo lugar, aunque los consumidores afectados, o al menos algunos de ellos, sean conscientes de las pérdidas sufridas y también estén adecuadamente informados sobre sus derechos y remedios, estos consumidores informados pueden racionalmente decidir renunciar a emprender acciones legales. La razón estriba en el –negativo– balance de costes y beneficios de tal acción legal, en comparación con una actitud pasiva, y teniendo en cuenta que el pasado, pasado está y no se puede alterar –solo compensar, en su caso–. La pérdida individual incurrida por el consumidor puede ser reducida –por muy alta que pueda ser en su conjunto: pero la magnitud agregada es un dato que un consumidor individual racional no incluye en sus cálculos antes de decidir si emprende acciones legales– y por ende lo será el

(2) Véase, VAN DER BERGH, R. y VISSCHER, L., «The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law», *Erasmus Law and Economics Review*, núm. 1, 2008, p. 13 (disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101377>).

beneficio privado –la indemnización de daños– que obtendrá de iniciar acciones legales contra la empresa potencialmente responsable.

Además, este beneficio privado no es cierto, sino sujeto a la incertidumbre de ganar el pleito. Es decir, ha de descontarse por la probabilidad de que la empresa, al final, no se encuentre obligada, por razones de hecho o de derecho, a asumir las pérdidas sufridas por el consumidor. Por el lado de los costes, sin embargo, hay –ciertos– costes fijos de litigio, tanto monetarios –los honorarios de los abogados y otros gastos del proceso– como no monetarios –el tiempo y la incomodidad asociadas con una acción judicial–. Incluso si la regla del vencimiento (general en los países europeos, también en España: art. 394 LEC) puede servir para aliviar el impacto de los costes monetarios de la decisión de presentar una demanda, es probable que los costes superen los beneficios y por lo tanto, el consumidor individual prefiera abstenerse de iniciar acciones.

En tercer lugar, el clásico problema de la acción colectiva identificada por Mancur Olson hace cincuenta años inducirá a los consumidores individuales a elegir un nivel subóptimo de actuación legal. La razón de fondo se relaciona con la naturaleza de bien público de los efectos sobre el cumplimiento que las acciones individuales llevan consigo. La demanda contra la empresa no solo proporciona beneficios privados, en forma de una expectativa de recibir una indemnización al consumidor individual que decide convertirse en demandante. La demanda y el proceso que la sigue también sirven para producir dos tipos de beneficios no rivales y no excluibles –al menos inicialmente–: la acción, si tiene éxito, crea un precedente beneficioso en favor de todos los demás consumidores en circunstancias similares, y a la vez sirve como mecanismo de *enforcement* frente a la empresa. Estos beneficios colectivos como precedente y como herramienta de cumplimiento de la ley –que constituyen un «bien público» en el sentido económico del término– están sujetos al conocido fracaso de la acción colectiva (3): los incentivos subóptimos para contribuir al suministro de los bienes colectivos –aquí, a través de acciones legales– y los fallos de coordinación para organizar colectivamente la provisión del bien público.

¿Estos problemas que afligen al Derecho de consumo se ven agravados por el número de consumidores individuales involucrados? La tercera fuente de problemas, es decir, los relacionados con la provisión de bienes públicos y con el fracaso de la acción colectiva, es probable que se agudice, y que determine una diferencia más grande con los resultados socialmente deseables a medida que aumenta el tamaño del grupo de afectados (4). El segundo problema, la resistencia racional a presentar reclamaciones individuales, también es probable que se agrave cuanto mayor sea el número de consumidores afectados. La razón residiría en el hecho de que los gastos para el demandante consumidor de presentar una demanda no son

(3) Véase, OLSON, M., *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, 1965. Para una presentación formal y general de los problemas de la acción colectiva, véase SANDLER, T., *Collective Action. Theory and Applications*, University of Michigan Press, 1992, y MUELLER, D., *Public Choice III*, Cambridge University Press, 2003.

(4) En términos informales, el efecto negativo en la eficiencia en el suministro de bienes colectivos generada por del tamaño del grupo depende de la tecnología para el suministro de los mismos, y también de las características del grupo –homogeneidad, atributos, etc.–, pero hay muchos escenarios en los que la conjetura por parte de Olson de que el tamaño del grupo agrava los problemas se ha visto confirmada: véase, SANDLER, T., *Collective Action. Theory and Applications*, University of Michigan Press, 1992, pp. 49 y ss.

exógenos, sino que dependen de las actuaciones que lleve a cabo el demandado. Y cuanto mayor sea el grupo de consumidores afectados, más graves serán las consecuencias de perder el caso por la empresa, y por lo tanto, más invertirá esta última (mejores abogados, más peritos y expertos, y más cualificados, y así sucesivamente) en el caso individual, lo que hace aumentar también los costes para el consumidor que está pensando en presentar demanda. Para un nivel dado de daños, la balanza se inclinará en favor a dejarlo correr. La falta de información, al menos hasta cierto punto, puede, sin embargo, venir en parte aliviada por la magnitud del problema: se podría esperar que cuantos más consumidores se vean afectados por el mismo problema (producto defectuoso, campaña de publicidad engañosa, cláusulas abusivas en los contratos), más información estará disponible para los consumidores individuales, y la atención del público será mayor, tanto en relación con los hechos subyacentes como con sus consecuencias jurídicas.

2. ACCIONES COLECTIVAS DE DERECHO PRIVADO Y SUS COSTES

Por las razones presentadas en los párrafos anteriores, las acciones individuales dispersas de los consumidores probablemente no permitirán obtener un nivel adecuado de cumplimiento de las normas de consumo. Para superar esta deficiencia, además del *enforcement* público (demandas y sanciones de agencias y organismos encargados de la protección del consumidor) varios países europeos –así como otros no europeos– han introducido acciones privadas colectivas. Estas adoptan esencialmente dos formatos (5): acciones interpuestas por grupos de consumidores afectados, es decir, colectivos *ad hoc* a los fines de entablar una demanda, en mayor o menor medida siguiendo el modelo de la *class action* de Estados Unidos; acciones iniciadas por organizaciones estables de consumidores, por lo general, asociaciones de consumidores u otros órganos representativos.

Estas acciones colectivas permiten explotar las significativas economías de escala en el proceso de preparación y de litigación de un caso, así como proporcionar un mecanismo para reducir los costes de coordinación y transacción al reunir a diferentes consumidores afectados.

Estas acciones, sin embargo, no resuelven automática y fácilmente las deficiencias apuntadas y también pueden dar lugar a nuevos problemas. La revisión de los resultados de estudios realizados sobre el nivel de reparación a través de acciones colectivas por daños y perjuicios permite identificar un grupo de barreras costosas que afectan negativamente al rendimiento de los esquemas colectivos de acción legal.

A. Costes monetarios

Incluso si las economías de escala en la preparación, presentación y litigación del caso reducen el coste de una acción legal por cada € de pago esperado en con-

(5) Véase, VAN DER BERGH, R. y VISSCHER, L., «The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law», *Erasmus Law and Economics Review*, núm. 1, 2008, p. 9 (disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101377>).

cepto de indemnización de daños, los costes per cápita de entablar una demanda aún pueden ser importantes para los consumidores a la hora de decidir si formar o unirse a un grupo de consumidores para presentar una demanda contra la empresa infractora. La infrecuente –aunque ya legal en España y en otros países europeos como el Reino Unido, pero aún ilegal en otros– práctica de la retribución por *quota litis* como forma de financiar los costes –individuales o colectivos– de los litigios por los mismos abogados a cargo de un caso hace este problema aún más grave en Europa, teniendo en cuenta que precisamente contribuyen a financiar acciones legales a los demandantes potenciales, en especial los consumidores con pocos recursos, quienes pueden enfrentarse a restricciones de liquidez en relación con el coste de los procedimientos judiciales, especialmente en casos complejos (6).

Aunque las asociaciones y organizaciones de consumidores puedan parecer menos expuestas a este obstáculo, lo cierto es que el coste del litigio puede disuadir las de emprender acciones legales si los costes asociados al pleito suponen reducir lo que se destina a otras actividades (la información al consumidor, la investigación sobre bienes y servicios, etc.).

B. La longitud y la complejidad de los mecanismos judiciales de reparación

El hecho de que los procedimientos judiciales, y puede haber casos especiales tales como los derivados de las acciones colectivas en las que hay uno o más factores de complicación (por lo menos, el carácter colectivo del demandante implicaría cierto grado de complejidad adicional), tardan un tiempo considerable en resolverse puede también disuadir la acción legal colectiva: los beneficios serán considerados menores debido al retraso temporal y la complejidad aumentará los costes monetarios y producirá asimismo costes no monetarios. El fenómeno bien documentado –entre los individuos, y entre los consumidores, en particular– de descuento (7) y de incoherencia en el tiempo (8) aumentaría el efecto negativo de un litigio prolongado en el tiempo sobre la decisión de presentar una demanda.

C. Desincentivos individuales

a) Información sobre los hechos y las normas

Aunque las economías de escala en la preparación del caso, así como la atención del público –con alta probabilidad, mejorada en relación con el nivel que cabe esperar en las reclamaciones individuales dispersas– que pueden obtenerse con una acción colectiva reducirían probablemente los costes de información para los consumidores individuales que deciden formar o unirse a un grupo de demandantes,

(6) Véase, GAROUPA, N. y GÓMEZ, F., «Cashing by the Hour: Why Large Law Firms Use Hourly Fees instead of Contingent Fees», *Journal of Law, Economics & Organization*, 2008, p. 458.

(7) Véase, GROSS, D. y SOULELES, N., «Do Liquidity Constraints and Interest Rates Matter for Consumer Behavior? Evidence from Credit Card Data», *Quarterly Journal of Economics*, núm. 117, 2002, p. 149.

(8) Véase, DELLA VIGNA, S. y MALMENDIER, U., «Paying not to Go to the Gym», *American Economic Review*, núm. 96, 2006, p. 694.

tanto en las cuestiones de hecho, como de disponibilidad y funcionamiento de los mecanismos legales de reparación, lo cierto es que esos costes no desaparecerán por completo y contribuirán a dificultar la eficacia de los mecanismos judiciales colectivos de reparación.

b) *Motivación*

Aunque las acciones colectivas, en sus diversas formas, en un cálculo de coste–beneficio para el consumidor individual pueden llegar a inclinar la balanza en favor del inicio de acciones legales formando o uniéndose a un grupo, o –menos probablemente– contribuyendo a la demanda presentada por una organización de consumidores, la disponibilidad de reparación colectiva en un determinado sistema jurídico no eliminará completamente los desincentivos racionales de los consumidores individuales para tomar parte en un litigio colectivo. Incluso si se reduce en comparación con la alternativa de una acción legal individual, la fracción del coste –monetario y de otro tipo– del litigio colectivo que recae sobre una persona determinada puede seguir siendo superior al beneficio esperado en términos de la proporción per cápita de los daños totales otorgados al grupo. En este caso, un consumidor racional optaría por no unirse al grupo o clase de demandantes, y si un número suficiente de consumidores se comportan de manera similar, la demanda colectiva podría llegar a ser inviable. Teniendo en cuenta la distribución de los costes del litigio entre los miembros del grupo –en gran medida, no sensible al número de consumidores en el litigio–, y asumiendo la homogeneidad entre ellos, hay un punto crítico en la composición por debajo del cual la demanda colectiva deja de ser rentable para el grupo restante de los consumidores.

Además, la litigación colectiva, aunque sin duda capaz de reducir costes de coordinación entre los consumidores con el fin de contribuir conjuntamente a proporcionar un bien público para el grupo –tres, en realidad: la indemnización por daños totales, lo que sería un bien público impuro, y los bienes públicos puros consistentes en el precedente beneficioso y en el efecto disuasorio sobre las empresas– no es garantía de éxito. Esto es particularmente visible en el caso de las demandas interpuestas por organizaciones de consumidores. Incluso si los consumidores individuales pueden participar en el proceso, y elevar la probabilidad de victoria de la demanda colectiva, es probable que el interés privado de los consumidores sea «esperar y ver», esto es, abstenerse de participar hasta comprobar si la demanda tiene éxito. En este caso, el consumidor, si es posible, se unirá más tarde, simplemente para disfrutar de una fracción del importe que se puede obtener, sin haber contribuido a sufragar el coste de la acción, o iniciará posteriormente una reclamación individual beneficiándose de los precedentes legales a su favor financiados por la asociación de consumidores. También en la acción de clase o similar, los consumidores se verán tentados por esa estrategia con el fin de ahorrar el pago de su participación en el litigio mientras disfrutan del bien público de la decisión favorable que mejorará sus posibilidades en un pleito posterior.

III. LOS EFECTOS ECONÓMICOS DE LA PROTECCIÓN COLECTIVA

1. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS PARA LOS CONSUMIDORES DE LAS IMPERFECCIONES EN LAS RECLAMACIONES INDIVIDUALES

Cuando los consumidores, frente a las infracciones de sus derechos que les causan un daño, financiero o de otro tipo, no pueden disfrutar de un nivel suficiente de reparación contra las empresas infractoras, dado que la dispersión y las cantidades individualmente pequeñas en juego inducen a los consumidores a abstenerse de hacer valer sus derechos en la mayoría de los casos, estos quedarán afectados por costes que no van a verse compensados. Pueden experimentar pérdidas de varios tipos: daños físicos –aunque en estos casos existen fuentes alternativas de compensación, y, además, dado el grado y la naturaleza del daño, la acción individual es más probable que sea racionalmente instada por los consumidores–; pérdidas financieras por precios excesivos o cargos indebidos; transacciones económicas insatisfactorias; términos del contrato que reducen el bienestar de los consumidores, entre otras. Esto sin duda reducirá el bienestar general de los consumidores, quizás de una manera importante si se tiene en cuenta el efecto agregado de un amplio número de consumidores afectados. De hecho, es plausible esperar que cuanto menor sea el efecto per cápita –lo que impedirá la acción individual para obtener la reparación– y cuanto mayor sea la cantidad de consumidores afectados, más grave será el efecto negativo sobre el bienestar de los consumidores: responsabilidad civil masiva, esquemas fraudulentos masivos, etc.

Obviamente, el comportamiento de los consumidores en el futuro se verá afectado como consecuencia de estas pérdidas no compensadas: los consumidores podrán anticipar, en cierto grado, por lo menos, la falta de reparación y el reducido –incluso negativo, en algunos casos– nivel de bienestar esperado a resultados de la transacción económica y, por lo tanto, su comportamiento económico se verá distorsionado.

Tales efectos a largo plazo de la falta de reparación adecuada de los consumidores por infracciones del Derecho de consumos se ven afectados decisivamente por el nivel de información que los consumidores poseen sobre los riesgos de sufrir consecuencias desfavorables y sobre los niveles reales de la falta de reparación. Esto ya es bien conocido en la teoría económica en el contexto de los riesgos de producto (9), y puede ser aplicado a un contexto más general sobre las posibles pérdidas para los consumidores que surjan del incumplimiento de las normas que los protegen.

Vamos a suponer inicialmente, a efectos argumentativos, que el comprador potencial de un producto o servicio tiene la misma información que el vendedor sobre el riesgo de que la operación genere un daño para el consumidor, así como sobre las formas en que el daño puede ser compensado. Y el consumidor conoce

(9) Véase, para un excelente resumen de esta literatura, SHAVELL, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA)-London, 1987, cap. 2; SHAVELL, S., «Liability for Accidents», en Shavell, S. y Polinsky, A. M. (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Vol. 1, North Holland, 2007, p.130.

esta información sobre los productos y servicios de la empresa X(10), y también de la empresa Y o Z, los competidores de X. Si este es el caso, cualquier daño esperado por el consumidor que prevea que no compensado será valorado económicamente por el mismo en el momento de tomar la decisión de compra que le afecte, y por lo tanto, cualquier deficiencia en el producto o servicio y la reparación *ex post* van a tener su reflejo (en términos de valor esperado) en una menor disposición a pagar por el bien o servicio y, por tanto, se traducirán para las empresas en precios más bajos que pueden obtener por lo que venden. Las empresas, en estas circunstancias, y para evitar estas caídas de los precios, proporcionarán los bienes y servicios deseados, y ello a pesar de las imperfecciones que puedan aquejar a los mecanismos legales de reparación(11).

Sin embargo, cuando los consumidores no poseen información completa este panorama cambia sustancialmente. Cuando el comprador, aunque de media posea una información correcta sobre el nivel esperado de pérdidas que no van a ser compensadas *ex post* en atención al tipo de producto o servicio, no está informado sobre el riesgo individual de las pérdidas no compensadas por los productos o servicios particulares de cada empresa, el resultado es completamente diferente. Dado que los consumidores son incapaces de distinguir entre empresas con calidad inferior y empresas con calidad superior a la media del sector (la primera implica una mayor cantidad de pérdidas no compensadas), las empresas no tendrán ningún incentivo para ofrecer una calidad mayor en términos de reducción de daños sufridos por los consumidores. En la configuración típica de defectos de producto, esta falta de información puede ser corregida mediante el uso de garantías contractuales que señalan el nivel de calidad deseado(12).

El problema es que es precisamente la reparación *ex post* la que falla, convirtiendo así cualquier promesa de los niveles de calidad exigible a posteriori en algo sin sentido. Solo esas promesas implícitas que pueden hacerse creíbles a través de los medios *ex ante* (como la reputación generalizada en el mercado) se cumplirán por parte de las empresas individuales, y serán creídas por los consumidores. El resultado final bien podría ser que, fuera de los segmentos de mercado atendidos por las firmas más prestigiosas, aquellas que hacen creíble su nivel de calidad a través de elevados gastos en reconocimiento y prestigio de marca y estrategias similares, solo los productos y servicios con bajos niveles de calidad –significando aquí altos niveles de daño para los consumidores– se ofrecerán en equilibrio en el mercado.

El resultado anterior se puede esperar incluso si los consumidores son capaces de predecir correctamente los niveles medios de riesgo de error en los productos y servicios del mercado. La situación se agrava si los consumidores subestiman el

(10) No es necesario insistir en que este nivel de información no es observable en la realidad de los mercados de consumo.

(11) Este resultado teórico es conocido desde hace 30 años: véase, SPENCE, A. M., «Consumer Misperception, Product Failure, and Producer Liability», *Review of Economic Studies*, vol. 44, 1977, p. 561; EPPLE, D. y RAVID, D., «Product Safety: Liability Rules, Market Structure, and Imperfect Information», *American Economic Review*, Vol. 68, 1978, p. 80.

(12) Véase, SHAVELL, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA)-London, 1987, p. 61; GEISTFELD, M., «Manufacturer Moral Hazard and the Tort-Contract Issue in Products Liability», *International Review of Law and Economics*, Vol. 13, 1994, p. 247.

riesgo de errores no compensados derivados de las transacciones de productos y servicios: los consumidores no tomarán, en promedio, las decisiones correctas de consumo dados los niveles de calidad de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado, y tomarán decisiones de consumo excesivo, que les llevarán a una situación de desventaja debido a los niveles de riesgo de daño no indemnizado que prevalecen en los mercados de consumo. Esta predicción sombría es muy conocida (ausencia de medidas legales o reglamentarias que pueden prevenir con eficacia los resultados) en la literatura económica sobre los riesgos de producto (13).

2. LAS POSIBLES APORTACIONES DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

No debería ser una sorpresa afirmar que los mecanismos de reparación colectiva para los consumidores presentan fundamentalmente dos ventajas de eficiencia. Puede haber otras, pero hay dos que esencialmente caracterizan por qué, además de la reparación individual, los sistemas legales pueden decidir, con buenas razones económicas, introducir mecanismos colectivos. Una de las ventajas se refiere a los beneficios del *enforcement* del Derecho de consumo: si la acción individual por distintos consumidores en caso de efectos generalizados del comportamiento de la empresa conduce a niveles insuficientes –en caso extremo, a cero– de disuasión del comportamiento dañino, la reparación colectiva puede mejorar tales niveles insatisfactorios. Estas ganancias de eficiencia resultan de la mejora en el cumplimiento de las normas sustantivas y de los niveles consiguientes de aumento de la disuasión de comportamientos no deseados de las empresas (aumento de la seguridad del producto, mejora en la veracidad de la publicidad, términos del contrato más adecuado, en los contratos en masa, y así sucesivamente). Estas son las ganancias generadas por los mejores niveles de *enforcement* de la normativa de protección del consumidor, pero no se refieren al proceso de reparación propiamente dicho.

El segundo conjunto de beneficios es inherente al proceso de reparación y de eficacia en sí mismo: la reparación colectiva puede ser una forma más económica para alcanzar un determinado nivel de cumplimiento por parte de las empresas. Hay altos costes fijos –tanto para las partes como para el público, dado el importante nivel de subvenciones públicas en los litigios– asociados con el cumplimiento de las reglas jurídicas a través de un procedimiento contradictorio de adjudicación, como el que se da en un litigio judicial. Esto implica la presencia de importantes economías de escala que pueden ser provechosamente explotadas si los altos costes fijos se reparten entre un gran número de casos individuales derivados del mismo –o muy similar– conjunto de circunstancias de hecho, incluso si afectan a diferentes consumidores individuales: los servicios legales de abogados y otros profesionales del derecho, el uso del tiempo de los expertos y peritos, la reducción de la duración de los litigios por parte de los demandantes y demandados, teniendo en cuenta los costes por caso, por euros de indemnización, o por unidad de disuasión de la conducta indeseable de alcanzar un cierto nivel de cumplimiento. Por lo tanto, los mecanismos de reparación colectiva permiten, en principio, que en un país se

(13) Véase, SPENCE, A. M., «Consumer Misperception, Product Failure, and Producer Liability», *Review of Economic Studies*, Vol. 44, 1977, pp. 563-564; SHAVELL, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA)-London, 1987, pp. 53-54.

alcance un nivel dado de cumplimiento de la normativa de consumo a un coste menor, tanto para las partes como para el público, o, equivalentemente, que alcancen un mayor –y, por hipótesis, más deseable– nivel de cumplimiento por una misma inversión de coste en *enforcement*.

Dos observaciones parecen pertinentes en este momento con respecto a la segunda ventaja mencionada. En primer lugar, no se aplica exclusivamente a las formas colectivas de litigio, aunque las economías de escala sean particularmente visibles en ese contexto. Las transacciones extrajudiciales producen reducciones comparables –aunque quizá no tan dramáticas– en los costes por caso para resolver las disputas en casos similares: el ahorro de servicios y costes es similar, proporcionando así impulso a las economías de escala. En segundo lugar, el que la solución de la controversia entre los demandantes y demandados se produzca antes de incurrir en el coste total de un procedimiento no disuelve el aumento de la eficiencia que pueden producir los mecanismos colectivos. La existencia de posibilidad de transacción entre las partes no altera de manera importante las economías de escala de dichos mecanismos. En primer lugar, es evidente que no todas las disputas se transigen en la realidad –y hay razones económicas para esperar que este resultado sea persistente– (14) y por lo tanto, las economías de escala pueden disfrutarse, al menos, en el subgrupo de casos que terminan en juicio. En segundo lugar, cuando hay transacción, a menudo tiene lugar después de que algunos de los costes del procedimiento ya hayan sido incurridos (15) –preparación del caso, análisis inicial por los abogados, costes de presentación de la demanda, por ejemplo– y los mecanismos de reparación colectiva serán más eficientes con respecto a los costes fijos incluso si es de esperar que el caso no se litigue hasta el final sino que se transija. En tercer lugar, la transacción también implica costes fijos –los servicios de expertos jurídicos para negociar el acuerdo, el tiempo del mediador, si es que existe–, por lo que el reparto de coste entre un gran número de casos idénticos sería igualmente eficiente (16).

A. La reducción de costes en obtener indemnizaciones

Ya se ha mencionado cómo los mecanismos de reparación colectiva producen economías de escala al interponer reclamaciones contra las empresas que infringen las reglas del Derecho del consumidor. Esto significa que, cuando los consumidores buscan compensación monetaria (daños y perjuicios, restitución de cantidades indebidamente pagadas, etc.), se gasta menos si la reclamación se agrupa con otras

(14) Véase, para un excelente estudio sobre el comportamiento, SPIER, K., «Litigation», en Shavell, S. y Polinsky, A. M. (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Vol. 1, North Holland, 2008, p. 268.

(15) De hecho, se ha demostrado que los demandantes tienen un incentivo para incurrir tempranamente en algunos de estos costes para convertir el compromiso de interponer la reclamación en algo más creíble, hecho que aumenta la probabilidad de acuerdo y el valor esperado del mismo: véase, BEBCHUK, L., «A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue», *Journal of Legal Studies*, Vol. 25, 1996, p. 1.

(16) Las economías de escala en la transacción –y no únicamente en el litigio o arbitraje– entre demandantes y demandados también son destacadas por Che, Y.K., «The Economics of Collective Negotiation in Pretrial Bargaining», *International Economic Review*, Vol. 43, 2002, p. 549.

reclamaciones que si la reclamación se lleva a cabo de forma individual. La recuperación neta (importe bruto pagado por el acusado menos los costes, monetarios y no monetarios, de seguir el litigio) de compensación a cada consumidor es mayor en un sistema colectivo que a través de reclamaciones individuales. Cuando los mecanismos de reparación colectivos no están disponibles, o cuando los diversos obstáculos dificultan considerablemente su uso real en un sistema jurídico determinado, los consumidores pagan un precio implícito en forma de una menor compensación neta.

B. Cobertura del riesgo de litigio para los consumidores individuales

Casi por definición, el resultado de una disputa jurídica entre dos partes enfrentadas –un consumidor y una empresa, o cualquier otro– es incierto: existe probabilidad (p) de que el demandante se imponga al final, y una probabilidad complementaria ($1-p$) de que el demandado prevalezca. En muchos sistemas jurídicos la parte perdedora no solo se ve privada de la cantidad en disputa y ve invertidos en vano los costes de perseguir una reclamación o defenderse de una demanda, sino que tiene que reembolsar a la parte ganadora los costes derivados del pleito [los honorarios del abogado y los gastos de peritos, por lo menos (17)]. En la mayoría de los sistemas jurídicos europeos, el conocido principio del vencimiento gobierna el litigio civil, incluidos los litigios entre consumidores y empresas.

Cuando los demandantes –consumidores, en nuestro caso– tienen aversión al riesgo, estarían dispuestos a deshacerse del riesgo del evento adverso e incierto de pagar en balde los gastos del litigio y de tener que pagar los costes legales del demandado, ya sea mediante un seguro, o bien mutualizando (poniéndolo en común) el riesgo junto con otros que se hallen en una situación similar. Un mecanismo de reparación colectiva permite a los consumidores individuales esa mutualización del riesgo: en caso de que la acción colectiva sea rechazada, cada consumidor paga sólo una parte de los propios costes de la parte demandante y una parte también de los costes totales de la empresa demandada. Esta cantidad, teniendo en cuenta las economías de escala propias del litigio colectivo, sería menor, incluso probablemente mucho menor, que la suma de los gastos propios y las costas que hubiera tenido que pagar a la parte demandada en el caso de haber interpuesto la reclamación de forma individualizada. Por lo tanto, si el mecanismo de reparación colectiva no está disponible, o existen obstáculos serios a su uso, se está privando a los consumidores de un eficiente mecanismo de mutualización de los riesgos de reclamación jurídica. Esto supone un coste añadido a la presentación de reclama-

(17) El principio de «la parte perdedora paga» tiene algunas ventajas de eficiencia, la más importante de las cuales es el incentivo para los «casos buenos» (alta probabilidad de ganar de los demandantes) y el desincentivo para los «casos malos» (baja probabilidad de ganar de los demandantes): véase, KAPLOW, L., «Shifting Plaintiffs' Fees vs. Increasing Damage Awards», *Rand Journal of Economics*, Vol. 24, 1993, p. 625; POLINSKY, A. M. y RUBINFELD, D., «Does the English Rule Discourage Low-Probability-of-Prevailing Plaintiffs?», *Journal of Legal Studies*, Vol. 27, 1998, p. 519.

ciones lo que produce un desincentivo adicional a la misma que, a su vez, se prevé que reduzca el nivel de *enforcement* de la normativa protectora de consumidores.

Es cierto que este riesgo puede ser transferido si existe un mercado bien desarrollado de seguro de defensa jurídica: los demandantes potenciales pueden cubrir el riesgo de asumir costes de reclamación y de pagar las costas legales de los demandados mediante el pago –anticipado– de primas de seguro a fin de que la aseguradora asuma tales riesgos. Dicho seguro, sin embargo, puede no ofrecerse en el mercado a causa de una multiplicidad de razones: asimetrías de información, falta de desarrollo suficiente de los mercados aseguradores, puede no resultar asequible a los consumidores que presentan reclamaciones relativamente pequeñas, debido a los costes administrativos del seguro, o puede, finalmente, ser menos atractivo que la mutualización de riesgos a través de acciones colectivas.

C. Reducción de costes de recogida y difusión de información a los consumidores

Una de las ventajas de compartir recursos en los mecanismos de acción colectiva es que la información relativa a las circunstancias de la controversia, así como la información sobre el conflicto en sí y sus consecuencias, fluyen con más facilidad y de forma menos costosa desde y hacia los consumidores interesados. El hecho de que una sola organización (una asociación de consumidores, una agencia pública de protección al consumidor, un bufete de abogados que representa el grupo de los consumidores) sea el encargado de coordinar las demandas de los consumidores reduce los costes de transmitir información en ambas direcciones: ya sea desde los usuarios individuales hacia el agente de coordinación –por ejemplo, sobre cuestiones de hecho que afectan a la disputa que pudiera ser relevante también para los consumidores, tales como efectos adversos para la salud de un defecto del producto–, como desde la agencia de coordinación hacia los consumidores –a través de páginas web, o de la cobertura de los medios de comunicación, entre otras–. Incluso los consumidores no directamente involucrados en el conflicto muy probablemente adquieran un mayor nivel de información no sólo sobre el litigio, sino también sobre los diferentes aspectos de la normativa de consumo. Esto puede llevar en el futuro a la mejora del nivel de detección de actividades infractoras de esa normativa y a mayores niveles de cumplimiento de la misma.

D. Mayor nivel de compensación para los consumidores

Se ha mencionado ya que el ahorro de costes propio de los mecanismos de acción legal colectiva implica que, en las controversias en que media compensación monetaria, los niveles netos de recuperación per cápita neta sean superiores que con acciones individuales dispersas. La afirmación anterior se deriva directamente de la reducción de la componente de coste en la fórmula de recuperación neta (importe bruto per cápita de indemnización menos el coste per cápita de litigar).

Además del efecto directo sobre el coste de litigar, es de esperar un efecto indirecto sobre el importe bruto de la indemnización. La razón reside esencialmente en el hecho de que la inversión de recursos del lado de los demandantes aumenta la probabilidad de prevalecer y la cantidad que se puede obtener en concepto de daños. Y la distribución de costes que el mecanismo de reparación colectiva facilita permite una inversión más eficiente e intensiva lo que aumentará probablemente la indemnización bruta esperada. Pensemos en una alegación relativa a un defecto del producto que se sospecha que ha producido una alteración poco frecuente y no bien conocida en la salud de los usuarios. Para cada consumidor individual, la posibilidad de financiar un estudio científico para aclarar la naturaleza del defecto, así como la relación causal con diferentes posibles factores es incuestionable. El grupo, sin embargo, si es lo suficientemente grande, puede ser capaz de invertir recursos en tal estudio, lo que puede hacer que la demanda prospere con más probabilidades, o puede obtener una indemnización más elevada debido al mejor conocimiento de las consecuencias reales del uso del producto defectuoso.

Se podría argumentar, sin embargo, que desde la parte demandada también hay algún efecto de reducción de los costes si se opta por un mecanismo colectivo: es menos costoso para la empresa montar una defensa contra una acción colectiva única que en contra una multitud de acciones individuales dispersas. Este efecto de economías de escala también está presente en el lado del demandado, pero es probable que sea menor que del lado de los demandantes. Las razones son múltiples, pero para mencionar algunas: el hecho de que el demandado siga siendo el mismo cuando las reclamaciones se presentan por separado permite ya un reparto sustancial de los costes fijos entre los distintos litigios, incluso cuando son separados; cuando el litigio es sólo individual, el demandado sabe que muchos casos no se presentarán debido al alto coste de las reclamaciones individuales; debido al precedente potencial que vendrá dado al menos por los primeros casos individuales que se resuelvan, el demandado, que es el mismo en todos los litigios y que por tanto internaliza todos los efectos de una defensa enérgica y firme contra las demandas individuales, tiene incentivos importantes para defender vigorosamente la demanda e invertir también recursos significativos en los litigios individuales –sabemos que lo contrario no es cierto para el consumidor individual–.

En suma, es de esperar que una inversión más intensa en recursos del litigio tiene un impacto positivo en la recuperación per cápita esperada bruta para el grupo de consumidores organizados en una acción colectiva. Cuando el mecanismo colectivo no está disponible legalmente, o se ve seriamente obstaculizado, los consumidores, como grupo, esperan obtener menos en términos de indemnización per cápita. De manera similar a lo observado en el inciso anterior, este efecto puede desempeñar un papel en el hecho de que los mecanismos colectivos parecen ser empleados con más frecuencia cuando la reparación solicitada es típicamente monetaria, y el nivel de compensación monetaria de los consumidores en juego es relativamente importante, una observación que parece encajar bien con el área de los mercados financieros.

E. Más ofertas de transacción y términos más generosos de transacción ofrecidos por las empresas

Demandantes y demandados estarían mejor si arreglasen sus controversias por acuerdo sin incurrir en los elevados costes de un proceso judicial o arbitral. El hecho de que las reclamaciones de los consumidores individuales se agrupen en una demanda colectiva tiene un impacto en la cantidad que el acusado está dispuesto a ofrecer per cápita para resolver el pleito mediante transacción. Esencialmente, cuando los demandantes son heterogéneos (por ejemplo, en cuanto a los daños sufridos por cada uno, o la significación estadística de la relación causal del daño por producto defectuoso o, en general, el mérito o la indemnización esperada como fruto de la demanda), pero existe información asimétrica, de modo que cada reclamante individual conoce sus características, pero el demandado solo conoce la distribución de probabilidad de los tipos de demandantes, por efecto de la ley de los grandes números, es más probable que una transacción única con el colectivo esté más cerca de la media del colectivo que la suma de los importes en negociaciones separadas con todas y cada una de las personas demandantes (18). Esto significa que el acuerdo transaccional es más probable, y en condiciones más cercanas a la cantidad media (de daño o indemnización esperada) de todo el grupo de consumidores. Esto significa también que, a partir de una oferta de acuerdo por debajo de la media, la empresa que negocie con el colectivo aumentará la oferta, cuando no la haría en los acuerdos individuales y por separado con los consumidores.

Un ejemplo aclarará esta idea: Supongamos que hay dos tipos de consumidores: unos (grupo A) sufren perjuicio alto del producto defectuoso, daños valorables en 2.000 €; otros (grupo B) padecen perjuicio más leve, daño valorable en 1.000 €. Las proporciones relativas de la población de consumidores son $3/5$ y $2/5$, respectivamente. Al negociar por separado con un solo consumidor, es probable que el acusado ofrezca en el acuerdo solo 1.000 €, una oferta que solo se aceptará con una probabilidad de $2/5$ (la probabilidad de pertenecer al grupo B). Cuando el acuerdo transaccional se negocia colectivamente con ambos grupos de consumidores de modo que la oferta tiene que hacerse al grupo, la distribución a que se enfrenta el demandado se ve alterada: la empresa se enfrenta ahora a una distribución per cápita de los daños de 1.000 € (cuando ambos son consumidores del grupo B, es decir, con una probabilidad de $4/25$), de 1.500 € (cuando un consumidor es del grupo A y el otro del B, es decir, con una probabilidad de $12/25$), y de 2.000 € (cuando ambos son consumidores del grupo A, es decir, con una probabilidad de $9/25$). Entonces, el acusado se inclina a hacer una oferta de 1.500 €, que será aceptada con una probabilidad de $16/25$ ($12/25 + 4/25$). Téngase en cuenta que esta misma oferta, si se hiciera a cada consumidor individual y separadamente, no elevaría la tasa de acuerdo por encima de $2/5$ o $10/25$. En suma, la negociación colectiva de un acuerdo entre los demandantes como grupo y la parte demandada eleva el importe de la oferta transaccional en un 50%, y aumenta las posibilidades de llegar a un acuerdo –y el consiguiente ahorro de costes del litigio–, al menos, de $10/25$ a $16/25$.

(18) La prueba formal de este resultado fue presentado en primer lugar por CHE, Y.K., «The Economics of Collective Negotiation in Pretrial Bargaining», *International Economic Review*, Vol. 43, 2002, p. 549.

Cuando el mecanismo de reparación colectiva no está disponible, o los obstáculos reales que hay que afrontar evitan que se convierta en una alternativa viable para organizar las reclamaciones de los consumidores dispersos, las ventajas de la resolución o acuerdo (más acuerdo, y menos litigios o costes de arbitraje, y más cantidad de acuerdos por consumidor) se pierden de antemano.

En la primera parte de esta sección principal se han presentado las ventajas de eficiencia de los mecanismos de acción colectiva. Estos, o al menos, algunos aspectos que resultan de los mismos, no están exentos de ciertas ineficiencias. Por lo tanto, la falta de disponibilidad de un mecanismo de reparación colectiva en un sistema legal, o la falta de uso efectivo de los mecanismos de reparación colectiva ante ciertos obstáculos que se oponen a los mismos, puede llevar a evitar algunas de las consecuencias indeseables del cumplimiento colectivo.

3. ALGUNAS POSIBLES INEFICIENCIAS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

A. Costes de litigación no justificados por el resultado del litigio

Cuando los mecanismos de reparación colectiva están fácilmente disponibles y, de hecho, son lo suficientemente atractivos como para que los consumidores individuales opten por acudir a una acción colectiva, las reclamaciones que no se presentaban en un escenario de acciones puramente individuales pasan a tener vida y recorrido. Aunque a un menor coste per cápita que en la reclamación individual, los consumidores ahora se enfrentarán a algunos costes (de tiempo, de esfuerzo y de dinero) en la interposición y cumplimiento de sus demandas bajo el mecanismo de reparación colectiva. Puede suceder, sin embargo, que los consumidores tengan que hacer frente a estos costes recibiendo poco a cambio. Si la recuperación (per cápita) es muy baja, en términos agregados los costes terminan siendo superiores a los beneficios que los consumidores reciben, incluso si se añade el efecto disuasión. Uno pensaría que si el balance de costes y beneficios es negativo, los consumidores no iniciarán la acción colectiva. Sin embargo pueden darse razones que les empujen a demandar: un exceso de optimismo en el resultado, o exceso de confianza en los promotores de la demanda –un factor con frecuencia denunciado respecto de los *plaintiffs lawyers* en las *class actions* en USA–, el descuento excesivo de los costes futuros, u otros bien documentados sesgos del comportamiento del consumidor –y humano–, a pesar de que estén incurriendo en costes que no puedan pagar con los beneficios esperados de los litigios.

Aunque los simples resultados numéricos de cantidades de indemnización efectivamente recibidas por los consumidores como resultado de una acción colectiva no sean por sí mismas un indicador fiable de que los costes de litigios superan los beneficios para los consumidores, pueden ser una base razonable para deducir que ello puede ocurrir en ciertos casos. En algunos estudios relacionados con acciones de clase en los Estados Unidos sobre reclamaciones de los consumidores (19), se ha demostrado que el pago en efectivo promedio para el consumidor ha

(19) Debe notarse que la responsabilidad por producto defectuoso en que se causa un daño personal a un consumidor es esencialmente diferente, y que las cantidades en juego son mucho

llegado a ser de 5,75 dólares, y en otros casos, aunque ligeramente superior, ha sido inferior a 50 dólares (20). En Europa, los datos de los estudios de experiencias y casos reales en los sistemas jurídicos de los Estados miembros también muestran ejemplos de bajas cuantías indemnizatorias.

Estas situaciones suelen ocurrir cuando los consumidores reciben de las empresas demandadas cupones o compensaciones en especie en lugar de pagos monetarios (21). En este caso, los estudios económicos muestran que el beneficio real para los consumidores suele ser escaso (22), mientras que los costes del mecanismo de reparación colectiva no son menores.

B. Riesgo moral en la demanda: presentación de reclamaciones con menor viabilidad y mérito

En las secciones anteriores se ha estado suponiendo implícitamente que las demandas presentadas por los consumidores, ya sea individualmente o a través de un mecanismo de colectivo, eran dignas de consideración y compensación, como resultado de una vulneración de las normas de protección del consumidor. Esta suposición, sin embargo, no siempre es cierta. Si se pueden interponer reclamaciones y obtenerse con ellas una cantidad neta de gastos positiva, de forma que se pueda extraer de la empresa demandada una oferta de transacción positiva, se dan incentivos para presentar demandas que tienen baja probabilidad de ganar y que, en otro caso, no se intentarían.

Con acciones solo individuales también es de esperar que se presenten reclamaciones injustificadas que pueden dar lugar a que los demandados, a fin de evitarse costes derivados del proceso, estén dispuestos a transigir abonando cantidades de signo positivo (23), e incluso algunas pueden ser estimadas en juicio o arbitraje, a causa de errores de hecho o de derecho cometidos por los juzgadores.

Los mecanismos de acción colectiva pueden acrecentar la probabilidad de que se presenten reclamaciones injustificadas ante la expectativa de obtener de la empresa demandada una cantidad de dinero como transacción. La razón es doble. En primer lugar, como ya se ha explicado de manera exhaustiva, los mecanismos colectivos reducen –incluso significativamente– los costes de presentación e interposición de reclamaciones para un grupo de potenciales demandantes. Cuánto menores sean estos costes para el demandante, menor es la barrera para interponer una reclamación injustificada, debido a que el precio a pagar por la oportunidad de

mayores: HENSLER, D., «Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action other Large Scale Litigation», *Duke Journal of Comparative Law*, Vol. 11, 2001, p. 179.

(20) Véase, HENSLER, D., «Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and other Large Scale Litigation», *Duke Journal of Comparative Law*, Vol. 11, 2001, p. 201.

(21) Una presentación de las características de este tipo de compensación, en POLINSKY, A. M. y RUBINFELD, D., «The Deadweight Loss of Coupon Remedies for Price Overcharges», *Journal of Industrial Economics*, Vol. 66, 2008, p. 402.

(22) Véase, BORENSTEIN, S., «Settling for Coupons: Discount Contracts as Compensation and Punishment in Antitrust Lawsuits», *Journal of Law and Economics*, Vol. 39, 1996, p. 379; POLINSKY, A. M. y RUBINFELD, D., «The Deadweight Loss of Coupon Remedies for Price Overcharges», *Journal of Industrial Economics*, Vol. 66, 2008, p. 402.

(23) En el tema de porqué las reclamaciones de poca entidad pueden obtener del acuerdo cantidades positivas, véase SPIER, K., «Litigation», en Shavell, S. and Polinsky, A. M. (editors), *Handbook of Law and Economics*, Vol. 1, North Holland, 2008, p. 271.

extraer una cantidad de la parte demandada será menor. En definitiva, la bajada de costes de litigar que trae consigo la acción colectiva también beneficia a posibles reclamaciones espurias. Este efecto puede ser aún mayor si los costes de litigar están fuertemente subvencionados públicamente. La secuencia temporal de incurrir costes de litigación también es importante para la capacidad que una demanda injustificada tiene para extraer una cantidad de dinero del demandado: que los costes se incurran secuencialmente y que estos sean más reducidos al avanzar el pleito ayuda a que el demandante pueda «amenazar» de forma creíble con la continuación del proceso si el demandado rechaza la oferta de transacción o hace una oferta de transacción meramente simbólica (24). En sistemas colectivos, una fracción elevada de los costes se incurre en fases relativamente tempranas en el litigio –el coste de formar y organizar el colectivo– mientras que las etapas posteriores del litigio pueden ser relativamente baratas, lo que nos lleva en su conjunto a un escenario más favorable para que puedan prosperar las reclamaciones injustificadas.

En segundo lugar, la posibilidad de una reclamación con poca base para extraer una cantidad de dinero en transacción se correlaciona, entre otros factores, con la pérdida de reputación que para la parte demandada supone la presentación de la demanda y la continuación del pleito (25). Es muy probable que, en igualdad de condiciones, una demanda colectiva comporte un riesgo mayor de pérdida de reputación para el demandado, hecho que implica, por lo tanto, una mayor inclinación a ofrecer o aceptar una cantidad más elevada como transacción por verse libre del pleito.

Es muy difícil obtener confirmación empírica sobre el impacto potencial de los mecanismos de acción colectiva sobre los niveles de reclamaciones injustificadas, teniendo en cuenta que la verdadera naturaleza de la demanda solo se puede deducir de forma imperfecta del resultado del litigio y, de forma aún más imperfecta, de una transacción, si es que el caso concluye de esta forma. La posibilidad teórica existe, como se ha argumentado en este apartado. Los estudios de caso en Estados Unidos, sin embargo, no parecen ser concluyentes sobre la importancia de este problema en los litigios colectivos (26).

C. Las acciones colectivas implican más costes de agencia entre los consumidores y los abogados y las organizaciones de consumidores

En los mecanismos de acción individual, los demandantes ostentan un importante poder de control sobre el proceso. Es cierto que cuando el mecanismo implica complejidades legales que requieren, o recomiendan, el uso de un experto jurídico, los problemas de agencia aparecen en la relación abogado-cliente. Los incentivos del abogado y del cliente no están perfectamente alineados entre sí, y esto implica

(24) Véase, BECHUK, L., «A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue», *Journal of Legal Studies*, Vol. 25, 1996, p. 1.

(25) Véase, SHAEFER, H.B., «The Bundling of Similar Interests in Litigation. The Incentives for Class Actions and Legal Actions taken by Associations», *European Journal of Law and Economics*, Vol. 9, 2000, p. 187.

(26) Véase, HENSLER, D., «Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action other Large Scale Litigation», *Duke Journal of Comparative Law*, Vol. 11, 2001, p. 197.

que el principal (el cliente, el demandante) espera no ser servido óptimamente por el agente (el abogado). Para aliviar los costes de agencia, varias características de la relación abogado-cliente son relevantes: la estructura de remuneración y honorarios, la regulación de los servicios profesionales, la naturaleza de la repetición de la interacción, el tamaño de la firma de abogados, entre otras (27). En el contexto de reclamaciones planteadas por los consumidores, dado el carácter lego de la parte demandante, estos costes tienden a ser considerables.

En mecanismos de acción colectiva sin duda se agravan los costes para los consumidores. El grado de control de cada consumidor individual en el litigio es mínimo. La relación entre abogado y demandante deja de ser relevante, y se sustituye por la relación abogado-colectivo de consumidores o abogado-asociación de consumidores. Por otra parte, la iniciativa y decisión práctica sobre el litigio o arbitraje, y en las negociaciones del acuerdo transaccional, se transfiere al abogado y a la asociación de consumidores, en todo caso. Los costes de agencia se acentúan y suscitan un riesgo evidente de sacrificio del interés del grupo de consumidores afectados. Las cuestiones relativas a como alinear los incentivos de la parte en control del mecanismo colectivo –el abogado o la asociación de consumidores– con los verdaderos intereses del grupo de consumidores afectados, se convierte en decisiva (28).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BEBCHUK, L., «A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue», *Journal of Legal Studies*, Vol. 25, 1996.
- BORENSTEIN, S., «Settling for Coupons: Discount Contracts as Compensation and Punishment in Antitrust Lawsuits», *Journal of Law and Economics*, Vol. 39, 1996.
- CHE, Y.K., «The Economics of Collective Negotiation in Pretrial Bargaining», *International Economic Review*, Vol. 43, 2002.
- DELLA VIGNA, S. Y MALMENDIER, U., «Paying not to Go to the Gym», *American Economic Review*, núm. 96, 2006.
- EPPLE, D. Y RAVID, D., «Product Safety: Liability Rules, Market Structure, and Imperfect Information», *American Economic Review*, Vol. 68, 1978.
- GAROUPA, N. y GÓMEZ, F., «Cashing by the Hour: Why Large Law Firms Use Hourly Fees instead of Contingent Fees», *Journal of Law, Economics & Organization*, 2008.

(27) Para un resumen, véase GAROUPA, N. y GÓMEZ, F., «Cashing by the Hour: Why Large Law Firms Use Hourly Fees instead of Contingent Fees», *Journal of Law, Economics & Organisation*, Vol. 24, 2008, p. 458.

(28) En Estados Unidos, es opinión generalizada que conseguir los incentivos adecuados para los abogados es el factor clave del atractivo social de la litigación colectiva. Véase, por todos, Nagareda, R., *Mass Torts in a World of Settlement*, University of Chicago Press, Chicago-London, 2007, cap. 11. Esto explica por qué las estructuras de incentivos en términos de acuerdos complejos de honorarios –algunas veces, sugeridos por los tribunales, quienes son los encargados por ley de revisar la procedencia de los honorarios de los abogados en los acuerdos de acciones de clase– han sido explorados y usados en la práctica. Estos han sido analizados en términos económicos por KLEMENT, A. y NEEMAN, Z., «Incentive Structures for Class Actions Lawyers», *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 20, 2004, p. 102.

- GEISTFELD, M., «Manufacturer Moral Hazard and the Tort-Contract Issue in Products Liability», *International Review of Law and Economics*, Vol. 13, 1994.
- GÓMEZ, F. (2002), «Economic Analysis of the Directive», en Bianca, C. M. y Grundmann, S. (eds.) *The EU Sales Directive Commentary*, Interscientia, Antwerp-Oxford.
- GROSS, D. y SOULELES, N., «Do Liquidity Constraints and Interest Rates Matter for Consumer Behavior? Evidence from Credit Card Data», *Quarterly Journal of Economics*, núm. 117, 2002.
- HENSLER, D., «Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action other Large Scale Litigation», *Duke Journal of Comparative Law*, Vol. 11, 2001.
- KAPLOW, L., «Shifting Plaintiffs' Fees vs. Increasing Damage Awards», *Rand Journal of Economics*, Vol. 24, 1993.
- KLEMENT, A. y NEEMAN, Z., «Incentive Structures for Class Actions Lawyers», *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 20, 2004.
- OLSON, M., *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, 1965.
- POLINSKY, A. M. y RUBINFELD, D., «Does the English Rule Discourage Low-Probability-of-Prevailing Plaintiffs?», *Journal of Legal Studies*, Vol. 27, 1998.
- POLINSKY, A. M. y RUBINFELD, D., «The Deadweight Loss of Coupon Remedies for Price Overcharges», *Journal of Industrial Economics*, Vol. 66, 2008.
- «The Deadweight Loss of Coupon Remedies for Price Overcharges», *Journal of Industrial Economics*, Vol. 66, 2008.
- MUELLER, D., *Public Choice III*, Cambridge University Press, 2003.
- NAGAREDA, R., *Mass Torts in a World of Settlement*, University of Chicago Press, Chicago-London, 2007.
- SANDLER, T., *Collective Action. Theory and Applications*, University of Michigan Press, 1992.
- SHAEFER, H.B., «The Bundling of Similar Interests in Litigation. The Incentives for Class Actions and Legal Actions taken by Associations», *European Journal of Law and Economics*, Vol. 9, 2000.
- SHAVELL, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA)-London, 1987.
- SHAVELL, S., «Liability for Accidents», en Shavell, S. y Polinsky, A. M. (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Vol. 1, North Holland, 2007.
- SPENCE, A. M., «Consumer Misperception, Product Failure, and Producer Liability», *Review of Economic Studies*, Vol. 44, 1977.
- SPIER, K., «Litigation», en Shavell, S. y Polinsky, A. M. (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Vol. 1, North Holland, 2008.
- VAN DER BERGH, R. y VISSCHER, L., «The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law», *Erasmus Law and Economics Review*, núm. 1, 2008 (disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101377>).

