

# InDret

## **Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica**

**Fernando Gómez**  
Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

**Barcelona, Octubre 2001**

**[www.indret.com](http://www.indret.com)**

## ***Sumario***

- **Introducción**

- **Teoría económica de las garantías**

1. La función aseguradora
2. La función de señalización de calidad
3. La función de reducción de riesgo

- **Las principales decisiones legislativas de la Directiva**

1. Ámbito de aplicación
- 2 Conformidad con el contrato
- 3 Acciones
- 4 Duración
- 5 Garantías contractuales
6. Naturaleza imperativa o inmodificable de la garantía legal

- **Conclusión**

- **Bibliografía**

## • **Introducción**

La Directiva 1999/44/CE constituye la manifestación más destacada del esfuerzo de la legislación comunitaria en la protección del consumidor en materia contractual, en la dirección abierta por otras Directivas como pueden ser la Directiva sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores o la Directiva sobre contratos negociados a distancia. No obstante, la Directiva de 1999 va a comportar, con alta probabilidad, un impacto mayor, más novedoso, y de mayor envergadura sobre los Derechos privados vigentes en los Estados miembros que la adaptación de las anteriores Directivas en las legislaciones nacionales. Sin embargo, no va a ser este eventual severo impacto<sup>1</sup> el objeto de este trabajo. En él voy a ocuparme principalmente de las consecuencias económicas de las reglas que contempla la Directiva.

La Directiva 1999/44/CE, en un sentido amplio, regula la calidad y la falta de ésta en las ventas de consumo y, en particular, los derechos legales del consumidor en caso de falta de conformidad (también entendida de manera amplia) del producto. Estas materias han sido objeto de una considerable atención teórica por la Economía del último cuarto de siglo. El propósito de este trabajo es mostrar como la teoría económica del contrato y de la información y, más específicamente, la teoría económica de las garantías sirven para iluminar el modo en que las previsiones legales contempladas en la Directiva afectan al comportamiento y al bienestar de vendedores y consumidores.

En el análisis que sigue, la Directiva 1999/44/CE va a considerarse punto de partida inexcusable. Precisamente por ello, no habrá ningún análisis preliminar acerca de las posibles justificaciones para la armonización jurídica en general, ni sobre las particularidades de la armonización del Derecho Privado en la Unión, ni, por último, tampoco sobre las intervenciones legislativas de la CE<sup>2</sup>. Tampoco van a ser estudiados los posibles motivos que pueden apoyar la protección jurídica general de los consumidores ni, más genéricamente, el paternalismo jurídico como opción de política jurídica. A este respecto, únicamente aquellos extremos que afectan directamente a la discusión de las normas de la Directiva dedicadas a los derechos de los consumidores en los contratos de compraventa serán objeto de atención.

El trabajo se organiza de la siguiente manera: la Sección I presenta de forma breve la teoría económica de las garantías y sus tres aspectos básicos (seguro, señalización e incentivos a la calidad y a la reducción del riesgo). La Sección II analiza, con la ayuda de la teoría

---

<sup>1</sup> Para un análisis de los efectos probables de la Directiva 1999/44/CE sobre el Derecho privado de varios Estados miembros de la UE, véase Grundmann/Medicus/Rolland (2000).

<sup>2</sup> Sobre estas materias, desde una perspectiva económica, véanse Kirchner (1998) y (2000), Kerber (2000), Cooter (2000), p.136.

económica antes expuesta, las principales decisiones legislativas contenidas en la Directiva 1999/44/CE, en concreto, las que se refieren al ámbito de aplicación, al concepto de falta de conformidad y el sistema asociado de presunciones y de carga de la prueba, a las acciones previstas, a la duración de los derechos de los consumidores, a las garantías contractuales y al carácter imperativo de las normas de la Directiva. Finalmente, la Sección III presenta las conclusiones.

### • **Teoría económica de las garantías**<sup>3</sup>

Los economistas, siguiendo sustancialmente el uso jurídico norteamericano, utilizan el nombre de *warranty* para denominar el conjunto de remedios jurídicos (ya se fundamenten directamente en normas legales o en cláusulas contractuales) ejercitables por el comprador de un determinado bien contra el vendedor<sup>4</sup> en caso de que el producto se revele defectuoso, inadecuado o de cualquier otro modo no conforme a lo convenido. La literatura económica ha demostrado que las garantías cumplen (y deben cumplir, cuando se dan las condiciones apropiadas) tres propósitos o funciones distintas. Estas tres funciones van a ser presentadas sucintamente en las siguientes subsecciones.

#### 1. La función aseguradora

La garantía es una forma de póliza de seguro en la que el vendedor actúa como asegurador. Desde el punto de vista del comprador, el defecto en el producto o su mal funcionamiento suponen un hecho incierto e indeseable. Si existe aversión al riesgo<sup>5</sup>, el comprador deseará, siempre que sea posible, conseguir la cobertura de un seguro frente a este eventual hecho adverso, de manera no muy distinta a como desearía protegerse frente a otros hechos tales como accidentes, enfermedades, robos, etc. Una garantía cumple este propósito en la medida que garantiza al comprador que las consecuencias negativas del mal funcionamiento del producto quedan superadas mediante la reparación, sustitución o devolución del precio por el vendedor, en los términos de la garantía. Es obvio que la reparación, la sustitución o la devolución del precio implican un coste para el vendedor. Por ello la garantía comportará, en buena lógica, un aumento proporcional del precio. El comprador averso al riesgo, sin embargo, prefiere afrontar este aumento en el precio y obtener a cambio la cobertura de seguro que le ofrece la garantía<sup>6</sup>. Desde el punto de vista

---

<sup>3</sup> Revisiones muy útiles de la literatura son Emons (1989b) y Wehrt (2000). Véanse también Schäfer/Ott (2000), p. 437 y Parisi (2001).

<sup>4</sup> En este contexto, la literatura económica utiliza los términos *vendedor* y *productor* de forma casi intercambiable. No porque los economistas no sean conscientes del hecho que el fabricante (productor) y el detallista (vendedor, en el sentido legal) no coinciden habitualmente, sino simplemente, porque la distinción, relevante a efectos jurídicos, es más bien intrascendente para la teoría económica de las garantías.

<sup>5</sup> Sobre los conceptos de aversión al riesgo y neutralidad al riesgo, véase Schäfer/Ott (2000).

<sup>6</sup> Esto no significa que todo vendedor de un producto o servicio desee ofrecer esta cobertura de seguro, ni que el comprador desee obtenerla del vendedor. Por ejemplo, los médicos no ofrecen seguros de salud a sus pacientes. En muchos casos, un seguro obtenido directamente de una compañía aseguradora será más

de la distribución óptima del riesgo o del seguro, si el vendedor es neutral frente al riesgo, la cobertura que provee la garantía debe ser total o completa<sup>7</sup>. Para el caso en el que el vendedor sea averso al riesgo, la cobertura óptima para ambas partes no será completa, sino parcial, ya que ambas preferirán afrontar una parte de los efectos negativos de la inadecuación del producto<sup>8</sup>.

## 2. La función de señalización de calidad

Cuando (como es razonable asumir) el nivel de calidad de un bien se correlaciona negativamente con la propensión a presentar defectos, la garantía sirve como un instrumento para que los vendedores de bienes de alta calidad comuniquen esta característica a los consumidores, en aquellas circunstancias en las que éstos no son capaces de identificar la calidad del producto antes de su adquisición. Supongamos que existen dos tipos de vendedores, de alta y de baja calidad, y que los productos del primer grupo son más costosos de producir, pero también menos propensos a presentar defectos. Ante un vendedor individual en una posible transacción, los compradores no son capaces de identificar el grupo al que pertenece aquél. En ausencia de garantías u otros mecanismos para superar esta asimetría de información<sup>9</sup>, los bienes de alta calidad se verán desplazados del mercado: dada la falta de información de los compradores, éstos no estarán dispuestos a pagar más que por una calidad media (el promedio ponderado entre alta y baja calidad), precio al cual los vendedores de alta calidad serán probablemente reacios a vender. Sabiendo de antemano que los bienes de alta calidad no van a ofrecerse, los compradores sólo estarán interesados en pagar por una calidad baja y eso es precisamente lo que van a obtener<sup>10</sup>.

No obstante, el uso de garantías por parte de los vendedores de alta calidad puede superar esta indeseable situación. Las garantías pueden servir como señales fiables de alta calidad. Las garantías trasladan los costes derivados de la inadecuación del producto o de su mal funcionamiento desde los compradores a los vendedores. Los costes esperados de la

---

atractivo para el comprador. Pero es cierto para muchos productos que el mundo real nos enseña que los seguros en forma de garantías son adquiridos libre y voluntariamente por los compradores de sus vendedores.

<sup>7</sup> Una cobertura total de seguro significa que, dado este nivel de cobertura, la utilidad de la persona asegurada será la misma con o sin el hecho adverso, en este caso, la falta de conformidad del producto.

<sup>8</sup> Parisi (2000), p.12, contempla asimismo la distribución del riesgo mediante garantías cuando el comprador es neutral ante el riesgo. Como es también cierto en relación con la distribución del riesgo mediante remedios contractuales en una situación contractual general [véase Polinsky (1983)], cuando el vendedor es averso al riesgo y el comprador es neutral ante el riesgo, la cobertura óptima de la garantía es cero. Cuando ambos son neutrales ante el riesgo, cualquier cobertura de la garantía, desde cero hasta la cobertura total, es igualmente óptima.

<sup>9</sup> La información es asimétrica entre las partes del contrato porque los vendedores conocen el grupo al que pertenecen pero los compradores lo ignoran.

<sup>10</sup> Este es el conocido resultado del *mercado de limones*, expuesto por primera vez por Akerlof (1970). Si hubiéramos supuesto una distribución continua de tipos de vendedores, el mercado se hubiera colapsado por completo y los bienes no hubieran podido venderse.

cobertura de la garantía, para todos los niveles de ésta, son inferiores para los vendedores de alta calidad que para los de baja calidad, puesto que los productos de los primeros son menos propensos a fallar o a no satisfacer las expectativas de los consumidores que los de los vendedores de baja calidad. Por ello, siempre existirá un nivel de cobertura de la garantía que los vendedores de alta calidad podrán ofrecer con beneficio (o, al menos, sin incurrir en pérdidas), pero que no podrá ser ofrecido por los vendedores de baja calidad al mismo precio que los vendedores del primer grupo, a no ser que incurran en pérdidas (recuerde que ofrecer la cobertura de una garantía es siempre más costoso para los vendedores de baja calidad puesto que sus productos fallan más). Ofreciendo el producto con un nivel de cobertura de la garantía que no puedan imitar los vendedores de baja calidad, los vendedores de alta calidad comunicarán de forma creíble a los consumidores que su producto pertenece al tipo de calidad alta <sup>11</sup>.

La cobertura de la garantía no funciona en este caso como un mecanismo de seguro<sup>12</sup>. Incluso si los compradores son neutrales ante el riesgo, los vendedores de alta calidad están dispuestos a ofrecer este nivel de cobertura de la garantía que les permite identificarse y distinguirse de sus homólogos de baja calidad<sup>13</sup>.

Se hace ahora necesaria una última precisión para concluir esta subsección. Se refiere a la percepción de riesgos por parte de los consumidores. Las garantías van a ser ofrecidas como señales de alta calidad siempre que los compradores no infravaloren los riesgos de inadecuación del producto, de mal funcionamiento o de falta de conformidad con el contrato. Cuando los consumidores, en cambio, valoran incorrectamente los riesgos, las garantías no van a ser ofrecidas o las que se ofrezcan no van a ser las socialmente deseables<sup>14</sup>. Por ejemplo, para aquellos consumidores que no tengan en cuenta el riesgo de inadecuación del producto (en otras palabras, que perciban el riesgo como inexistente) el valor de la garantía es cero. No desearán pagar ni una peseta más en el precio a cambio de la cobertura de la garantía, si bien la cobertura en realidad supone un coste para el

---

<sup>11</sup> Una aclaración técnica no está de más en este momento, especialmente para aquéllos que puedan desconfiar cuando los vendedores disfrutan de un cierto grado de poder de mercado: esta función de señalización propia de las garantías se aprecia mucho más claramente aún en las estructuras de mercado monopolísticas [Grossman (1981)] u oligopolísticas [Gal-Or (1989)] que en los mercados competitivos.

<sup>12</sup> Es obvio que si, en las circunstancias antes descritas, el comprador es averso al riesgo, la garantía funciona tanto como un instrumento de señalización como un instrumento de seguro. Como era de esperar (véase *supra* subsección I.1.), la aversión al riesgo por parte del comprador comporta un aumento en la cobertura óptima de la garantía con respecto al nivel que sería óptimo en su ausencia (*id est*, la cobertura completa será el nivel óptimo de la garantía que van a ofrecer los vendedores de alta calidad).

<sup>13</sup> Esto no quiere decir que la función de señalización e identificación colisione con la función de seguro. El hecho de que un comprador neutral ante el riesgo reciba cobertura mediante la garantía, como consecuencia de la tendencia del vendedor a señalar la calidad no significa que esta cobertura sea indeseable desde el punto de vista de la distribución del riesgo o el seguro. Como se ha indicado anteriormente (*supra*, nota 7), cuando el comprador y el vendedor son neutrales ante el riesgo, cualquier nivel de cobertura (incluyendo una cobertura cero y una cobertura completa) es óptimo desde la perspectiva de la distribución del riesgo, por eso no existe una pérdida de eficiencia en este caso cuando la garantía se ofrece por razones de señalización de calidad.

<sup>14</sup> Véanse Spence (1977), Shavell (1987), p. 61, y Wehrt (2000).

vendedor que la ofrece (por ello, el vendedor necesitará aumentar a cambio el precio del producto para no sufrir pérdidas). En consecuencia, no se ofrecerán garantías.

No voy a detenerme más, por ahora, en esta importante cuestión de la infravaloración de riesgos por parte de los consumidores. Volveré sobre ella cuando trate de su posible incidencia sobre la regulación legal de los derechos del consumidor para el caso de inadecuación del producto o falta de conformidad<sup>15</sup>.

### 3. La función de reducción del riesgo de defecto

No se ha hecho referencia todavía, en relación con la función económica de las garantías como instrumentos de seguro e identificación, al hecho de que los vendedores<sup>16</sup> o, eventualmente, los compradores pueden influir con su comportamiento en la probabilidad y/o la magnitud de la inadecuación del producto y en sus consecuencias negativas. La función del seguro se sustenta en el hecho de que el defecto en el producto supone un evento incierto y negativo para el comprador. Y para la señalización se supone, de ordinario, que la calidad de cualquier vendedor determinado está fijada y que nada puede hacerse para mejorarla y, así, reducir los costes esperados de la inadecuación del producto o su mal funcionamiento.

De hecho, existen pocas dudas de que, en realidad, el vendedor puede afectar tanto la probabilidad como la magnitud del mal funcionamiento del producto. El diseño, la construcción, la fuerza, la fiabilidad y la durabilidad, entre otras características, de cierto producto pueden ser mejoradas por el vendedor, aunque todas ellas, desde luego, a un coste. Las obligaciones legales que la garantía impone sobre el vendedor le inducen a preocuparse sobre la calidad del producto: si se disminuye la calidad pueden reducirse los costes de producción, pero también se aumentan simultáneamente los costes asociados con las obligaciones de la garantía que debe soportar el vendedor y, por ello, se producen incentivos para invertir en reducción del riesgo de defecto del producto y mejora de la calidad. En palabras de Priest, la garantía opera como un vínculo de cumplimiento<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Véase *infra*, subsección II.6

<sup>16</sup> Durante lo que resta de esta sección va a continuar usándose el término vendedor para referirse tanto al vendedor final en el sentido de parte del contrato de compraventa con el comprador-consumidor como, cuando no coinciden, a otras partes necesarias para que el producto llegue a esa fase del contrato de compraventa, específicamente, el productor del bien y, eventualmente, el mayorista. Es cierto que habitualmente es el productor (fabricante) quien puede condicionar más directamente el riesgo de defecto en el producto. Pero los mayoristas y los minoristas pueden también, en muchos casos y hasta cierto punto, afectar (mediante la entrega, conservación, almacenamiento, instalación, etc.) la probabilidad de que ocurra y la gravedad de sus resultados. De todas formas, incluso aún cuando no sea éste el caso, va a hablarse simplemente de vendedor, tratando a ambos (vendedor y productor) como si estuvieran integrados verticalmente, o como si sus relaciones contractuales condujeran materialmente a este mismo efecto.

<sup>17</sup> Priest (1981), p. 1309.

Las garantías no son la única solución posible para proporcionar incentivos a la reducción del riesgo de mal funcionamiento del producto. Incluso en ausencia de garantías, existen otros incentivos que actúan en la misma dirección y pueden, eventualmente, permitir alcanzar el mismo resultado. Cuando los consumidores están perfectamente informados acerca del riesgo de inadecuación del producto o de su mal funcionamiento, los vendedores tienen los incentivos apropiados para prestar una determinada calidad y fiabilidad del producto: cuando el conocimiento de los consumidores sobre la probabilidad y la magnitud de incurrir en costes (derivados de la necesaria reparación o sustitución del producto defectuoso) es perfecto, añadirán este coste esperado al precio de mercado del producto. La disposición de los compradores a pagar por el producto se verá reducida si el vendedor miente sobre la calidad, ya que anticipa que se incrementarán los costes, soportados por ellos mismos en ausencia de la cobertura de una garantía, derivados de la inadecuación del producto. Y ello proporciona al vendedor los incentivos adecuados para ofrecer calidad<sup>18</sup>.

La reputación (o mejor, su pérdida) es también una poderosa fuente de incentivos para invertir en calidad y en reducción de riesgos<sup>19</sup>. La reputación puede funcionar efectivamente como un obstáculo al comportamiento oportunista de los vendedores cuando el comprador va a realizar adquisiciones repetidas de un mismo vendedor. Pero también lo será aún cuando la compra repetida por un mismo consumidor no sea un hecho frecuente, siempre y cuando la información sobre la pérdida de la reputación se transmita con rapidez y facilidad a otros posibles compradores<sup>20</sup>.

No obstante, es innegable que las garantías realmente proporcionan incentivos serios e inmediatos a los vendedores para el mantenimiento de la calidad y para la reducción de riesgos de inaptitud o de mal funcionamiento del producto. Este positivo efecto incentivador debería, en principio, abogar por una garantía amplia y generosa: cuanto más completa sea la garantía más fuerte va a ser el incentivo directo al control de la calidad y la prevención del riesgo de defecto.

Los inconvenientes de la proposición anterior derivan del hecho de que los costes esperados de la inadecuación del producto no sólo son influenciados por el vendedor. El comprador está, al menos en muchas circunstancias, en una posición que le permite afectar la probabilidad de que el producto no funcione adecuadamente, así como la naturaleza y

---

<sup>18</sup> Shavell (1987), p. 52.

<sup>19</sup> Para estas ideas de salvaguardia de calidad en el mercado, véanse Klein/Leffler (1981) y Arruñada (2001).

<sup>20</sup> Este efecto es particularmente fuerte cuando el vendedor ha incurrido en grandes gastos de publicidad. Si el vendedor disminuye la calidad, la buena reputación tan arduamente labrada por las campañas de publicidad, va a desaparecer rápidamente (todo el dinero invertido en publicidad es inútil después de que desaparece la reputación), y los consumidores acudirán a las marcas competidoras una vez se conozcan las noticias sobre la inferior calidad (de hecho, cuanto más popular sea una marca, más rápida va a ser la reacción de los consumidores). Los gastos en publicidad constituyen, en este sentido, una forma indirecta de vínculo de cumplimiento que opera de forma muy similar a las garantías.



magnitud de las consecuencias negativas de tal anomalía. Cuanto más descuidado sea el manejo del producto por el consumidor, o cuanto más intenso sea su uso, mayor será la probabilidad de que el producto falle o deje de funcionar como se esperaba, y mayor será la gravedad de la avería, si ocurre. Cuando la garantía es completa, el consumidor es indiferente al destino del producto, porque los efectos adversos del defecto (coste de reparación o sustitución) se desplazan al vendedor en virtud de la garantía<sup>21</sup>. Dado que un manejo cuidadoso y un uso menos intenso del producto resultan costosos para el consumidor y que, de otro lado, no soporta ningún coste en caso de mal funcionamiento del producto al existir la garantía, no existen incentivos para desplegar un comportamiento precavido que reduzca el riesgo. Éste es un típico problema de riesgo moral<sup>22</sup>.

Si un comportamiento inapropiado por parte del consumidor respecto del producto fuera verificable por una autoridad externa (típicamente, por un tribunal), se podría mantener aún una garantía completa sin preocuparnos demasiado por los incentivos (o la falta de ellos) del comprador. La cobertura de la garantía se podría hacer depender de si el consumidor actuó o no adecuadamente en relación con el riesgo de defecto del producto. O, incluso en el caso de que faltaran cláusulas contractuales relevantes a tal efecto, los Tribunales podrían construir y usar una regla análoga a la de la negligencia contributiva o a la de negligencia comparativa<sup>23</sup> en el Derecho de daños, y negar o reducir la cobertura de la garantía en función de la omisión de cuidado en la conducta del consumidor. En ambos casos, el riesgo moral del consumidor puede ser controlado en niveles más que aceptables.

Por desgracia, la verificación del comportamiento de los compradores en relación con el producto es muy difícil. En la mayoría de casos, lo que ha ocurrido en la realidad es simplemente desconocido o, como mínimo, suficientemente difícil de apreciar, lo que impide el uso de una regla del tipo de la negligencia comparativa o contributiva como alternativa viable. La única opción factible para afrontar el problema, o para mitigarlo, es la introducción de garantías parciales (en diversas dimensiones de los mismos), es decir, una reducción en la cobertura de la garantía<sup>24</sup>. Por ello, no sorprende encontrar garantías limitadas expresamente a partes o componentes del producto que no pueden ser

---

<sup>21</sup> Es cierto, sin embargo, que la garantía, aunque sea completa, puede no reintegrar totalmente al consumidor de la utilidad pérdida en caso de defecto del producto. Por ejemplo, los daños y perjuicios resultantes pueden quedar fuera de la garantía o trasladarse al vendedor solamente en determinadas circunstancias. De hecho, la Directiva 1999/44/CE no incluye la reclamación de los daños y perjuicios entre los derechos imperativos del consumidor en el caso de falta de conformidad del producto. Es éste un tema sobre el que regresaré en la sección II. Si el consumidor no es resarcido completamente en caso de defecto del producto, obviamente, no será absolutamente indiferente hacia este tipo de eventos. El argumento presentado en el texto, sin embargo, no pierde su fuerza teórica, sólo se ve de alguna manera debilitado en su traducción práctica a algunos supuestos concretos.

<sup>22</sup> El problema del riesgo moral es enfatizado por la mayoría de los comentaristas económicos de las garantías: Emons (1989b), p.49, Schwartz/Scott (1991), p. 206, Wehrt (2000), p. 188, Schäfer/Ott (2000), p. 445. Para los conceptos básicos de riesgo moral y selección adversa, véase Schäfer/Ott (2000).

<sup>23</sup> Como ha mostrado Shavell (1987), cap. 1, en el contexto del Derecho de daños, ambas reglas inducen a un comportamiento óptimo por parte de la víctima (el consumidor en nuestro caso).

<sup>24</sup> En el ámbito de los seguros, análogamente, existen las franquicias.

manipuladas fácilmente por los consumidores, o limitadas en su duración para así excluir los casos de defecto en el producto que mayoritariamente dependen de un uso considerablemente intenso del bien en cuestión.

Desde el punto de vista de los incentivos óptimos para la reducción del riesgo de falta de conformidad del producto, en definitiva, el contenido de la garantía debe ser tal que imponga al vendedor la obligación de adoptar las inversiones en reducción de riesgos en los que tenga una ventaja comparativa (fuerza del motor y resistencia, por ejemplo) mientras, que al mismo tiempo, se excluya para aquellas otras inversiones en cuidado que el consumidor pueda adoptar de una forma más barata (pintura y conservación exteriores, por ejemplo). Esto es, en pocas palabras, la llamada teoría de la ventaja comparativa o de la inversión, patrocinada principalmente por Priest<sup>25</sup>.

Pero además de este problema del riesgo moral, las garantías completas resultan inadecuadas en situaciones de selección adversa. Desde el punto de vista del riesgo de defectos del producto, los consumidores pueden dividirse intrínsecamente en diferentes grupos. Por ejemplo, algunos compradores manifiestan un uso más intenso del producto (familias numerosas, empresas) que otros (personas que viven solas). Los primeros presentan un riesgo intrínseco de sufrir una anomalía en el producto mayor que los últimos, pero los vendedores no saben en el momento de la venta a qué grupo pertenece un determinado comprador. Con una garantía completa, el contrato acompañado de la garantía es más atractivo para el comprador de alto riesgo, porque por el mismo precio puede sacar más provecho de la garantía (se encuentran con el defecto en el producto más a menudo). La única manera de evitar que los compradores de bajo riesgo sean expulsados del mercado<sup>26</sup> es restringir la cobertura de la garantía. Los compradores de bajo riesgo son sometidos a un contrato con un precio inferior, pero con una garantía asociada que tiene una cobertura limitada<sup>27</sup>. Por ello, los compradores de alto riesgo no resultan tentados de hacerse pasar por compradores de bajo riesgo y comprar el contrato diseñado para éstos. Los compradores de alto riesgo, en efecto, pueden resultar atraídos hacia un contrato con cobertura total a un mayor precio. Efectos similares a la restricción de la cobertura material de la garantía pueden obtenerse mediante limitaciones de la duración de la garantía<sup>28</sup>. Por lo tanto, no sólo el riesgo moral, sino también la selección adversa explica la existencia de

---

<sup>25</sup> Priest (1981). Es cierto que en su análisis de la ventaja comparativa Priest incluye no solamente inversiones en prevención, sino también la superioridad en la asunción del riesgo o la capacidad de autoasegurarse frente a la falta de conformidad del producto.

<sup>26</sup> Se trata otra vez de un caso de mercado de limones, sólo que aquí son los compradores los que conocen su tipo (su propensión a experimentar defectos del producto) y los vendedores los que lo ignoran. El resultado esperado de esta situación es, sin embargo, el mismo del caso anterior.

<sup>27</sup> De hecho, el nivel de cobertura para los compradores de bajo riesgo es ineficientemente bajo, es decir, es inferior al que habrían escogido libremente estos compradores. La ineficiencia es conscientemente introducida por el vendedor en aras a conseguir que los compradores de alto riesgo no se sientan atraídos por contratos diseñados para los compradores de bajo riesgo. Ésta no es una propiedad específica de las garantías en estas circunstancias, sino más bien una característica general de los modelos de selección adversa [véase Macho-Stadler/Pérez-Castrillo (1997), p. 106].

<sup>28</sup> Emons (1989a), Emons (1989b).

garantías con una cobertura incompleta en los mercados del mundo real (en algunos casos, con una cobertura muy inferior a la completa).

Como puede deducirse fácilmente de los argumentos expuestos en las tres subsecciones previas, aunque las funciones de seguro, señalización y reducción del riesgo estén, en mayor o menor medida, siempre detrás de las garantías contractuales, la verdad es que las tres no tienen necesariamente que coincidir en el diseño óptimo de la cobertura de la garantía. Una ampliación de la cobertura puede resultar deseable para un mayor desplazamiento del riesgo de compradores muy aversos al riesgo, pero puede exacerbar simultáneamente el problema del riesgo moral cuando estos compradores pueden influir en el riesgo de inadecuación del producto. O un racionamiento de la cobertura para mejorar los problemas de selección adversa por parte de diferentes grupos de compradores puede colisionar con el deseo de señalar la fiabilidad del producto mediante una ampliación de la garantía.

En un contrato perfectamente contingente las partes deberían ser capaces de diseñar una cláusula de garantía pareto-óptima. Las garantías efectivamente observables en los mercados del mundo real, incluso dejando al margen el importante nivel de regulación legal imperativa en la mayoría de sistemas jurídicos, se encuentran muy alejadas de esa garantía perfecta. La teoría económica de las garantías, no obstante, permite sacar a la luz una serie de factores y consideraciones capaces de iluminar la política legislativa y guiar la interpretación de las disposiciones legales aplicables y, especialmente, las contenidas en la Directiva 1999/44/CE.

### • **Las principales decisiones legislativas de la Directiva**

La Directiva 1999/44/CE no pretende ofrecer una regulación completa de los contratos de compraventa con consumidores, no digamos ya del contrato de compraventa en general. Pero contiene un conjunto mínimo de derechos de los compradores que va a constituir, en todos los Estados de la UE, la garantía exigida legalmente en los contratos sobre bienes de consumo. También incluye el aparato conceptual necesario para organizar los derechos y acciones del consumidor en este tipo de transacciones económicas. Pero antes de entrar en su análisis, es necesario tratar en primer lugar del ámbito de aplicación de la Directiva. Éste viene determinado por una serie de definiciones y (posibles) exclusiones. Los fundamentos económicos sobre los que se construye el ámbito de aplicación de la Directiva son muy de tener en cuenta.

#### 1. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 1999/44 CE se basa en las definiciones de vendedor (y productor<sup>29</sup>) y consumidor recogidas en el art. 1.2. Consumidor y vendedor

---

<sup>29</sup> La Directiva distingue entre vendedores y productores. El vendedor es cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional,

son definidos de acuerdo con los conceptos habituales ya familiares en las preexistentes Directivas de protección a los consumidores. Además de la consistencia o coherencia con las definiciones pasadas, hay más razones que abonan la elección del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva, determinado por estas nociones.

Art. 1.2. "A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- a) "consumidor": toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional;
- b) "bien de consumo": cualquier bien mueble corpóreo, excepto los siguientes:
  - los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento,
  - el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en el volumen delimitado o en cantidades determinadas,
  - la electricidad;
- c) "vendedor": cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional;
- d) "productor": el fabricante de un bien de consumo, el importador de un bien de consumo en el territorio de la Comunidad o cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo;
- e) "garantía": todo compromiso asumido por un vendedor o un productor respecto del consumidor, sin coste suplementario, de reembolsar el precio pagado por un bien de consumo, de sustituirlo, de repararlo o de ocuparse del modo que fuere del bien en caso de que no corresponda a las condiciones enunciadas en la declaración de garantía o en la publicidad correspondiente;
- f) "reparación": en caso de falta de conformidad, poner el bien de consumo en un estado que sea conforme al contrato de venta."

Excluir del ámbito de aplicación de la Directiva contratos en los que el vendedor no sea un profesional es una opción muy sensata. La razón de esta afirmación descansa no tanto en la ausencia (presumible, dado el carácter no profesional del vendedor) de desigualdad en el respectivo poder de negociación de las partes. Una garantía legalmente imperativa, como la que prevé la Directiva, no cumpliría, con mucha probabilidad, ninguna de las funciones económicas descritas en la sección precedente cuando el vendedor no sea una empresa o un profesional. La función de seguro sería probablemente inexistente, dada la aversión al riesgo por parte del vendedor. Y, por otra parte, el incentivo a invertir en calidad y reducción del riesgo sería discutible, debido a que el vendedor no profesional habitualmente tiene poco control sobre la calidad del bien (no lo ha producido, ni es su profesión u oficio saber de ello) y a la naturaleza aislada de la transacción. Las normas de Derecho privado general sobre fraude y error y sobre deberes de información precontractual parecen, combinadas, más adecuadas para controlar la posible conducta oportunista del vendedor no profesional. En cuanto a la señalización, existen otras formas de superar, si fuera necesario, la asimetría de información (conocimiento personal entre las

---

mientras que el productor es el fabricante de un bien de consumo (a los que se asimilan el importador de un bien de consumo en el territorio de la Comunidad, y cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo). Contrariamente a lo que se dijo en la sección anterior, y de conformidad con estas definiciones, se utilizarán ahora los términos de vendedor y productor en el significado más preciso que les atribuye la Directiva. El papel del productor, sin embargo, no va a ser examinado en esta subsección.

partes, búsqueda e inspección por el comprador, sanciones sociales) y en último término, las partes pueden libremente pactar una garantía contractual si lo desean.

La definición de la otra parte contratante, el consumidor, ha sido criticada por insuficiente. La exclusión de las personas jurídicas (que no actúen en el marco de un oficio, profesión o negocio)<sup>30</sup> y de los profesionales individuales<sup>31</sup> ha sido juzgada negativamente. Creo, sin embargo, que las buenas razones que apoyan la decisión de excluir del ámbito de aplicación de la Directiva los contratos en los que el comprador es una empresa o un profesional corporativo también son sustancialmente aplicables a estos dos casos.

Cuando los compradores son organizaciones que tienen experiencia como actores o jugadores repetidos, los problemas de asimetría de información en relación con los vendedores tienden a ser menos acusados que cuando los compradores son consumidores. Además, las presiones no jurídicas y de reputación son más fuertes y más efectivas sobre la mala conducta de los vendedores cuando esta categoría de compradores es parte en la transacción. Por eso, la confianza en el sistema jurídico, expresada en garantías legalmente obligatorias, parece mucho menos necesaria para asegurar un cumplimiento adecuado del contrato por parte del vendedor. Por encima de todo esto, el carácter corporativo del comprador minora significativamente la necesidad de las garantías como instrumentos de desarrollo de valiosas funciones económicas: la motivación de aseguramiento es más secundaria en este caso y los problemas de selección adversa, debidos a las diferencias en el riesgo de funcionamiento defectuoso del producto, se acentúan y agravan cuando los individuos y las empresas son agrupados en un único grupo de cobertura bajo la garantía<sup>32</sup>.

Estas características, aunque probablemente de una forma algo atenuada, están también presentes en relación con las personas jurídicas no profesionales y los profesionales individuales. Por todo ello su exclusión del concepto de consumidor de la Directiva parece, en definitiva, una decisión acertada.

Para el ámbito de aplicación objetivo o material de la Directiva el art. 1 cuenta con una definición (la de bienes de consumo), una posible exclusión y una inclusión adicional referida al tipo de contrato.

---

<sup>30</sup> Parisi (2000), p. 19.

<sup>31</sup> Medicus (1996), p. 1925, Schäfer (2000), p. 566.

<sup>32</sup> En términos estadísticos, las empresas y los profesionales usan más intensamente los productos y, por ello, podría pensarse que, presentan más riesgo que los consumidores individuales desde el punto de vista de mal funcionamiento del producto. Los vendedores, para evitar la descomposición de un mercado con selección adversa, tenderían a colocar a cada grupo en un contrato y con una garantía diferentes (véase *supra*, subsección I.3). Si, como hace la Directiva, se impone legalmente una garantía completa y se fuerza a ambos grupos de compradores a la misma garantía legal (éste sería el resultado de incluir a las empresas y las organizaciones en el ámbito de aplicación de la Directiva), la distribución por grupos sería imposible para el vendedor, agrandándose el problema de selección adversa.

Los bienes de consumo se definen como cualquier bien mueble corporal, exceptuando los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento<sup>33</sup>, el agua y el gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o en cantidades determinadas, así como la electricidad.

Esta definición incluye tanto a los bienes nuevos como a los usados, ya sean cosas específicas o genéricas. Entre los bienes usados o de segunda mano típicamente vendidos por vendedores profesionales (y por ello, los únicos que reúnen las condiciones necesarias para la garantía legal prevista en la Directiva) se encuentran, de un lado, las antigüedades (en el sentido más amplio, incluyendo libros y joyas), obras de arte y otros objetos de colección, y de otro, los coches y otros vehículos a motor. En cuanto al primer grupo, es dudoso que en este marco las garantías sean capaces de desplegar con fuerza sus habituales rasgos económicos positivos, concretamente, el seguro, la señalización y los incentivos para la reducción del riesgo. Por lo que se refiere a esta última función económica, creo que es totalmente inane con respecto a esta clase de bienes. Los vendedores no pueden hacer mucho para mejorar los bienes artísticos y las antigüedades<sup>34</sup>, ni los compradores pueden hacer mucho para empeorarlos (perder valor sería más apropiado) o para prevenir que se averíen<sup>35</sup>. De hecho, empíricamente, el mismo significado de defecto del producto en el caso de pinturas o incunables es totalmente distinto al que puede entenderse en ordenadores, electrodomésticos, o mobiliario de jardín. El aspecto clave de los primeros es la autenticidad y el valor, no la fiabilidad, capacidad de trabajo o adecuación para una determinada función o propósito. La función incentivadora en el caso del arte y las antigüedades no se traduce en proporcionar incentivos para producir artículos mejores, más duraderos y de mayor calidad (producir arte y antigüedades mejores es casi un imposible metafísico), sino en proporcionar los incentivos apropiados a las partes para que un determinado bien termine en manos de quien lo valora más. Los aspectos clave a tal objeto son la valoración diligente y la descripción (en caso de subasta o venta por catálogo) de los bienes, la revelación socialmente deseable de los hechos materiales relativos a los bienes y la confianza eficiente (es decir, no excesiva) por parte del comprador. La valoración y la descripción están relacionadas con las actividades y servicios de carácter profesional, típicamente sujetas a reglas de responsabilidad por culpa. Y los problemas de revelación y de confianza pueden ser abordados mejor por normas específicas a estos efectos (como las reglas de Derecho privado general sobre deberes de revelación en fase precontractual, dolo y error). E incluso, si pudiera existir algún espacio para las ventajas de seguro e identificación de las garantías en relación con este tipo de bienes, de todos modos, me parece que las diferencias cuantitativas y cualitativas, que existen con el núcleo duro que debería ser cubierto por las garantías, inclinan claramente la balanza a favor de dejar

---

<sup>33</sup> En este sentido, ésta es una restricción del significado de bienes de consumo como bienes muebles que no se refiere realmente a los bienes como tales (puede tratarse de bienes muebles corporales indistinguibles de otros no excluidos) sino al mecanismo legal mediante el cual son enajenados.

<sup>34</sup> Abstracción hecha de las evidentes medidas de conservación.

<sup>35</sup> A parte de una burda utilización inadecuada por su parte.

fuera del ámbito de la Directiva la compraventa de bienes únicos, como son los objetos de arte y las antigüedades.

Es cierto que la posible exclusión de los bienes de segunda mano vendidos en una subasta (art. 1.3) se refiere principalmente, aunque de forma no exclusiva, al arte y las antigüedades. Pero la (sólida, desde mi punto de vista) razón económica para esta exclusión no se basa primordialmente en el uso de la subasta como mecanismo de venta, sino en el carácter único de los bienes y en las propiedades específicas del mercado de arte y antigüedades<sup>36</sup>.

Art. 1.3. “Los Estados miembros podrán establecer que los "bienes de consumo" no incluyan los bienes de segunda mano vendidos en una subasta en la que los consumidores puedan asistir personalmente a la venta.”

En cambio, en lo referente a los vehículos a motor de segunda mano, creo que nos encontramos en un ámbito en el que las garantías despliegan característicamente su función económica<sup>37</sup>. Un problema totalmente diferente (y que será abordado en el subapartado 6), desde luego, es hasta qué punto la garantía imperativa prevista en la Directiva 1999/44/CE puede desempeñar un papel económico positivo.

El ámbito de aplicación de la Directiva también se amplía atendiendo al tipo de contrato. El art. 1.4 establece que los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse también serán considerados contratos de compraventa a efectos de la Directiva. Parece correcto que la garantía (el conjunto de derechos del cliente frente a la otra parte en el contrato) asociada a un traje hecho a medida o a un mueble de encargo no sea diferente a la que acompaña a estos artículos ya fabricados, independientemente del hecho de que en los diferentes sistemas jurídicos europeos el contrato sobre la primera clase de bienes no pueda ser considerado jurídicamente un contrato de compraventa.

Art. 1.4. “Los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse también se considerarán contratos de compraventa a efectos de la presente Directiva.”

Pero existen también buenas razones económicas detrás de esta solución. Ostensiblemente en la función de reducción de riesgo pero también en la función de señalización, para difundir sus efectos saludables en la economía, se necesita algún tipo de elemento dinámico. Si todo lo que está en juego es la pura transferencia de un bien existente y nada más, las consideraciones de eficiencia no van más allá de asegurarse de que el bien termine en las manos de quien lo valora más. Se requiere alguna clase de “producción” para

---

<sup>36</sup> Hay una condición adicional prevista en el art. 1.3 para aplicar la exclusión: los consumidores deben tener la oportunidad de asistir personalmente a la venta. Este requisito tampoco parece importante. Además, en las subastas inglesas o al alza (las habituales en arte y antigüedades) y en las holandesas o a la baja, los posibles compradores típicamente pueden asistir al acto de la subasta pública.

<sup>37</sup> Martinek (2000) critica fuertemente la inclusión de los coches usados en el ámbito de aplicación de la Directiva. Pero sus argumentos, dirigidos en su mayoría hacia la naturaleza imperativa de la garantía legal, son igualmente aplicables a los coches nuevos.

desplegar totalmente estas funciones, si bien es cierto que puede tratarse de la producción en el futuro de objetos idénticos o similares por parte del mismo fabricante. Incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva, junto a los contratos de compraventa, otros tipos de contrato dirigidos inmediatamente a la producción de un bien es, por tanto, una decisión positiva.

## 2. Conformidad con el contrato

El principio de que los bienes entregados deben ser conformes con el contrato parece un punto de partida obvio y coherente para determinar la extensión de los derechos del consumidor. Si un contrato es una especificación de las acciones que las partes se supone (y, debido al apoyo del sistema jurídico, también con vinculación jurídica) van a realizar, parece lógico que la entrega del objeto deba ser conforme con lo que las partes han pactado.

Determinar en un caso concreto lo que las partes han pactado y lo que es conforme con lo previsto en el contrato es más complicado. Para facilitar esta tarea, el art. 2.2 de la Directiva enumera una serie de factores que, si concurren, permiten presumir que el bien es conforme con el contrato. Estos factores son cumulativos, aunque uno o más de uno pueden no concurrir en un determinado contrato (por ejemplo, la correspondencia con la calidad de una muestra o modelo, si no los hay).

Art. 2.2. “. Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si:

- a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo;
- b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso;
- c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinen bienes del mismo tipo;
- d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado.”

La lista empieza, de forma muy razonable, con la adecuación a la descripción realizada por el vendedor. Pero no solamente la descripción contractual vincula al vendedor. Las expectativas razonables por parte del consumidor basadas en declaraciones públicas<sup>38</sup> acerca del bien, particularmente la publicidad y el etiquetado, han de ser igualmente satisfechas por el producto. No existe valor social en los mensajes destinados al público (de forma notable, en la publicidad) que crean expectativas razonables y representaciones en los consumidores, si posteriormente los vendedores pueden faltar a su palabra. Si un

---

<sup>38</sup> Los vendedores no quedan obligados sólo por las declaraciones públicas de las que son responsables, sino también por aquellas originadas por el productor o los representantes de éste, supuesto que el vendedor razonablemente no desconocía la publicidad (es difícil imaginar que el vendedor pueda razonablemente desconocer el etiquetado). La solución es recomendable desde un punto de vista económico, porque de otra forma los vendedores no estarían de ningún modo interesados en el contenido de la publicidad, que mayoritariamente corresponde al fabricante y al importador organizar y decidir.



anuncio es capaz de inducir en un consumidor racional medio para el tipo de producto en cuestión una cierta representación sobre el producto, su ausencia debe constituir una falta de conformidad con el contrato.

Requerir que el producto sea apto para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo y que presente la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo [art. 2.2 (c) y (d)] es también muy razonable desde el punto de vista económico. No obligar al vendedor a cumplir con el funcionamiento o propósito normal de un determinado tipo de bienes produciría un incremento considerable en los costes de transacción: la mayoría de contratantes preferirían típicamente que el producto satisficiera estos fines habituales, pero para obtener este resultado necesitarían pactarlo expresamente en una cláusula contractual, lo que comportaría los costes de transacción asociados con la negociación y redacción de dicha cláusula. Una regla jurídica que condujera al mismo resultado supondría, por lo tanto, un ahorro en los costes de transacción. Además, parece difícil negar que un comprador medio pueda razonablemente creer que el vendedor estaría de acuerdo en soportar el riesgo de inaptitud para usos habituales o para un funcionamiento inferior al normal cuando las partes tuvieran que negociar sobre la materia<sup>39</sup>.

Para las finalidades especiales e idiosincráticas del consumidor, el vendedor se obliga sólo si este uso especial se puso en su conocimiento en el momento de la celebración del contrato y, además, el vendedor lo admitió. La regla también tiene una sólida base económica. Ahorra costes de comunicación entre las partes contractuales (sólo la minoría, es decir, aquéllos que tienen el propósito idiosincrático, deben comunicarlo, y no la mayoría de compradores, que no lo tienen), de forma idéntica a la regla del art. 1107 CC, que limita los daños en caso de incumplimiento contractual a los previstos o razonablemente previsibles en el momento de la celebración del contrato<sup>40</sup>.

Más problemática es la cuestión del carácter imperativo o dispositivo del propósito normal, la calidad normal y los estándares de funcionamiento. Como ya se ha explicado, la concepción como reglas supletorias, y no como imperativas, es muy recomendable desde el punto de vista económico. Un consumidor que conozca la inaptitud de un bien para su uso habitual o que el rendimiento del mismo es inferior a la media puede estar, sin embargo, interesado en comprar el producto, naturalmente por un precio inferior al que habría tenido el bien en condiciones normales. Después de la venta, el consumidor no debiera estar legitimado a reclamar la protección de la garantía contra la falta de conformidad. La

---

<sup>39</sup> El consentimiento hipotético de la mayoría de las partes contractuales que tuvieran la oportunidad de contratar sin costes es la base de las llamadas normas dispositivas "mayoritarias", que son las que cuentan con el respaldo de la mayoría de los analistas económicos del Derecho, sobre todo desde el punto de vista del ahorro de los costes de transacción. Véase Ayres (1998).

<sup>40</sup> Esta regla también está vigente en otros países latinos (art. 1150 Code civil, art. 1225 Codice civile) y en la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (art. 74), y en el *Common Law* (regla de *Hadley v. Baxendale*). La norma ha recibido un amplio tratamiento desde la perspectiva del análisis económico del Derecho. Véanse Ayres/Gertner (1989) y (1992), Bebchuk/Shavell (1991), Adler (1999), Gomez (2001).

Directiva, entiendo, apuesta por la interpretación preferible desde el punto de vista económico: el art. 2.3 no tiene en cuenta la falta de conformidad si el consumidor era consciente de ella en el momento de celebración del contrato. Estos estándares son, por tanto, meramente dispositivos y no imperativos.

Art. 2.3. “Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor.”

Pero la falta de conformidad no es únicamente inaplicada cuando el consumidor era de hecho consciente de dicha falta<sup>41</sup>, sino también cuando no podía fundadamente ignorarla. Como expone correctamente Parisi, esta regla implica que la garantía legal impuesta por la Directiva cubre tanto las cualidades de experiencia en el bien como aquellas cualidades de búsqueda, que el comprador, sin embargo, no puede inspeccionar a bajo precio antes de la compra<sup>42</sup>. Esto, sin embargo, no debe interpretarse en el sentido de que tan pronto la falta de conformidad hubiera podido ser observada antes de la adquisición desaparecería inmediatamente la garantía legal. Una determinada característica (negativa) del producto puede ser observable con anterioridad a la adquisición y, por lo tanto, ser considerada como una cualidad de búsqueda, pero los costes de inspección para el hipotético comprador pueden ser superiores a los que soportaría el vendedor de hacer explícita o revelar tal característica del producto<sup>43</sup>. Si este es el caso, ya sea una cualidad de búsqueda o no, la falta de conformidad debe quedar amparada bajo la garantía legalmente obligatoria.

El art. 5.3 contiene una regla sobre la carga de la prueba que es importante para comprender el alcance real de la noción de falta de conformidad.

Art. 5.3. “Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en un período de seis meses a partir de la entrega del bien ya existían en esa fecha, salvo cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad.”

---

<sup>41</sup> Ser consciente debe entenderse en el sentido de un conocimiento real de la falta de conformidad y no como un mero subterfugio derivado de cláusulas contractuales que establecen con carácter general que el comprador conocía el estado y la condición del bien antes de adquirirlo. Tales cláusulas quedan incluidas en la prohibición del art. 7.

<sup>42</sup> Parisi (2001), p.23. Las cualidades de experiencia en un bien son aquellas que no pueden ser observadas antes de la compra y que solamente se hacen manifiestas después de ésta y del uso del bien (su durabilidad o resistencia al uso, por ejemplo). Las cualidades de búsqueda, por el contrario, pueden ser apreciadas antes de la adquisición del producto (el color por ejemplo). La distinción se debe a Nelson (1970).

<sup>43</sup> Esto ocurre, por ejemplo, con la tasa anual equivalente (TAE) en el crédito al consumo. Las tasas de interés anuales de un préstamo son una cualidad de búsqueda: los posibles prestatarios pueden calcularlas, si bien es verdad que a un cierto coste. Resulta menos costoso que los prestamistas hagan explícita la tasa de interés anual en la publicidad y en los contratos de préstamo. Esto es lo que la Directiva 87/102/CE sobre crédito al consumo ha hecho obligatorio (y en España, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo).

Para que la falta de conformidad desencadene la protección de la garantía, el defecto o la anomalía deben existir en el momento de la entrega (art. 3.1), pero sin que ello hubiera podido ser apreciado por el comprador, ya que de otro modo no hubiera existido contrato o hubiera existido una falta de conformidad conocida en el sentido del art. 2.3. Por definición, entonces, el consumidor solamente está en posición de apreciar la falta de conformidad después de la entrega. Si la falta de conformidad se manifiesta en un período de seis meses tras la entrega, se presume que el defecto ya existía en el momento de la misma<sup>44</sup>. Después de este período, es el consumidor quien debe probar suficientemente que la falta de conformidad existía en el momento de la entrega del bien. El probable impacto de estas reglas sobre la carga de la prueba no puede ser subestimado. En el primero de estos períodos, excepto en casos extremos, será muy difícil para el vendedor –con prueba en contrario– aportar una prueba convincente que desvirtúe la presunción y, en efecto, la presunción refutable será, de hecho, equivalente a una garantía completa y absoluta durante seis meses. En el segundo período, aunque intuyo que la carga de la prueba es en cierta medida más fácil de superar por el consumidor, no hay duda de que se crea una restricción significativa de la garantía legal (y también una fuente sustancial de incertidumbres y, en el peor de los casos, de litigios). Las garantías contractuales, como las contempladas en el art. 6, cuando son ofrecidas por los vendedores, pueden ser extremadamente importantes para paliar este último problema.

#### Art. 6

##### “Garantías

1. La garantía comercial obligará a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad.
2. La garantía deberá:
  - declarar que el consumidor goza de derechos con arreglo a la legislación nacional aplicable que regula la venta de bienes de consumo y especificar que la garantía no afecta a los derechos que asisten al consumidor con arreglo a la misma;
  - indicar con claridad el contenido de la garantía y los elementos básicos para presentar reclamaciones en virtud de la misma, en particular su duración y alcance territorial, así como el nombre y dirección del garante.
3. A petición del consumidor, la garantía deberá figurar por escrito o en cualquier otro soporte duradero disponible que le sea accesible.
4. Los Estados miembros podrán, con arreglo a lo dispuesto en el Tratado, exigir que la garantía de los bienes comercializados en su territorio esté redactada en una o más lenguas de las que ellos determinen de entre las lenguas oficiales de la Comunidad.
5. En el caso de que una garantía infringiera los requisitos de los apartados 2, 3 o 4, ello no afectaría en ningún caso a su validez, pudiendo el consumidor en todo caso exigir su cumplimiento.”

### 3. Acciones

---

<sup>44</sup> Salvo cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o con la índole del defecto, aclara el propio art. 5.3.

Los derechos del consumidor en el caso de que se produzca una falta de conformidad del producto abren la vía a cuatro posibles acciones: reparación, sustitución, reducción del precio y resolución o desistimiento del contrato. Pero todas las acciones operan en dos planos diferentes. Las soluciones de primer grado son la reparación o la sustitución, a elección del consumidor (aunque con determinados límites). Sólo en caso de que ninguna de ellas hubiera podido ser llevada a efecto satisfactoriamente, podría el consumidor acceder a la segunda fase y exigir una reducción del precio o la rescisión del contrato.

En teoría, en un mundo sin costes, la solución óptima sería la reducción en el precio que equivaliese exactamente a la pérdida de valor causada por la falta de conformidad. Esta suma podría ser cualquier cantidad comprendida entre una cifra ligeramente superior a cero (cuando la falta de conformidad es insignificante) y el precio total del bien (cuando la falta de conformidad reduce a cero el valor del bien). Con esta suma de dinero el consumidor puede perfectamente obtener lo que le proporcionan las otras soluciones: reparar el producto, conseguir otro del mismo vendedor o conseguir un sustituto de un vendedor diferente (si fuera necesario, obteniendo el dinero mediante la reventa del bien con el defecto). Esta solución gozaría sobre el resto de posibilidades de las mismas ventajas teóricas que, en el contexto general de un incumplimiento contractual, tiene la indemnización de los daños sobre otras soluciones alternativas, y especialmente, sobre el cumplimiento específico<sup>45</sup>.

Por desgracia, tal solución es difícilmente imaginable como alternativa viable en el mundo real. Por ello, la prioridad otorgada a la reparación y la sustitución parece razonable. Esto permite a los vendedores explotar economías de escala en reparación (inversión en costosos equipos de reparación, especialización en el trabajo de reparación, grandes stocks de piezas de recambio)<sup>46</sup> y, hasta cierto punto, también en sustitución (grandes stocks de productos). Esto puede contribuir a reducir el coste que supone la garantía para el vendedor y, en consecuencia, beneficiar en último término a los compradores.

Es cierto, sin embargo, que son necesarios algunos límites al uso preferente de la reparación o la sustitución y a la elección de uno de ellos por parte del consumidor. De otra forma, existiría la posibilidad de que el consumidor pudiera ejercitar sus derechos de forma oportunista: amenazando con utilizar la solución más costosa, incluso prohibitivamente costosa, para el vendedor (períodos de alta ocupación del personal de reparación, agotamiento del bien), el comprador podría obtener una suma superior a la disminución de valor efectiva provocada por la falta de conformidad<sup>47</sup>. De hecho, el art. 3 prevé que la elección entre reparación y sustitución quede sujeta a un criterio de proporcionalidad

---

<sup>45</sup> Sobre la superioridad teórica de la indemnización de daños sobre el cumplimiento específico, véase Shavell (inédito), cap. 13. De hecho, la reparación y la sustitución son versiones del cumplimiento específico como un tipo ideal general de solución.

<sup>46</sup> Schwartz/Scott (1991), p. 204.

<sup>47</sup> Este tipo de situación también se da típicamente con el uso del cumplimiento específico en el ámbito contractual general.

(expresado, además, en términos de costes para el vendedor). Otro criterio similar también se aplica, aparentemente, a la transición del primer al segundo plano de soluciones. Además, en algunos casos la reparación o la sustitución, o ambas, son imposibles (destrucción física del bien tras la falta de conformidad, bienes únicos o de segunda mano). Indudablemente, la preferencia por la reparación o la sustitución también comporta amplio espacio para el comportamiento oportunista de los vendedores: los vendedores pueden dar largas al asunto antes de una reparación o sustitución efectivas. Para prevenir esto, el art. 3.5 permite al consumidor exigir una reducción del precio o la resolución del contrato cuando el vendedor no hubiera actuado en un plazo razonable o sin inconvenientes o costes adicionales para el consumidor.

“Art. 3. Derechos del consumidor.

1. El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien.

2. En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6.

3. En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado.

Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta:

- el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad,
- la relevancia de la falta de conformidad, y
- si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor.

Toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor.

4. La expresión "sin cargo alguno" utilizada en los apartados 2 y 3 se refiere a los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales.

5. El consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato:

- si no puede exigir ni la reparación ni la sustitución, o
- si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, o
- si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor.

6. El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia.”

Finalmente, es necesario hablar de los daños y perjuicios. La Directiva no dice nada acerca de la indemnización de daños al consumidor por perjuicios derivados de la falta de conformidad (más allá del valor del bien), si bien es cierto que los sistemas legales nacionales pueden contemplar este tipo de soluciones. La decisión de no incluir la indemnización de daños y perjuicios en la garantía legalmente exigida está bien fundada. Con respecto a los productos de consumo masivo, que constituyen el núcleo duro de protección de la Directiva, los vendedores son típicamente *risk-bearers* muy importantes de los perjuicios sufridos por los compradores a raíz del mal funcionamiento del producto. Es

notablemente difícil para el vendedor estimar la probabilidad de que un defecto en el producto pueda causar un posterior daño económico al consumidor, así como la magnitud de este daño. Los compradores están en mejor posición para realizar estas estimaciones y, de este modo, tomar las medidas más adecuadas para protegerse frente al riesgo de pérdida o desplazarlo mediante una póliza de seguro<sup>48</sup>.

#### 4. Duración

Los derechos del consumidor bajo la garantía legal imperativa tienen una duración como mínimo de dos años desde el momento de la entrega<sup>49</sup>. Este límite temporal es válido uniformemente para todo tipo de bienes de consumo, excepto para los de segunda mano, para los cuales los Estados miembros pueden autorizar a las partes contractuales reducir la duración de la garantía legal hasta un mínimo de un año.

En una regulación óptima desde el punto de vista económico debiera haberse permitido que las garantías variaran en su duración, de acuerdo con factores tales como la vida útil estimada del producto, las posibilidades relativas de las partes de influir en el riesgo de defecto o el valor del bien<sup>50</sup>. Obviamente, la duración de la garantía legal no debiera ser tan diferenciada, en función de la categoría de producto, que añadiera incertidumbre y oscuridad a la situación legal de las eventuales partes en un contrato sobre bienes de consumo<sup>51</sup>. Está claro, no obstante, que el hecho de que se trate de bienes de segunda mano en lugar de nuevos no constituye, en sí mismo, un criterio sólido para fundamentar una reducción de la duración de la garantía legal. Muchos bienes usados tienen una vida útil esperada mayor que muchos productos nuevos. También el riesgo de defecto en los primeros puede permanecer latente por un período de tiempo más largo.

#### 5. Garantías contractuales

El art. 6 de la Directiva establece determinadas reglas y requisitos de revelación y expresión para las garantías contractuales o comerciales que el productor pueda ofrecer. Estas garantías, si se ofrecen, vinculan al oferente.

Existiendo la garantía legal impuesta por la Directiva, ¿cuál es la utilidad de las garantías contractuales? En primer lugar, expande el ámbito de las partes responsables frente al

---

<sup>48</sup> Véanse Schwartz/Scott (1991), p. 206, Schäfer/Ott (2000), p. 441.

<sup>49</sup> No debería olvidarse, sin embargo, que la carga de la prueba de la existencia del defecto en el momento de la entrega del bien, que corresponde al consumidor transcurridos seis meses, puede, como mínimo en un número no insignificante de casos, implicar en términos reales una reducción evidente de la duración real de la garantía.

<sup>50</sup> Véase Schäfer/Ott (2000), p. 455.

<sup>51</sup> El sistema legal debiera, en teoría, intentar equilibrar las ganancias marginales derivados de la adaptación de la duración de la garantía a las características relevantes de un determinado mercado y los costes marginales del aumento de complejidad. Sobre este tema, véase Kaplow (1995) y (2000).

consumidor. El responsable en la garantía legal es el vendedor, mientras que las garantías contractuales son ofrecidas habitualmente por el fabricante o su representante. En segundo lugar, puede ampliar el conjunto de derechos que la garantía legal confiere al consumidor, mediante la ampliación de la duración de la cobertura más allá del límite de tiempo legal, o bien facilitando el ejercicio de los derechos y acciones del comprador (garantía de devolución de lo pagado, presunción de que el defecto queda cubierto por la garantía más allá de los seis meses posteriores a la entrega, etc.). Una garantía que ofrezca unas condiciones más generosas para el consumidor que las previstas legalmente puede ser para el productor un útil instrumento de señalización de fiabilidad, calidad y buen servicio.

Los arts. 6.2 y 6.3 imponen unas determinadas obligaciones de revelación al oferente de la garantía: debe expresarse en lenguaje inteligible el contenido, la duración, el alcance territorial y la identificación del garante; debe (a petición del consumidor) estar disponible por escrito o cualquier otro soporte duradero; debe especificar que la garantía no afecta a los derechos que legalmente asisten al consumidor. Si los consumidores estuvieran informados, incluso de una manera aproximada, de sus derechos conforme a la ley, tan sólo aparecerían en el mercado aquellas garantías que ofrecieran unas condiciones más generosas que las previstas legalmente. Puesto que prestar una garantía es costoso para el vendedor (incluso aunque sólo fuera por los costes de redactar las cláusulas pertinentes), y que ésta, si es más restrictiva que la garantía legal, no es efectiva debido al carácter imperativo (unilateral) de la Directiva, los oferentes tienen incentivos para informar verazmente del contenido de sus garantías, ofreciendo todas ellas un nivel de protección siempre superior al mínimo legal. Los consumidores entenderán correctamente que aquéllos que no ofrezcan ninguna garantía son empresas que únicamente ofrecen la garantía legal mínima. En efecto, va a tener lugar un típico caso de *unravelling*<sup>52</sup>. Que la ignorancia de los consumidores sea un supuesto razonablemente asumido por la Directiva, pues de otro modo no sería necesaria la revelación (y también innecesariamente costosa, si bien de forma probablemente poco significativa), es una cuestión empírica para la que no tengo una respuesta suficientemente bien fundada.

El art. 6.5 presenta, además, una buena ilustración de cómo el legislador puede usar el fomento del oportunismo contractual por una de las partes para disuadir la vulneración de una regla imperativa de Derecho de contratos. Incluso si la garantía infringe los requisitos legales, el consumidor puede confiar en su validez y exigir su cumplimiento. Esto implica que si una garantía contiene una cláusula que viola las normas legales previstas en la Directiva, y por lo tanto no puede perjudicar al consumidor, pero también contiene otra cláusula que es más favorable para el consumidor que el *statu quo* legal, el comprador puede, incluso a sabiendas, aceptar la garantía con las restricciones y después reclamar contra el oferente por los derechos (más favorables) que le corresponden en virtud de la garantía. Esta posibilidad de comportamiento estratégico del consumidor constituye un poderoso incentivo para que el oferente no eluda los requisitos legales a los que se sujetan las garantías contractuales.

---

<sup>52</sup> Grossman (1981), Gertner (1998).

## 6. Naturaleza imperativa o inmodificable de la garantía legal

La literatura del análisis económico del Derecho habitualmente aboga por reglas jurídicas en los contratos que tienen un carácter meramente dispositivo, es decir, que sólo se aplican cuando las partes no hayan llegado a una solución pactada en el contrato sobre el concreto aspecto de referencia. Nada más que reglas dispositivas son necesarias para ahorrar costes de transacción y para forzar la transferencia de información cuando éste sea el obstáculo para contratar eficientemente<sup>53</sup>. Contrariamente a lo que habitual y equivocadamente cree la doctrina ajena al *law and economics*, también hay lugar para las reglas imperativas o inmodificables<sup>54</sup>. Éstas pueden servir para proteger, bien a las propias partes del contrato<sup>55</sup>, bien a terceras partes ajenas al contrato pero, no obstante, afectadas por éste<sup>56</sup>. Como no hay indicios de que los contratos de compraventa de bienes de consumo puedan típicamente crear externalidades negativas significativas en sujetos ajenos a los mismos, restringiré el análisis sobre la naturaleza imperativa de la garantía legal contenida en la Directiva al primero de estos dos posibles fundamentos.

El art. 7 de la Directiva determina que los derechos del consumidor, que resultan de la garantía legal creada por la Directiva no pueden ser excluidos ni limitados, directa o indirectamente. Está claro, pues, que la garantía legal tiene una naturaleza imperativa (en sentido unilateral). Incluso sin esta previsión en la Directiva, las renunciaciones o las limitaciones de la garantía legal en condiciones generales serían de muy dudosa validez, dada la redacción de la letra (b) del anexo a la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: una cláusula cuyo objeto o efecto sea el de excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de cualquiera de las obligaciones contractuales, será considerada abusiva y, por ello, no obligará al consumidor.

“Art. 7. Carácter imperativo de las disposiciones

1. Las cláusulas contractuales o los acuerdos celebrados con el vendedor, antes de que se indique a éste la falta de conformidad, que excluyan o limiten directa o indirectamente los derechos

---

<sup>53</sup> Véase Ayres (1998).

<sup>54</sup> Las reglas imperativas o inmodificables pueden ser bilaterales o unilaterales. Las últimas solamente establecen máximos o mínimos, pero no los dos. Esto significa que la regla puede ser modificada por el consentimiento de las partes en un sentido, pero no en el opuesto. La garantía legal creada por la Directiva es claramente inmodificable en sentido unilateral, porque la garantía no puede ser reducida en contra del consumidor, pero puede ser ampliada en su favor.

<sup>55</sup> Los ejemplos típicos de reglas imperativas en el contrato diseñadas para proteger a las partes son las reglas sobre formación del contrato, que buscan asegurar con una razonable fiabilidad que el contrato sea el resultado de la libre expresión de las preferencias de las partes. Las reglas imperativas (como las restricciones a la prestación de garantías reales o personales, o los límites a la ejecutividad forzosa sobre ciertos bienes del deudor) pueden servir de alguna manera para evitar una señalización excesiva e ineficiente por alguna de las partes de un contrato: Aghion/Hermalin (1990).

<sup>56</sup> Si el contrato crea una externalidad negativa se requiere una regla imperativa para corregirla.



conferidos por la presente Directiva, no vincularán al consumidor, con arreglo a lo establecido en el Derecho nacional.

Los Estados miembros podrán disponer que, tratándose de bienes de segunda mano, el vendedor y el consumidor podrán establecer cláusulas o acuerdos contractuales que fijen un plazo de responsabilidad por parte del vendedor menor que el establecido en el apartado 1 del artículo 5. Dicho plazo no podrá ser inferior a un año.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección conferida por la presente Directiva por haberse optado por la legislación de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato, cuando éste presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros.”

Nuestro punto de partida en el análisis (punto de partida que, creo, será ampliamente compartido) es el siguiente: la garantía legal en los bienes de consumo debe constituir un régimen dispositivo, salvo que existan buenas razones para exigir un carácter imperativo. La preferencia inicial por reglas dispositivas está, me parece, bien fundada. No solamente en los principios generales de autonomía privada y autodeterminación, justamente ensalzados por el Derecho del contrato y por la Teoría Económica, sino también en las características propias de los mercados de garantías en los bienes de consumo: una garantía legal de naturaleza dispositiva puede aportar un alto nivel de protección al consumidor, y a la vez, puede complacer las sin duda diversas preferencias de los consumidores y los vendedores relativas al seguro contra el riesgo de defectos en el producto o mal funcionamiento, uso del producto, o calidad, así como las diferentes situaciones que afectan a las asimetrías de información entre las partes. También puede permitir la flexibilidad necesaria para superar los peligros de riesgo moral y selección adversa que pueden afectar al buen funcionamiento de estos mercados.

A pesar de la superioridad inicial de la configuración dispositiva, ¿existen razones en favor de una naturaleza más rigurosa de la garantía legal? Algunos de los argumentos que pueden avanzarse son los siguientes:

- Los consumidores no se dedican a buscar cláusulas contractuales que les concedan una adecuada cobertura de garantía. Incluso si tienen una preferencia por ella, no irán investigando qué vendedor o productor les proporciona la garantía que ellos desean. Los vendedores, anticipando esto, no ofrecerán el nivel de derechos que los consumidores realmente prefieren, sino que no asumirán ningún tipo de garantía o una mucho más pobre que la deseada por los consumidores.
- Aún cuando los consumidores se preocuparan por las garantías contractuales, no podrían entender las cláusulas del contrato que trataran del asunto. Los consumidores podrían pensar que obtienen una garantía legal completa cuando de hecho tal garantía hubiera sido eliminada o reducida sustancialmente por el vendedor.
- Los consumidores están muy poco y mal informados sobre riesgos. En concreto, los consumidores infravaloran sistemáticamente el riesgo de defecto o mal funcionamiento del producto. En consecuencia, exigirían (y pactarían en el contrato) una cobertura de garantía inferior a la que deberían (o, en términos

ligeramente diferentes, una garantía inferior a la que habrían solicitado si hubieran estado mejor informados).

Las dos primeras razones no parecen ser, en el plano teórico, demasiado convincentes. En cuanto a la falta de búsqueda de cláusulas de garantía, se ha demostrado de manera incontestable<sup>57</sup> que, para que los vendedores satisfagan la preferencia de los consumidores por una cobertura de garantía, no es necesario que muchos consumidores, no digamos ya todos, vayan comparando e investigando hasta encontrar la mejor cobertura de garantía. Si los consumidores conocen el riesgo de defecto del producto y tienen una preferencia por la garantía, un pequeño número de consumidores que la buscara podría hacer que los vendedores ofrecieran el nivel de cobertura que los consumidores quieren. Los vendedores no ganarían nada negando a los consumidores la protección de la garantía que éstos realmente prefieren. Habría un problema, caso de no haber suficientes compradores investigando y comparando, pero sería el de precios supracompetitivos, y su solución nada tiene que ver con la naturaleza imperativa de la garantía legal. La falta de habilidad para entender las cláusulas contractuales, por su parte, exigiría como medida de solución unos mayores y mejores requisitos de información y revelación en la publicidad y en la documentación del contrato. Pero no hace económicamente recomendable eliminar los beneficios de disponer de una garantía legal meramente dispositiva.

El tercer y último argumento tiene mayor calado teórico. Es cierto que si los consumidores sistemáticamente subestiman los riesgos, no solicitarán la cantidad óptima de cobertura de garantía y, en consecuencia, los productos serán menos fiables y duraderos, más propensos a fallar que lo que sería socialmente deseable. En teoría, un legislador perfectamente informado está en condiciones de corregir este fallo del mercado y mejorar tal situación imponiendo una garantía legal que se corresponda de forma óptima con los verdaderos riesgos subyacentes.

La cuestión es si el supuesto de la infravaloración sistemática de los riesgos<sup>58</sup> por parte de los consumidores está empíricamente bien fundado. Algunos<sup>59</sup> creen que sí, mientras que otros<sup>60</sup> cuestionan tal supuesto. El problema es, obviamente, empírico y probablemente la respuesta correcta no sea uniforme para las diferentes clases de productos y de riesgos de defecto. En cualquier caso, la prueba empírica necesaria para apoyar la afirmación de una

---

<sup>57</sup> Schwartz/Wilde (1983).

<sup>58</sup> Debe tenerse en cuenta que la consistencia del argumento requiere que la infravaloración de los riesgos de mal funcionamiento del producto sea persistente por parte de los consumidores. Si algunos consumidores escogidos aleatoriamente infravaloran el riesgo pero otros lo sobrevaloran, o si los consumidores infravaloran y sobrevaloran el riesgo de forma aleatoria, el argumento no se sostiene. Las variaciones aleatorias de las estimaciones del riesgo, si no están sesgadas, conducen en conjunto al mismo resultado que estimaciones precisas del riesgo por parte de los consumidores.

<sup>59</sup> Eisenberg (1995) y los autores que ahí se citan.

<sup>60</sup> Schwartz/Wilde (1983), Shavell (1987).

infravaloración sistemática de los riesgos, si existe, no se ha hecho pública durante el proceso legislativo que concluyó con la Directiva.

Además, aún cuando se pudiera demostrar que, efectivamente, la infravaloración de riesgos existe, es dudoso que el legislador pueda aportar en este caso mejores soluciones que el mercado (imperfecto) o, como mínimo, que la Directiva sea capaz de hacerlo mejor: es obvio que la cobertura de una garantía imperativa homogénea no puede ser óptima dada la multiplicidad de productos, riesgos de defecto y tipos de consumidores que están sujetos al régimen imperativo creado por la Directiva. Una regla más diversificada requeriría una enorme cantidad de información para su diseño y aplicación, una información que es difícil imaginar que pueda adquirir y procesar cualquier legislador del mundo real (el comunitario incluido).

En resumen, los argumentos económicos a favor de una garantía legal de carácter imperativo no parecen globalmente convincentes. Desde un punto de vista económico, por tanto, un régimen dispositivo que contemplara un conjunto de derechos de los consumidores en caso de defecto en el producto hubiera sido preferible. Además, el carácter inmodificable de la garantía no solamente va a implicar un aumento en el precio de los bienes de consumo, sino que, si las preferencias por la cobertura de garantía son heterogéneas entre los consumidores (como es muy plausible suponer), algunos consumidores se verán perjudicados por la introducción de la garantía legal de naturaleza imperativa<sup>61</sup>.

### • **Conclusión**

El seguro contra los defectos del producto, la señalización de información y la provisión de incentivos para la reducción del riesgo de mal funcionamiento del producto son las razones económicas que justifican el uso de garantías en los contratos sobre bienes de consumo. Sin embargo, el óptimo en estas tres dimensiones no puede conseguirse fácilmente de forma simultánea. Por lo tanto, es necesario recurrir a soluciones intermedias y alternativas de segunda opción para conservar y fomentar los beneficios de las garantías en los aspectos del seguro, la señalización y los incentivos.

A la luz de este hecho, parece claro que un legislador que intente diseñar un régimen legal óptimo sobre las garantías en la compraventa de bienes de consumo tiene por delante una difícil tarea. En la Directiva 1999/44/CE subyacen consideraciones acerca del seguro, la señalización y los incentivos, y la teoría económica de las garantías se muestra útil (o al menos, esto es lo que hemos intentado demostrar en estas páginas) para comprender las implicaciones de las principales reglas de la Directiva. El ámbito de aplicación de la Directiva aparece, en este sentido, como excesivo, puesto que los bienes únicos no se adecuan bien a las funciones económicas de las garantías. La noción de falta de conformidad juega un papel clave en el esquema general de la Directiva y su lógica

---

<sup>61</sup> Véase Craswell (1991).

económica subyacente es innegable. El sistema de acciones, ordenado en dos niveles, también se muestra consistente con los principales hallazgos de la teoría económica de las garantías y, además, con las soluciones que prevé la economía del incumplimiento contractual. Las reglas sobre la duración de la garantía, sin embargo, parecen demasiado inflexibles y dependientes de factores sin ningún sentido, como el hecho de que el bien sea de segunda mano. Finalmente, la garantía legal imperativa unilateral introducida por la Directiva representa un rudimentario instrumento de política jurídica para corregir los fallos del mercado que pueden darse en los mercados de bienes de consumo. Es un obstáculo innecesario al valioso papel que tienen las fuerzas del mercado y las negociaciones entre las partes contractuales para encontrar soluciones mutuamente satisfactorias en cuanto al diseño de la cobertura de la garantía.

Un último aspecto debe mencionarse en estas observaciones finales. El art. 12 de la Directiva, casi de pasada, se refiere a un asunto importante: la responsabilidad directa del productor en caso de mal funcionamiento del producto.

“Art. 12. Revisión

A más tardar el 7 de julio de 2006, la Comisión procederá al examen de la aplicación de la presente Directiva y presentará un informe al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo. Dicho informe examinará, entre otros elementos, si procede introducir la responsabilidad directa del productor y, si procede, irá acompañado de propuestas.”

El art. 4 también aborda lateralmente este problema cuando prevé que el vendedor final, en caso de que la falta de conformidad fuera atribuible al fabricante o a algún intermediario, puede emprender acciones contra los responsables<sup>62</sup>.

“Art. 4. Recursos

Cuando el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual. La legislación nacional determinará quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones de ejercicio correspondientes.”

Algunos analistas económicos<sup>63</sup> tienden a favorecer la visión de que la responsabilidad directa del fabricante fomentaría los incentivos de aquéllos que controlan en último lugar las decisiones sobre el riesgo de defecto del producto (es decir, el propio fabricante) y, además, daría al productor los incentivos adecuados para evitar inclinaciones perversas a hacer uso de minoristas infracapitalizados y potencialmente insolventes<sup>64</sup>. Otros<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> La remisión a las legislaciones nacionales y el papel de la libertad contractual en este ámbito matizan significativamente el impacto de esta previsión.

<sup>63</sup> Parisi (2001).

<sup>64</sup> Si los minoristas no van a responder ante las reclamaciones de los consumidores a raíz de los defectos del producto, los derechos de los consumidores (en ausencia de responsabilidad directa del productor) resultan sustancialmente ilusorios. Además, esto cortocircuitaría la cadena de incentivos a la reducción del

argumentan que los beneficios de subvertir el principio de relatividad del contrato en este ámbito son, como mucho, especulativos, mientras que los costes de transacción y los costes de litigios pueden incrementarse con mucha probabilidad: el riesgo de quiebra de los minoristas es típicamente bajo, y el nivel de las pérdidas de los consumidores debidas al funcionamiento defectuoso del producto es también bajo<sup>66</sup>. Y si las relaciones contractuales entre fabricantes y minoristas habitualmente asignan a estos últimos los costes de las reclamaciones del consumidor, la introducción de la responsabilidad directa del productor frente al consumidor equivaldría simplemente a un sustancial aumento de los costes de transacción y, eventualmente, de los costes de litigio entre los fabricantes y los minoristas.

---

riesgo de mal funcionamiento del producto: el impacto de la responsabilidad no llegaría hasta la posición del fabricante.

<sup>65</sup> Schwartz/Scott (1991), p. 208.

<sup>66</sup> Obviamente, la muerte y los daños personales son un problema bien distinto, pero quedan sujetos al derecho de responsabilidad por productos defectuosos donde la responsabilidad directa del fabricante no se discute.

- **Bibliografía**

ADLER, Barry (1999) "The Questionable Ascent of *Hadley v. Baxendale*" 51 *Stanford Law Review* 1547-1589.

AGHION, Phillipe/ HERMALIN, Benjamin (1990) "Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency" 6 *Journal of Law, Economics and Organization* 381-409.

AKERLOF, George (1970) "The Market for *Lemons*: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", 84 *Quarterly Journal of Economics* 488-500.

ARRUÑADA, Benito (2001) *A Contractual Theory of the Firm*, Cambridge: Cambridge University Press (inédito).

AYRES, Ian (1998) "Default rules for incomplete contracts", en Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. I, London: MacMillan.

AYRES, Ian/ GERTNER, Robert (1989) "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", 99 *Yale Law Journal* 87-130.

----- (1992) "Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules" 101 *Yale Law Journal* 729-773.

BEBCHUK, Lucian/ SHAVELL, Steven (1991) "Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of *Hadley v. Baxendale*" 7 *Journal of Law, Economics and Organization* 284-312.

COOTER, Robert (2000) *The Strategic Constitution*. Princeton (N. J.): Princeton University Press.

CRASWELL, Richard (1991) "Passing On the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships" 43 *Stanford Law Review* 361-398.

EISENBERG, Melvin Aron (1995) "The Limits of Cognition and the Limits of Contract" 47 *Stanford Law Review* 211-259.

EMONS, Winand (1989a) "On the Limitation of Warranty Duration", 37 *Journal of Industrial Economics* 287-301.

----- (1989b) "The Theory of Warranty Contracts", 3 *Journal of Economic Surveys* 43-57.

GAL-OR, Esther (1989) "Warranties as a Signal of Quality", 22 *Canadian Journal of Economics* 50-61.

GERTNER, Robert (1998) “Disclosure and unravelling”, en Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. I, London: MacMillan.

GOMEZ, Fernando (2001) *Transmisión de información e incumplimiento contractual: la limitación de responsabilidad a los daños previstos o previsibles*, Madrid: Cívitas (inédito).

GROSSMAN, Sanford (1981) “The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality”, 24 *Journal of Law and Economics* 461-483.

GRUNDMANN, Stefan/ MEDICUS, Dieter/ ROLLAND, Walter (2000) *Europäisches Kaufgewährleistung. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns.

KAPLOW, Louis (1995) “A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules”, 11 *Journal of Law, Economics and Organization* 150-163.

----- (2000) “General Characteristics of Rules”, en Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *The Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. V, Cheltenham: Edward Elgar.

KERBER, Wolfgang (2000) “Rechtseinheitlichkeit und Rechtsvielfalt aus ökonomischer Sicht”, en Stefan Grundmann (ed.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck.

KIRCHNER, Christian (1998) “The Principle of Subsidiarity in the Treaty of the European Union: A Critique from a Perspective from Constitutional Economics”, 6 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 291-308.

----- (2000) “Ein Regelungsrahmen für Rechtseinlichkeit und Rechtsvielfalt in der Gemeinschaft”, en Stefan Grundmann (ed.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck.

KLEIN, Benjamin/ LEFFLER, Keith (1981) “The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance”, 89 *Journal of Political Economy* 615-641.

MACHO-STADLER, Inés/ PEREZ-CASTRILLO, David (1997) *An Introduction to the Economics of Information. Incentives and Contracts*, Oxford: Oxford University Press.

MARTINEK, Michael (2000) “Unsystematische Überregulierung und konstraintentionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht oder: Weniger wäre mehr”, en Stefan Grundmann (ed.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck.

MEDICUS, Dieter (1996) "Ein neues Kaufrecht für Verbraucher ?", 46 *Zeitschrift für Internationales Privatrecht* 1925-1930.

NELSON, Philip (1970) "Information and Consumer Behavior" 78 *Journal of Political Economy* 311-329.

PARISI, Francesco (2001) "The Harmonization of Legal Warranties in European Law: An Economic Analysis", Law and Economics Working Paper Series, George Mason University School of Law (descargable en <http://papers.ssrn.com/abstracts=276993>).

POLINSKY, A. Mitchell (1983) "Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies", 12 *Journal of Legal Studies* 427-444.

PRIEST, George (1981) "A Theory of Consumer Product Warranty" 90 *Yale Law Journal* 1297-1352.

SCHÄFER, Hans-Bernd (2000) "Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts", en Stefan Grundmann (ed.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck.

SCHÄFER, Hans-Bernd/ OTT, Claus (2000) *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3ª ed. Berlin: Springer.

SCHWARTZ, Alan/ SCOTT, Robert E. (1991) *Commercial Transactions: Principles and Policies*, 2ª ed. Westbury (N. Y.): Foundation Press.

SCHWARTZ, Alan/ WILDE, Louis (1983) "Imperfect Information in the Markets for Contract Terms: The Examples of Warranties and Security Interests" 69 *Virginia Law Review* 1387-1484.

SHAVELL, Steven (1987) *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Ma.): Harvard University Press.

----- (no publicado) *Principles of Law and Economics*, Harvard Law School (on file with the author).

SPENCE, A. Michael (1977) "Consumer Misperceptions, Product Failure and Product Liability", 44 *Review of Economic Studies* 561-572.

WEHRT, Klaus (2000) "Warranties", en Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *The Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II, Cheltenham: Edward Elgar.