

# Derecho y Economía Conductual, regulación del mercado y el sistema de contratos



VINCENZO ROPPO\*

## SUMARIO:

- I. Premisa.
- II. Las calificaciones subjetivas implicadas: dos pares heterogéneos.
- III. Los dos mundos del universo contractual: Derecho Común de los Contratos (contra las fallas de la autonomía privada).
- IV. Sigue: Derecho de los Contratos del Mercado (contra las fallas del mercado).
- V. Las tres regiones del Derecho de Contratos del Mercado: relaciones B2C (contratos de los consumidores).
- VI. Sigue: relaciones B2B (contratos asimétricos entre profesionales).
- VII. Sigue: relaciones S2C.
- VIII. Contrato asimétrico y tercer contrato: el sentido de ambas posturas.
- IX. Nuevos aspectos para debatir: todavía sobre la analogía.
- X. Sigue: sobre la relevancia de Roberto Pardolesi (reconsiderando el valor del Derecho Positivo).
- XI. Sigue: sobre algunas afirmaciones de Francesco Denozza (discutiendo entre otros sobre la "vaguedad" de los conceptos jurídicos).
- XII. Contrato asimétrico y tercer contrato: el común presupuesto de una regulación dirigida a remediar las fallas de mercado para recuperar las condiciones del actuar racional de los sujetos.
- XIII. Una distinta perspectiva teórica y las posibles recaídas políticas: entre el ultraliberalismo antiregulatorio y el intervencionismo estructural.
- XIV. En el campo de la regulación: "contra la autonomía" o el "suave empujón".



\* Artículo traducido por Sergio Tafur Scaglia, Miembro Activo de **ADVOCATUS**, y revisado por Ana Lucía Figueroa Dongo, Editora y directora del Comité Editorial de **ADVOCATUS**. El presente texto (reelaborado, complementado y con título modificado) se basa en la convención, "Más allá del sujeto racional. Fallas cognitivas y racionalidad limitada en el Derecho Privado". En: Università degli Studi Roma N° 3. 19 de abril de 2013.

**RESUMEN:**

¿En qué consiste el mundo de los Contratos del Mercado? ¿Qué tipo de relaciones contractuales se pueden formar dentro de él? En el presente artículo Vincenzo Roppo absuelve dichas interrogantes, enfatizando su análisis en tres relaciones contractuales: los contratos entre un consumidor y un profesional, los contratos entre profesionales, y lo que sería una nueva categoría, los contratos entre el proveedor y el cliente. Respecto a esta última relación contractual, el autor nos explica las posiciones antagónicas que en torno a ella han surgido: aquellos que avalan el contrato asimétrico y aquellos que avalan el tercer contrato. En dicho contexto, el autor desarrolla las distintas posturas sobre las políticas regulatorias de los Contratos de Mercado, presentándonos una postura distinta ofrecida por la Economía del Comportamiento, según la cual la racionalidad del sujeto no estaría limitada por las fallas del mercado, sino más bien estaría limitada estructuralmente por los intrínsecos mecanismos de la psique (y entonces no es reajutable con políticas para contrarrestar las market failures). Finalmente, Roppo profundiza respecto a qué regulación es la adecuada frente a los Contratos del Mercado: protección a través de la autonomía vs. protección contra la autonomía.

**Palabras clave:** Vincenzo Roppo; Economía Conductual; Contratos; Contratos del Mercado.

**ABSTRACT**

What is the world of Market Contracts? What kind of contractual relations are able to form in it? In the present article, Vincenzo Roppo answer this questions, emphasizing his analysis in three contractual relations: contracts between consumers and professionals, contracts between professionals, and contracts between suppliers and clients. About this last relation, the author explains us the antagonistic positions that have sprung up around it: those who defend the asymmetric contract and those who defend the third contract. In this context, the author develops the different positions on the Market Contracts regulatory policies, focusing in the new positions presented by Behavioral Economics, which indicate that the rationality of the subject is limited structurally by the psyche and not by the market failures. Finally, Roppo deepens with respect to which regulation is suitable for Market Contracts: protection through autonomy vs. protection against autonomy.

**Keywords:** Vincenzo Roppo; Behavioral Economics; Contracts; Market contracts.

**I. PREMISA**

No soy en modo alguno un experto en *Behavioral Law and Economics* (en adelante, "BLE") – buena parte de las cosas que sé, las aprendí hace media hora de Zoppini–. De este modo en mi relación no aplicaré instrumentos conceptuales que estén en el bagaje de expertos de BLE; me limitaré a desarrollar un razonamiento general, que espero no sea muy alejado de los horizontes temáticos de este método de análisis.

**II. LAS CALIFICACIONES SUBJETIVAS IMPLICADAS: DOS PARES HETEROGÉNEOS**

El título asignado a la presente sección<sup>1</sup> evoca 3 calificaciones subjetivas, todas (en cierto modo) relevantes. Al momento, noto dos cosas.

Una primera donde las calificaciones a considerar deberían ser no tres sino cuatro, combinadas en 2 pares de términos antagónicos: como consumidor se asocia por contraposición al contrayente profesional (el profesional), así como también el contrayente débil debería por lógica asociarse y contraponerse al contrayente fuerte.

La segunda es que los dos pares no son homogéneas entre ellos: el consumidor y el profesional son calificaciones altamente formales, en el sentido que dependen de ciertos requisitos subjetivos puntualmente identificados dentro de una precisa definición normativa y acertadas con gran seguridad en supuestos de hecho concretos; en cambio, el contratante débil y el contratante fuerte no cuentan con una calificación formal porque se unen a datos característicos menos definidos y unívocos, más borrosos e irregulares.

1. Que en el programa de la convención recitaba: "Los paradigmas de comportamientos del consumidor, del contratante débil y del contratante profesional en la disciplina del contrato".

Los pares pueden mezclarse entre ellos, de distintas formas. El consumidor es por definición el contratante débil porque afronta a un profesional, el cual a su vez es un contratante fuerte por definición –el consumidor se define en relación al profesional y no se podría definir como tal fuera de la relación con dicho profesional: un sujeto con todas las características que según la definición normativa refieren a un consumidor, que por otro lado en una relación contractual se encuentre frente a un sujeto que no es un profesional, no sería desde el punto de vista normativo un consumidor.

Por el contrario, el sujeto que presente todos los elementos de la definición normativa de profesional puede ser calificado como contratante fuerte/débil en combinaciones más abiertas y variables. Cuando enfrenta un consumidor, el profesional es por definición un contratante fuerte. Cuando enfrenta a un sujeto que no es consumidor puede ser igualmente calificado como contratante fuerte: lo cual sucede cuando afronta a una contraparte que termina siendo débil por razones distintas a la debilidad del consumidor típico. Pero un profesional también puede encontrarse en la condición de débil, el cual se verifica cuando este entra en contacto con otro profesional que tenga sobre él una característica especial que lo haga contratante fuerte. Por último, tenemos que la relación entre dos profesionales también puede ser entre contratantes que no son, en relación con el otro ni débiles ni fuertes, sino neutrales respecto a tales calificaciones.

### III. LOS DOS MUNDOS EN EL UNIVERSO CONTRACTUAL DEL DERECHO COMÚN DE LOS CONTRATOS (CONTRA LAS FALLAS DE LA AUTONOMÍA PRIVADA)

Ahora interrelacionemos de varios modos posibles estas figuras subjetivas: las diversas interrelaciones crean diversas relaciones con-

tractuales, las cuales corresponden a ciertos regímenes dentro del Derecho de los Contratos. Bajo esta premisa es que propongo un mapa del gran mundo del Derecho de Contratos donde las diversas regiones corresponden a los regímenes definidos por las diversas posibles interrelaciones entre las figuras subjetivas apenas indicadas.

Dicho mapa implica un asunto básico que genera que el universo contractual este conformado por dos mundos tangencialmente distintos<sup>2</sup>: el Derecho Común de los Contratos, definido por los artículos 1321 y ss. del Código Civil Italiano; y el mundo del Derecho de los Contratos de Mercado, definido por las numerosas y variadas disciplinas de regulación del mercado.

En el Derecho Común de los Contratos no existen ni consumidores ni profesionales; existen en cambio contratantes débiles y fuertes. Los primeros son débiles dado que son víctimas de lo que me gusta llamar “fallas de la autonomía privada”: o sea víctimas de factores que afectan a las condiciones subjetivas para un regular y eficaz ejercicio de la autonomía privada, dando lugar a perjudiciales asimetrías que penalizan al sujeto dañado en su relación con la contraparte. Se trata de factores perturbadores y de asimetrías, que se manifiestan sobre bases individuales y ocasionales no estandarizadas, ni socialmente típicas; y que se presentan como patológicas respecto de las condiciones subjetivas fisiológicas del correcto ejercicio de la autonomía privada. A su vez, los segundos son contratantes fuertes porque se encuentran frente a una contraparte débil y están consecuentemente en posición de afectar su debilidad.

Está claro de lo que estamos hablando: déficit psicofísicos (incapacidad de actuar), disminución de las potencialidades de cognición y autodeterminación (vicios de la voluntad, estados de peligro o necesidad). Es sobre todo claro cuáles

2. Cuando hablo de un “universo contractual” estoy lejos de referirme a una “Pangea del contrato”, en el sentido negativo (de expresión del “mito de una aproximación monolítica, de una teoría omnicomprensiva”) el cual evoca R. Pardolesi. PARDOLESI, R. “Conclusiones”. En: GITTI, G y VILLA G. (coordinadores). *El tercer contrato*. Il Mulino, 2008, p. 331.

son los remedios típicos que el Derecho de los Contratos ofrece a favor del contratante débil de la incidencia de estos factores de asimetría: acciones de anulación y de rescisión.

**IV. SIGUE: DERECHO DE LOS CONTRATOS DEL MERCADO (CONTRA LAS FALLAS DE MERCADO)**

En el Derecho de los Contratos de Mercado encontramos las “fallas de mercado”, las cuales están en definitiva bajo una subespecie calificada de fallas de la autonomía privada: a la par de cada falla de la autonomía privada, se generan asimetrías que prejuzgan el actuar racional del sujeto que es víctima, haciéndolo contrayente débil; pero respecto a las fallas de la autonomía privada contempladas por el Código Civil, estas se connotan por el hecho de depender de la estructura objetiva del mercado, el cual –siendo estructuralmente expuesto a fallas– pone a algunos de sus actores en posición de fuerza y otros en posición de debilidad en las relaciones recíprocas<sup>3</sup>.

A raíz de eso, a diferencia de las genéricas fallas de la autonomía privada, las específicas fallas del mercado no tiene naturaleza de patología sino de fisiología social; no tocan a los individuos singulares sobre bases ocasionales, pero sí invierten de forma estable enteras clases de sujetos; y los invierten a raíz, no de específicos impedimentos subjetivos, pero de las posiciones de mercado en las cuales se encuentran objetivamente colocados.

A las asimetrías que ellos generan, el Derecho de los Contratos construido por las disciplinas de regulación del mercado responde ofreciendo al contratante débil un arsenal de instrumentos bien característicos: obligaciones de conducta

(de tipo informativas, entre otros tipos) y vínculos de contenido a cargo del contratante fuerte, presididos esencialmente con el remedio de la nulidad, que a su vez, se divide en las diversas tipologías de nulidades especiales.

**V. LAS TRES REGIONES DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS DEL MERCADO: RELACIONES B2C (CONTRATOS DE LOS CONSUMIDORES)**

El espíritu y el horizonte ideal del presente trabajo sugieren concentrar la atención en el mundo de los Contratos de Mercado. Intente-mos ubicarlo, usando como coordinadas primarias las calificaciones subjetivas consideradas anteriormente; consumidores y profesionales; contratante débiles y contratante fuertes. Nos saldrán probablemente 2 regiones normativas, a las cuales probablemente se le deba adherir una tercera.

La primera región normativa está comprendida por los contratos entre un consumidor y un profesional (*contratos B2C*). Esta comprende: (i) en primer lugar, un régimen general de Contratos del Consumidor (focalizado sobre cláusulas vejatorias, artículos 33 al 38 del Código de Consumo Italiano); y (ii) luego, una pluralidad de regímenes específicos construidos en función a (a) las modalidades técnicas de la contratación (por ejemplo, contratos negociados fuera de locales comerciales, contratos a distancia), (b) a mercados particulares (por ejemplo, contratos de multipropiedad, contratos de crédito de los consumidores, contratos por servicios de pago, contratos por servicios de la sociedad de la información), o (c) en función instrumental a la particularidad de la disciplina sustancial de las relaciones (por ejemplo, las normas de Derecho Internacional Privado que definen la ley aplica-

3. Se trate de fallas de la autonomía privada, o fallas específicas del mercado –designadas en términos de “abusos de la libertad contractual”– estas son materia de reflexiones y reconstrucciones de F. di Marzio, *Contrato ilícito y disciplina del mercado*. Jovene, 2011, pp. 86 y siguientes; y, pp. 166 y siguientes.

Investigaciones transversales entre relaciones de mercado y las que no son de mercado son desarrollados –con el nombre de la figura del “contratante débil”– por A. P. Scarso. SCARSO A. P. El contratante “débil”. En: GIAPICHELLI y CHERUBINI, M.C. *Tutela del “contrayente débil” en la formación del consenso*. Giappichelli, 2005.

ble a los contratos de los consumidores). Los regímenes específicos no están todos concentrados en el Código del Consumidor, pero parte de ellos sí lo están, y las partes restantes están contempladas en varias otras fuentes.

El fundamento del Derecho (general y especial) de los Contratos del Consumidor es simple: el consumidor, por la posición y el rol que ocupa en el mercado, se presenta en general como un contratante débil respecto del profesional con el cual se relacione, y esto amerita protección normativa.

## VI. SIGUE: RELACIONES B2B (CONTRATOS ASIMÉTRICOS ENTRE PROFESIONALES)

La segunda razón normativa comprende relaciones contractuales entre profesionales (para esto estamos en el campo de la *relaciones B2B*), y precisamente en relaciones contractuales (asimétricas) entre un profesional débil y uno fuerte.

A diferencia de los contratos B2C aquí no hay un factor general y homogéneo que determina la debilidad de una parte o de otra, y que explique en términos utilitarios la correspondiente ratio de tutela. Hay en cambio, una pluralidad de razones específicas en algún modo diferentes unas de otras, de las cuales se desprenden regímenes normativos a su vez diferenciados y no inmediatamente dirigidos a la unidad. El cuadro es por lo tanto menos lineal y homogéneo, pero más articulado y explicado comparado con los contratos B2C.

Basta rememorar algún ejemplo.

Los profesionales que dan en crédito bienes o servicios a profesionales adquirentes son estructuralmente débiles en relación a estos últimos, por la exposición al riesgo de demora en los pagos, susceptible de perjudicar el equilibrio financiero: de esta situación surge la específica

protección otorgada a su favor por el Decreto Legislativo No. 231-2002 (ahora revisado con profundidad por el Decreto Legislativo No. 192/2012) mediante un régimen –unilateralmente inderogable– sobre los términos de pago y la tasa de intereses moratorios para los créditos comerciales<sup>4</sup>.

Los agentes que promueven la distribución de productos o servicios por cuenta de empresas productoras sufren, en sus relaciones con dicha empresa, de la debilidad estructural inducida por una posición de mercado que (no obstante sean formalmente profesionales, y precisamente emprendedores) resulta por muchos aspectos similar a esa debilidad que caracteriza a los trabajadores dependientes respecto a los empleadores: de aquí surge un régimen de protección (artículo 1742 y siguientes del Código Civil Italiano) que invita en varios aspectos al régimen de relación laboral (trabajo subordinado).

Consideraciones análogas podrían desarrollarse para las otras clases de relaciones B2B, donde son claras las razones de mercado que en varios casos inducen asimetría entre un contratante (profesional) fuerte y un contratante profesional débil; y clara es la ratio de las correspondientes disciplinas contractuales, calibradas caso por caso sobre las específicas razones de debilidad y sobre las específicas exigencias de tutela, de los profesionales débiles. Estamos hablando de disciplinas como la de subcontratación (Ley 192/1998), que busca proteger al profesional subcontratado en la dependencia económica y tecnológica del profesional “cliente”. O disciplina como la del *franchising* (Ley 129/2004) que –con sus reglas sobre obligaciones de información precontractual y de transparencia contractual a cargo del *franchisor*, y su duración y descomposición de las relaciones– pretende esencialmente tutelar las inversiones específicas de *franchisee* contra el riesgo de verlas injustamente frustradas (por un defecto de potencialidad comercial

4. Más bien debería decirse “regímenes” en plural, visto que la normativa de protección se bifurca en dos disciplinas diferenciadas según el profesional adquirente- deudor sea una empresa o administración pública: en último caso, en vez de relaciones genéricas B2B podría hablarse en modo más puntual de relaciones B2G (donde “G” es Government).

de la empresa afiliada, que se revele inferior a las expectativas; por una duración muy breve de la relación para consentir a las inversiones los retornos adecuados). O disciplina como la de los suministros agrícolas y agroalimentarios, introducida de forma más reciente por el artículo 62 del Decreto Ley N° 1/2012, convertido en la Ley 27/2012, con el objetivo de proteger al emprendedor agrícola en sus difíciles relaciones con el monopsonio de la gran distribución organizada, de la cual depende para poder encontrar salidas a su producción.

Ni hablar de ese crisol privilegiado para la elaboración de los contratos B2B asimétricos, que es la prohibición del abuso de la dependencia económica (artículo 9 de la Ley 192/1998) visto sobretodo en su matiz contractual<sup>5</sup>.

Quisiera resaltar un dato. En el intento del legislador por regular los contratos de mercado B2C interesa siempre y de todos modos, porque serán tocados igualmente siempre y de todos modos por aquellas –por definición–, las fallas de mercado, y asimismo le interesa las asimetrías entre sujetos de mercados débiles y sujetos de mercado fuertes. Esto no vale para los contratos B2B, que pueden ser también asimétricos en el sentido apenas dicho, pero también pueden

no ser asimétricos y desarrollarse entre profesionales de los cuales ninguno –en razón de las perspectivas de mercado– tiene particular razón y exigencia de estar protegido en relación con el otro. Bien, el punto a fijar es que la regulación del mercado se interesa en relaciones B2B solo en la medida en que sean relaciones asimétricas, donde sí reflejen fallas de mercado. En cambio, las relaciones B2B no asimétricas escapan al Derecho de los Contratos del Mercado y más en general a la regulación del mercado<sup>6</sup>, para recaer en el mundo del Derecho Común de los Contratos: exactamente como las relaciones entre partes contratantes “neutras” respecto a cualquier calificación basada sobre posiciones y roles del mercado (las partes contratantes del Código Civil).

## VII. SIGUE: RELACIONES S2C

Pero la suma de la región de los contratos B2C con la región de los contratos B2B asimétricos no abarca todo el mundo del Derecho de los Contratos del Mercado, afectados con fallas de mercado y por lo cual están sujetos a la regulación del mercado. Hay a mi parecer, una tercera evidente región que se suma a las dos primeras: aquella en la que habitan las relaciones entre el profesional calificado que es un proveedor de

5. Entre tantos, como ejemplo véase: RUSSO, E. *Emprendedor débil, emprendedor-persona, abuso de dependencia económica, “tercer contrato”*. En: *Contrato y empresa*. 2009, p. 120 y siguientes. AGRIFOGLIO, G. *Abuso de dependencia económica y la asimetría en los contratos de empresa (B 2 b)*. En: *Contrato y empresa*. 2008, pp.1331 ss. Pero, también (sin específicas referencias a la figura del tercer contrato): MAUGERI, M.R. *Abuso de dependencia económica y autonomía privada*. Giuffrè, 2003. DI LORENZO, G. *Abuso de dependencia económica y el contrato nulo*. Wolter Kluwer Italia, 2009. CATALANO, R. *El abuso de Dependencia económica*. Jovene, 2009. ALBANESE, A. *Abuso de dependencia económica: nulidad del contrato y el reequilibrio de la relación*. En: *Europa y Derecho Privado*. 1999, pp.1179 y siguientes. LONGO, T. *La prohibición del abuso de dependencia económica en las relaciones entre empresas*. En: *Revista de Derecho Civil* N° 2. 2000, pp. 345 y siguientes. PROSPERI, F. *El contrato de prestación y el abuso de dependencia económica – Perfiles reconstructivos y sistemáticos*. ESI, 2002. FABBIO, P. *El abuso de dependencia económica*. Giuffrè, 2006, pp. 54 y siguientes, pp. 83 y siguientes (en posición escéptica respecto al valor sistemático de la norma).
6. Con una notable excepción: la disciplina del antitrust, que cuando se ocupa por ejemplo de los temas y de los acuerdos de la competencia, se ocupa de relaciones contractuales entre empresas no necesariamente caracterizadas por asimetría recíproca. Al tema había ya dedicado matices en ROPPO, V. *Regulación del mercado e intereses de referencia: de la protección del consumidor a la protección del cliente*. En: RABITTI BEDOGNI, C. y BARUCCI, P. (coordinadores). *Veinte años de antitrust*. Tomo II. Giappichelli, 2010, pp. 1185 y siguientes, además en: *Rivista di Diritto Privato*, 2010, pp.16 y siguientes (y –con título ligeramente distinto– ahora también en ROPPO, V. *El contrato del dos mil*. Tercera Edición. Giappichelli, 2011, pp.125 y siguientes). Cfr.: COLANGELO, G. *El abuso de dependencia económica entre disciplina de la competencia y derecho de los contratos. Un análisis comparativo*. Giappichelli, 2004.

bienes y servicios, y el operador del mercado que adquiere los bienes y servicios ofrecidos: sujeto, este último, que no requiere calificación de consumidor o profesional (puede tener una o la otra, o ninguna de las dos), pero sí tiene la posición de adquirente del bien o del servicio, en un palabra, el cliente (del profesional).

La asimetría entre las partes de la relación deriva de las respectivas posiciones de mercado, que colocando al proveedor del lado de la oferta lo consienten de dominar la prestación característica del contrato, del cual es *insider*, mientras el cliente colocado al lado de la demanda es el *outsider* respecto a la prestación característica, y como tal no está en grado de dominarla organizativamente y técnicamente. Y quien domina la prestación característica del contrato está en condiciones de dominar, en varios aspectos, la relación contractual. Por ejemplo, al ser propio el dominio del producto dado, se habilitaría al proveedor a realizar en perjuicio del cliente políticas de obsolescencia programada del producto mismo, proyectándolo y construyéndolo de modo que deje de funcionar regularmente justo después de que se hubiere acabado la garantía legal o convencional, obligando así al cliente a comprar un nuevo ejemplar.

Esta asimetría es una falla de mercado, que requiere al regulador del mercado medidas

de protección del cliente hacia el proveedor, calibradas sobre el objetivo de neutralizar los potenciales perjuicios que puedan ocurrir durante el dominio del proveedor sobre la prestación característica; y la protección se dirige al cliente como tal, siendo irrelevante –por la necesidad y el fin de la tutela– que se trate de un consumidor que adquiere el bien o el servicio por razones personales, de un profesional que lo adquiere por fines de su business, o de sujeto no calificable ni como consumidor ni como profesional. Disciplinas como las de los contratos bancarios, de aseguración, del mercado financiero, por servicios de pago, para la prestación de servicios de la sociedad de la información, de utilities para la erogación de los servicios de redes<sup>7</sup>, etcétera, constituyen ejemplos. Y su impresionante expansión en su fase más reciente (sobretudo sobre en el ámbito de la legislación europea) parece justificar la demanda en el sistema de la regulación del mercado, una cierta transición de la protección del consumidor a la protección del cliente<sup>8</sup>. El itinerario recorrido, en el sistema de las fuentes, de la disciplina de los contratos turísticos podría leerse precisamente en este sentido<sup>9</sup>.

Queda encontrar un nombre para esta región. Podría ser, de nuevo, B2C: donde “B” estaría por *Business*, dado que el proveedor es por definición un profesional; y “C” esta vez sería un

7. Respecto a éstos últimos ver para confirmar: MUSTO, A. “El contrato “asimétrico” de servicio de energía eléctrica. La potestad regulatoria del AEEG: ¿un poder “compensativo” de la paridad contractual violada?”. En: *Contrato y empresa*, 2010, pp.1411 y siguientes.
8. Consideraciones que ya había desarrollado, más ampliamente, en: ROPPO, V. “From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?”. En: *European Review of Contract Law*, 2009, pp.314-327, pero también en ROPPO, V. “Derecho de los contratos y regulación del mercado: de la protección del consumidor a la protección del cliente?”. En: ROPPO, V. *El contrato dos mil*, Tercera Edición, p. 131-133, y con referencia a las disciplina de un sector específico: ROPPO, V. *La utilidad de los servicios de pago: consumidores? profesionales? clientes?*. En: RISPOLI FARINA, M.; SANTORO, V.; SCIARRONES ALIBRAND, A.; y TROIANO, O. (coordinadores). *Armonización Europea de los servicios de pago y actuación de la directiva 2007/64/Ce*. Giuffrè, 2009, pp. 287 y siguientes.
9. El tema es evidente. La parte protegida en los contratos por la venta de paquetes turísticos era en origen definida como “consumidor”, y la relativa disciplina estaba colocada en el Código de Consumo. Después son cambiadas en su colocación y denominación: la disciplina ha salido del Código de Consumo para confluir en el Código del Turismo (Decreto Legislativo N° 79/2011); y la parte protegida no se llama más “consumidor” sino “turista” (cuya denominación se aprecia en el artículo 33, inciso c. 1, letra c)– es tal, para cubrir sujetos que pueden ser consumidores pero también no serlo. Así es como la disciplina no puede más decirse de los contratos del consumidor.

Customer. Pero para evitar sobreexposiciones es conveniente encontrar otro acrónimo, que podría ser S2C: que se entendería como "Supplier to Customer" (así es, proveedor-cliente).

### VIII. CONTRATO ASIMÉTRICO Y TERCER CONTRATO: EL SENTIDO DE LAS DOS POSICIONES

La ubicación del mundo del Derecho de Contratos del Mercado, vista en las páginas anteriores con la definición de las tres regiones que lo componen, puede ayudar a orientarse en el debate entre partidarios del contrato asimétrico (que cuentan con un archivo de largo listado<sup>10</sup>) y los partidarios del tercer contrato<sup>11</sup>.

Son categorías conceptuales que reflejan dos diferentes formas de "leer" el estado y las perspectivas de evolución del sistema del Derecho de los Contratos del Mercado. Sería reductivo concebirlos como meras excitaciones teóricas, funcionales solo a satisfacer estériles caprichos definitorios o pulsiones clasificatorias; o peor como slogan lanzados uno contra otro por pura complacencia académica. Habrá también un poco de esto, pero no solo esto, hay algo normativamente más sustancioso.

En extrema síntesis. La idea<sup>12</sup> del contrato asimétrico implica a las disciplinas de los contratos B2C, del contrato B2B asimétrico y del contrato S2C, se fundamenten en una *ratio* en larga medida común, que sería identificación de la existencia de significativas asimetrías de mercado que

colocan a una parte en posición de debilidad respecto de la otra, y en la exigencia de una disciplina contractual orientada a proteger a la parte débil; implica, en sustancia, que pueda imaginarse un Derecho Contractual de las fallas del mercado, como cuerpo normativo apreciablemente unitario construible a tal punto en torno a la categoría del contrato asimétrico. Contra esto, existe la tesis del tercer contrato: antes de todo ignora el área de los contratos que son llamados S2C, y con ella el cliente como figura de mercado normativamente relevante (ahora que no son reducibles a las categorías de consumidores y de profesional, pero sí transversales a los mismos); y, en cuanto a las áreas de los contratos B2C y de los contratos B2B asimétricos, asume la recíproca irreductibilidad (al modo que "tercer" es reducible a segundo) tanto en el plano empírico como sobre ese normativo.

Esta diversidad de enfoques tiene consecuencias en términos no solo de reconstrucción de la arquitectura del sistema, sino también en el concreto tratamiento de los supuestos de hecho. La tesis del tercer contrato tiende a excluir o al menos restringir en un modo muy severo la posibilidad del recurso de la analogía, porque ve a las dos diversas áreas del Derecho de los Contratos del Mercado (el "segundo" y el "tercer" contrato) como partes separantes de radicales diferencias de *rationes* de las respectivas disciplinas de protección del contratante débil, lo que impediría que las reglas escritas por un campo se transfirieran en vía analógica al otro campo. Por el contrario, la tesis del contrato asimétrico, al

10. En un camino que comienza con ROPPO, V. "Contrato de derecho común, contrato del consumidor, contrato de asimetría de poder contractual: génesis y desarrollo de un nuevo paradigma". En: Revista de Derecho Privado, 2001, pp. 769 y siguientes, prosigue con ROPPO, V. *Parte General del Contrato, Contratos del consumidor y contratos asimétricos*, 2007, pp. 669 y siguientes –con nota sobre "el tercer contrato"– (ambas ahora también en ROPPO, V. *El contrato dos mil*, *Op. Cit.*, pp. 65 y siguientes y respectivamente pp.91 y siguientes) y se desarrolla más completamente con ROPPO, V. *De Contratos de Consumidor a Contratos Asimétricos*, pp. 304 y siguientes.

11. La presentación más completa desde el punto de vista del tercer contrato se da probablemente con AMADIO, G. *El tercer contrato. El problema*. En: GITTI, G. y VILLA, G. *El tercer contrato*. *Op. Cit.*, pp. 9 y siguientes. Pero después un epigono: FRANCO, R. *El tercer contrato: de hipótesis de estudio a fórmula problemática. Perfiles hermeneuticas y perspectivas axiológicas*. Wolters Kluwer Italia, 2010. Pero el apetito va avanzando, y ahora hay algunos que consideran un cuarto contrato: FICI, A. *El cuarto contrato de franchising*, ESI, 2012, pp. 229 y siguientes. (con referencia a contratos de comunión de empresas). Quien quiera reproponer, adaptando, el viejo dicho: "entia (qui species negotiorum) non sunt multiplicata sine necessitate".

12. Decir "teoría" me parecería un exceso de ambición, que encuentro sabio y oportuno evitar.



implicar que los contratos B2C, y los contratos S2C puedan reflejarse como “caso similares o materias análogas” (artículo 12 del Código Civil Italiano), abre espacios más amplios a la extensión analógica de las reglas de un campo a otro. Extensión –si se podría decir– que se produce a modo no mecánico ni indiscriminado, pero sí mirado y selectivo: solo después de haber verificado en el supuesto de hecho (por ejemplo B2B) privo de cobertura normativa directa, si efectivamente recurren situaciones de interés y consecuentes exigencias de tutela jurídica asimilables a ellas, se podrá acudir a la norma directamente dictada por otro supuesto de hecho (por ejemplo B2C)<sup>13</sup>.

#### IX. NUEVOS DESPUNTES PARA EL DEBATE: SOBRE LA ANALOGÍA

No recubriré los pasajes de un debate conocido, o ya entregado a las páginas de libros y revistas. Por lo que me compete, he tomado una serie de escritos: dedicados a explorar en términos generales las razones y los fundamentos de una categoría como la del contrato asimétrico<sup>14</sup>; ahora más puntualmente encargados a replicar las objeciones de que estas razones y los fundamentos que se hubieren estudiado para contestar<sup>15</sup>.

Quisiera, a pesar de todo, poner al día el diálogo con nuevos elementos y argumentos. La ocasión me ha ofrecido la publicación de una ambiciosa obra coterránea, dedicada a una materia que en gran medida coincide con aquella (para retomar

el término propuesto aquí) de los contratos del mercado<sup>16</sup>. Diversas contribuciones recogidas en sus páginas me sugieren una serie de consideraciones: algunas más puntuales y específicas, otras de ámbito más genérico.

La primera consideración necesita de una premisa: con los contratos de empresa estamos decididamente en el marco del tercer contrato, mucho más que del contrato asimétrico; y se le entiende, viendo nombre de los curadores y de los autores<sup>17</sup>. Teniendo ello en cuenta, hago hincapié en la nota introductoria, que delinea un aspecto como el manifiesto metodológico en el cual los curadores y autores evidentemente se reconocen; y confieso que leyéndola me he preguntado si por alguna razón no se evidencia alguna contradicción. La proposición central de esas páginas es muy fuerte y en cierto modo excéntrica respecto al pensamiento que hoy domina: esta ataca el recurso a las cláusulas generales y a las consecuente discrecionalidad del juez como medio privilegiado para constituir la regla del caso concreto, contra las cuales valoriza con extrema decisión las puntuales elecciones del legislador incorporadas por las normas positivas y se identifica en la analogía el instrumento príncipe para fundar sobre el Derecho escrito, que se ha convertido en un principio o estándar creativamente aplicado por los jueces, la “adjudicación” (*adjudication*) de los casos concretos.

Asimismo, también tenemos la sombra de la contradictoriedad: porque hemos visto que el

13. Figuras o categorías como las apenas consideradas (y los razonamientos que a través de estas se elaboran) son evaluadas por VÉCTOR, G. “El contrato sin número adjetivos. Más allá del consumidor y la empresa débil”. En: Contrato y empresa. 2012, pp. 1204-1206, para el cual “no se necesitan nuevas categorías construidas sobre la calidad de contratante (consumidor, cliente, empresa débil) sino un nuevo método para la disciplina del contrato”, que el autor parece resumir en la “reclamada a la justicia contractual”. DE VETTORI reconoció voluntariamente, lo cual para mí es precioso, que “la legislación interna y comunitaria está ya más allá de la figura del consumidor”.

14. Ver en particular las citas previas, en las notas 8 y 10.

15. Y aquí reconsidero el diálogo idealmente establecido con Andrea Zoppini, a cuyos argumento he dedicado ROPPO, V. “cinco replicas”. En: Derecho de los contratos y regulación del mercado, pp. 140-144.

16. GITTI, G.; MAUGERI, M.; y, NOTARI, M. (coordinadores). *Los contratos para la empresa*. Vol. I y II. Il Mulino, 2012.

17. Por ejemplo, entre curadores figura Gregorio Gitti, que había anteriormente revisado el volumen de las elaboraciones favorables a la perspectiva del tercer contrato que constituyen un poco la suma. GITTI, G y VILLA G. (coordinadores). *El tercer contrato*. Il Mulino, 2008.

propio uso de la analogía, en materia de relaciones contractuales del mercado, encuentra terreno fértil y propicio en la visión del contrato asimétrico, en tanto corre el riesgo de ser impedido o frenado del pensamiento sobreentendido a la teoría del tercer contrato!

#### X. SIGUE: SOBRE LA RELEVANCIA DE ROBERTO PARDOLESI (RELLAMANDO EL VALOR DEL DERECHO POSITIVO)

Si recuerda la mencionada anteriormente nueva disciplina de los contratos por asignación de productos agrícolas o agroalimentario (artículo 62 del Decreto Ley N° 1/2012, convertido en la Ley 27/2012), en su contribución a la obra coetánea en discurso, también Roberto Pardolesi recuerda esta normativa y la valoriza a favor de la teoría del tercer contrato, contra la teoría del contrato asimétrico: considerando que esta regula relaciones (asimétricas) B2B, él afirma haber encontrado *"Un mensaje, guste o no, escrito en el idioma del tercer contrato"*<sup>18</sup>.

Pero. ¿por qué olvidar (o silenciarse) que, en ese mismo Decreto Ley N° 1/2012, el artículo 7 modifica al artículo 19 del Código del Consumidor para extender a favor de un cierto tipo de empresa (la microempresa) esta disciplina de las prácticas comerciales discurridas, que en origen era destinada a proteger exclusivamente a los consumidores? ¿Puede ser porque se habría debido reconocer que esta novedad legislativa asimila las posiciones de consumidores y profesionales débiles a raíz de la asimetría de la cual ambos sufren frente a contrapartes fuertes en vez de señalar que sea inequívocamente "es-

crita en la lengua" del contrato asimétrico? ¿Es admitir que esta tiene una portada sistemática enormemente superior a las nuevas reglas para las provisiones de productos agrícolas y agroalimentarios, puesto que con ella el Código de Consumidor cesa de ser un Código para solo consumidores?<sup>19</sup>

Y aquí, en el alivio sobre la falta importantes novedades legislativas, no me resisto a la tentación de introducir una consideración más general de las modalidades de nuestro debate (sobre la relación entre las disciplinas contractuales B2B y B2C, sobre la creciente equiparación normativa entre consumidores y empresas débiles sobre el mercado, sobre la expansión de las disciplinas de tutela no del consumidor sino del cliente, sobre la contraposición entre simetrías socialmente patológicas y asimetrías socialmente fisiológicas, y sobre tantas otras cuestiones den cuerpo a la confrontación entre partidarios del tercer contrato y partidarios del contrato asimétrico).

Ahora al proponer mis posiciones al interior del debate, me he siempre esforzado a partir desde el punto positivo: antes de afirmar una posición o solución abstractamente preferible a mis ojos, he intentado ante todo buscar un juicio de idoneidad objetivo del sistema normativo, y solo después me he inclinado a expresar respecto a un juicio de adecuación/ inadecuación sobre el plano conceptual, o de atracción o no atracción, sobre el plano político<sup>20</sup>. Y quisiera continuar a hacerlo también en esta sede: en particular recordando la reciente novedad legislativa en temas de sistematización de

18. PARDOLESI, R. "Los contratos funcionales a la circulación y a la gestión de bienes y servicio". En: GITTI, G.; MAUGERI, M.; y, NOTARI, M. (coordinadores). Los contratos para la empresa. Producción, circulación, gestión, garantía. p. 120.

19. Debe por otro lado evidenciarse cómo la redacción del texto normativo no está a la altura de una notable portada sistemática, si es cierto que no falta abrir incertidumbres interpretativas: por ejemplo, la fórmula por la cual la disciplina se aplica "a las prácticas comerciales incorrectas entre profesionales y microempresas" significa que ella aplica sólo en la relaciones entre una micro empresa y un profesional que no sea microempresa (como pareciera sugerir la ratio sustancial de la innovación), o también las relaciones entre microempresas (como podría sostenerse en base al dato formal que una micro empresa es, por definición, un profesional)?

20. Ya había tenido ocasión de esclarecer que mi búsqueda se mueve "no tanto sobre el terreno de la decisión política, sino más sobre el de un reconocimiento del dato normativo". ROPPO, V. *Parte general del contrato. Contrato de consumidor y contratos asimétricos*. Op. Cit., p. 107.

crisis de sobreendeudamiento de deudores no falibles<sup>21</sup>; y poniendo en cuestión si en ella no puede verse un ulterior factor de convergencia entre regímenes jurídicos pensados para las empresas y regímenes aplicables a los consumidores<sup>22</sup>.

Con desprecio al riesgo de ser tachado de iuspositivista vulgar, pienso que para el jurista es un buen método –por no decir un deber profesional– no obviar la realidad de las normas vigentes (de asumir posición obviamente en su complejidad, y no en términos parciales y unilaterales). Bien, me permito decir que no siempre encuentro el mismo método aplicado por los protagonistas del debate. Es de mi sincera curiosidad, saber si los otros interlocutores comparten o no la idea que me he formado (no solo sobre los modelos conceptuales o sobre las opciones políticas preferibles) sobre los movimientos reales y las direcciones del desarrollo de nuestro sistema normativo doméstico y europeo, por cómo se ha venido construyendo en la realidad de la legislación reciente<sup>23</sup>, es un curiosidad que a se mantiene aún inapagada.

#### XI. SIGUE: SOBRE ALGUNAS AFIRMACIONES DE FRANCESCO DENOZZA (DISCUTIENDO ENTRE OTROS SOBRE LA "VAGUEDAD" DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS)

El primer volumen de "Los Contratos de empresa" alberga una contribución de Francesco

Denozza, que también contiene apuntes pertinentes a nuestro debate.

Se encuentra una afirmación que parece negar el presupuesto mismo sobre el cual se rige la hipótesis del contrato asimétrico: allá donde se considera en términos escépticos, si no abiertamente negativos, "la idea (...) de poder transportar los problemas en términos de mayor o menor equiparación entre las empresas y los consumidores, (...) también cuando se refiere a las empresas de dimensiones menores", es así porque en el sistema "el respectivo rol de las dos categorías de sujetos es muy disímil para poderlos asimilar bajo la común denominación de agentes racionales más o menos débiles"<sup>24</sup>. Argumenta esta posición primero sustentándose en que una vez allí, es interés de todo el sistema la eficacia de las empresas, lo cual nos inclina hacia la eliminación de las empresas ineficientes, análogo interés y análogo empuje, sobretodo, trayendo como argumento el área de aplicación de la disciplina de prácticas comerciales: en donde refleja la limitación a las relaciones B2C, con exclusión de las relaciones B2B<sup>25</sup>.

Bien: este último argumento se presta a algunas respuestas, que me parece pueden reforzar la tesis sostenida en estas páginas.

Una primera respuesta es de Derecho Positivo y se puede reducir a pocas líneas. El tema base de Denozza (encierra el área de aplicación de la disciplina de las prácticas comerciales

21. Artículo 6 y siguientes de la Ley N.3/2012.

22. En tanto después de las profundas modificaciones de la disciplina, que a pocos meses de su introducción, ha recibido con la Ley 221/2012: la cual introduce un régimen específico por el sobreendeudamiento de los deudores que tienen más específicamente calificación de consumidores (o sea personas físicas cuyas deudas no se relacionen a la actividad profesional o emprendedora eventualmente desarrollada). Véase, en relación a las consideraciones (anteriores al ingreso de la normativa apenas citada), SPAGNUOLO, D. "La insolvencia del consumidor". En: *Contrato y empresa*. 2008, pp. 668 y siguientes.

23. A su tiempo escribía: "la idea que he avanzado parte de un primer y superficial reconocimiento de datos normativos (...) pero estoy dispuesto a cambiar de idea, escuchando razones contrarias", basadas también en datos normativos: ROPPO, V. *Parte general del contrato. Contrato del consumidor y contratos asimétricos*. Op. Cit., p. 121.

24. DENOZZA, F. "Mercado, racionalidad de los agentes y disciplina de los contratos". En: GITTI, G.; MAUGERI, M.; y, NOTARI, M. (coordinadores). *Los contratos para empresa. Producción, circulación, gestión, garantía*. Op. Cit., p. 88.

25. *Ibid.*, p. 89.

incorrectas, limitadas a las relaciones con los consumidores) era verdad cuando Denozza escribía pero no lo es hoy, a la luz de la reciente innovación legislativa con la cual se extiende tal disciplina también a las relaciones B2B, cuando involucren a una microempresa<sup>26</sup>; y cayendo la base, cae el argumento.

Denozza podría replicar que el dato no es prueba, porque la extensión de la disciplina originariamente reservada a los consumidores se da solo en favor de las microempresas, mientras –como él las observa– “*si la eliminación de elecciones erróneas fueran el objetivo central, (...) no hay razón de por qué no proteger también a los profesionales (...) grandísimos*” que ciertamente no son “*por naturaleza infalibles*”<sup>27</sup>. Si esta fuera la réplica, me sería fácil oponerme retomando al punto base de mi hipótesis reconstructiva: la distinción entre asimetrías socialmente fisiológicas (porque radican en objetivas y generalizadas posiciones de mercado) y asimetrías socialmente patológicas, que se unen a condiciones (no generales y objetivas, sino) idiosincráticas del propio sujeto, el cual individual y racionalmente precluye el ejercicio de la autonomía privada; y, la idea de un correspondiente reparto del sistema de remedios, en razón del cual a las asimetrías del primer tipo abdicar remedios ofrecidos por las disciplinas de *market regulation* (como típicamente la de las prácticas comerciales incorrectas, y las otras de las cuales se habla aquí), mientras a las asimetrías de segundo tipo están llamados a responder los tradicionales remedios de Derecho Común que el Código Civil predispone contra las minoraciones psicofísicas, los vicios de la voluntad, el disfrute del peligro y la necesidad en la cual se encuentra el contratante<sup>28</sup>. Y en relación con eso, a Denozza respondería: si el profesional “grandísimo” ha sido como el supone, engañado en una particu-

lar contratación, que haga valer contra en que lo engaña los remedios para el dolo contemplados en los artículos del 1349 a 1440 del Código Civil Italiano!

El punto es precisamente lo dicho un poco arriba, y sobre la polaridad de fisiología y patología social: que las microempresas (como también los consumidores) sufran de asimetrías con la empresas de poder de mercado superior, es un dato fisiológico y estructural del mismo mercado; que un empresa (micro, pequeña, media, grande o grandísima que sea) sea víctima de un engaño como obra de una contraparte desleal, es en cambio un dato coyuntural y patológico.

Hay también otro relieve –en la mitad entre lo epistemológico y lo de técnica normativa– con el cual Denozza implícitamente desacredita el posible significado operativo de la categoría “contrato asimétrico”: la relevancia por la cual no podría constituirse en modo apropiado alrededor a fenómenos como “*irracionalidad, coerción, desinformación, etc. porque falta una precisa definición conceptual en grado de sostener una generalizada disciplina*”<sup>29</sup>. En este punto puedo replicar: tal vez la noción de “asimetría informativa” (refinada con ese enorme y específica elaboración científica de la cual el legislador –conociendo o no qué sea– obtiene para someterla a varias otras disciplinas de regulación del mercado) es terriblemente más vaga y más famosa, del punto de vista semántico, de cuanto lo es la noción por ejemplo de “error”, a pesar de ser así de controvertida y competitiva entre disciplinas psicológicas, categorías filosóficas y *hard sciences*, y todavía asumida por todos tranquilamente como la base conceptual para aplicar los artículos 1428 y siguientes del Código Civil Italiano, sin que ninguno se lamenta del defecto de una unívoca definición conceptual<sup>30</sup>.

26. Ver cita previa N° 10.

27. DENOZZA, F. *Op. Cit.*, p. 89.

28. Ver, citas previas N° 3 y 4.

29. DENOZZA, F. *Mercado, racionalidad de los agentes y Disciplina de los contratos. Op. Cit.*, p. 77.

30. Análogo argumento es ya usado (respecto a la prevención, donde la tesis del contrato asimétrico sí hubiera

## XII. CONTRATO ASIMÉTRICO Y TERCER CONTRATO: EL PRESUPUESTO COMÚN DE UNA REGULACIÓN DIRECTA A REMEDIAR FALLAS DEL MERCADO PARA RESTAURAR LAS CONDICIONES DEL ACTUAR RACIONAL DE LOS SUJETOS

Concluyo el presente trabajo con un último orden de consideraciones: que no quisiera que fuese percibido desagradablemente como un desestabilizador.

Los razonamientos que he desarrollado hasta ahora tienen un claro presupuesto, que en cualquier modo ha sido ya indicado pero que conviene retomar en términos más explícitos: la regulación del mercado, y en particular la disciplina de los Contratos del Mercado, tiene la finalidad de reaccionar a las fallas de mercado, en la medida en que estas afectan el actuar racional de los operadores (que en ausencia de las tales fallas podrían eficazmente desplegarse), y asimismo ofrece prevenir *ex ante* o remediar *ex post*, los factores que perturban este actuar racional.

En el contexto definido de este asunto de base, pueden existir discusiones específicas y también contrastes de mérito, cuando se trata de evaluar si determinadas disciplinas legales –que se presentan como inspiradas en la *ratio* de la política legislativa que abarca– son adecuadas o no respecto a la *ratio* y a la finalidad perseguida.

Solo un par de ejemplos. Una de las ramas dominantes de la reciente legislación sobre los Contratos del Mercado se centra en las “reglas informativas”, que consisten esencialmente en

imponer al contratante una fuerte obligación de dar –principalmente en la fase precontractual– una serie articulada y compleja de información sobre la materia del contrato, para así ofrecer al contrayente débil (y débil, normalmente porque es víctima de asimetrías informativas) un adecuado conocimiento de datos relevantes para su evaluación de conveniencia, que de otro modo no tendría. Ahora, muchos ven en dispositivos normativos un instrumento muy útil y eficaz para poner remedio al déficit de racionalidad cognitiva del contratante débil. Pero es también posible que alguien no esté de acuerdo, argumentando que normalmente este género de provisiones tiene un valor abstracto, simbólico y en definitiva declaratorio, mucho más de cuanto garantiza a sus beneficiarios una efectividad real y una tutela sustancial<sup>31</sup>.

Sin embargo, no sería mejor –teniendo en mente los intereses del sujeto de mercado víctima de ese particular déficit de racionalidad cognitiva que deriva del firmar contratos *standard* predispuestos unilateralmente por la contraparte más fuerte, sin primero leerlos (como típicamente sucede al consumidor que contrata con el profesional)– un dispositivo legal preventivo que esté destinado a promover la lectura? Ninguno, tendría que decir. Y en cambio hay alguien que (no sin alguna expresión de satisfacción con la naturaleza provocadora de su argumento) sostiene que incentivar la lectura del contrato por parte del adherente (por usar el lenguaje del artículo 1341 del Código Civil Italiano) no solo es inútil sino que corre el riesgo de resultar perjudicial para sus propios intereses<sup>32</sup>.

distendido la crítica de culminar en una inadmisibles pérdida del supuesto de hecho) En: ROPPO, V. *Parte general del contrato. Contrato del consumidor y contratos asimétricos*. Op. Cit. p.124.

31. Es lo que he tratado de argumentar en un escrito en el cual describo (críticamente) esta línea de legislación como un ejemplo de “manierismo informativo”: ROPPO, V. “Formation of Contracts and Pre-Contractual Information from an Italian Perspective ( Final Remarks of European Codes and Contract Law)”. En: GRUNDMANN, S. y SCHAFER, M. (editores). *The Architecture of European Codes and Contract Law*. Kluwer Law International, 2006, pp.283 y siguientes. Specie 296-299 (el escrito se puede apreciar antes de la traducción, en italiano: “L’informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo”. En: *Rivista di Diritto Privado*, 2004, pp. 747 y siguientes. Specie 760-764).
32. BEN-SHAHAR, O. “The Myth of the “Opportunity to Read” in Contract Law”. En: *European Review of Contract Law*. 2009, pp.1 y siguientes.

Pero sea para quien sostiene esta tesis iconoclasta, o sea para aquellos que por el contrario comparten el más tradicional favor por la lectura preventiva de los contratos por parte de los adherentes, todos tienen en común la búsqueda del mejor modo para remediar los déficits de racionalidad cognitiva del sujeto débil del mercado. Y la misma base de inspiración subyacente es común, respecto a las reglas informativas que son populares en la reciente disciplina de los Contratos del Mercado, a los observadores que también se dividen –en el juicio de mérito– entre los apologistas y los escépticos.

Incluso los militantes de estos dos partidos del contrato asimétricos y respectivamente del tercer contrato –divididos del modo que sabemos acerca de la evolución del sistema del Derecho de los Contratos del Mercado– concilian ambos en dar por pacífico que el sistema tenga, y no pueda carecer de, la función de remediar las fallas de mercado y los consecuentes déficits de racionalidad cognitiva y conductual de los operadores. Y eso sobre el supuesto de que existen *market failures* que puedan y deban ser contrarrestadas.

### XIII. UNA DIVERSA PERSPECTIVA TEÓRICA Y LAS POSIBLES RECAÍDAS POLÍTICAS: ENTRE EL ULTRALIBERISMO ANTIREGULATORIO Y EL INTERVENCIONISMO ESTRUCTURAL

Pues, si se alarga al horizonte del debate político-cultural sobre la regulación del mercado, se aprecia que este presupuesto no es pacífico en lo absoluto, más bien se encuentra en disputa, de hecho abiertamente criticado desde una perspectiva diferente. Una perspectiva ante todo teórica, que tiene recaídas de orden político: pero no según una única línea de acción, sino que más bien se separa, paradójicamente, en *policies* entre ellas radicalmente antagonistas.

Aludo a la perspectiva teórica alternativa según la cual –en extrema síntesis– no existe o no es relevante la racionalidad subjetiva de los agen-

tes del mercado amenazada por las fallas del mercado, pero sí existe o es relevante la racionalidad objetiva del mercado, en sus estructuras y en sus modos de funcionar que suelen decirse “inintencionales” (que prescinden de intenciones y se presentan aun antes de las condiciones subjetivas de los actores del mercado). Y se puede decir que a esta perspectiva teórica no extraña la línea de pensamiento del *Behavioural (Law and) Economics* (o al menos cierta parte de su declinación); y no otro en la medida en la que asume que la racionalidad del sujeto no está limitada por las fallas del mercado, sino más bien está limitada estructuralmente por los intrínsecos mecanismos de la *psiche* (y entonces no es reajutable con políticas para contrarrestar las *market failures*).

Sobre el asunto teórico general para el cual no existe la racionalidad del actor del mercado, sino solo una objetiva e “inintencional” racionalidad del mercado mismo, corresponde analizar la “calidad” de este último. Y aquí es donde surge la discrepancia política.

De acuerdo a la línea de los apologistas de la racionalidad objetiva del mercado, todo lo que sucede en el mercado es por definición, bueno, justo y sagrado, y hasta rechazan cualquier intervención correctiva de sus naturales dinámicas. Por ello, las denominadas fallas de mercado, perjudicarían su premisa (que continúa siendo impertinente) de que la racionalidad subjetiva de los operadores no es en absoluto un fracaso y no deben ser contrarrestada. Es una patrulla pasando por el alfabeto: de la A de Alesina a la Z de Zingales, pasando por la mediana de la M de Mingardi (muy reciente autor, este último, de un claim elocuente como “El mercado tiene razón cuando está mal”<sup>33</sup>).

Sobre el frente opuesto están aquellos que piensan que la racionalidad objetiva del mercado puede ser alguna vez una racionalidad perversa o al menos discutible, y por tanto su funcionamiento “inintencional” puede causar efectos socialmente indeseables, que son políticamente oportunos y

33. MINGARDI, A. *La inteligencia del dinero. El mercado tiene la razón aun cuando está torcido*. Marsilio, 2013.

debidos de contrarrestar. Para encontrar una manifestación de esta línea no es necesario ir lejos: basta retomar el escrito reciente, ya citado arriba, de Francesco Denozza. Allí el asunto base es la propia centralidad de la estructura objetiva del mercado competitivo, sus dinámicas "inintencionales", que hacen premio a la racionalidad subjetiva de los operadores<sup>34</sup>. Es sorprendente la convergencia teórica de este perfil, con las posiciones del ultraliberal Mingardi<sup>35</sup>. Pero Denozza no es un ultraliberal, y es obvio que la convergencia teórica se asocia a una profunda divergencia política. Ello patrocina las intervenciones públicas para corregir las distorsiones del mercado: más precisamente, intervenciones estructurales directas a incidir (en una lógica "objetiva") sobre las estructuras y las dinámicas del mercado competitivo; en lugar de intervenciones directas –según una lógica "subjetiva" por él sostenida ineficaz– para corregir las asimetrías cognitivas u otras fallas del mercado similares, en función de garantizar o recuperar las condiciones de un actuar racional de los operadores.

La aversión a las políticas indicadas para remediar las fallas del mercado es compartida por los ultraliberales: la diferencia en cuanto a su aversión es que estos señalan que contrarrestar las fallas del mercado es algo indeseable, mientras la posición ahora en discordia asume que contrastar las fallas de mercado es inútil.

#### XIV. EN EL CAMPO DE LA REGULACIÓN: ¿"CONTRA LA AUTONOMÍA" O "SUAVE EMPUJÓN"?

Pensemos en descomponer y recomponer el panorama de opciones teóricas y políticas en

el campo. Y hagámoslo poniendo entre paréntesis a los talibanes del mercado (los ultraliberales que rechazan cualquier intervención regulatoria) para concentrar la atención sobre el terreno donde se encuentran todos aquellos que sostienen que la regulación del mercado es cualquier medida y en algún modo posible y deseable.

El punto termina siendo: ¿qué regulación? Es aquí en que el campo que patrocina políticas de *market regulation* corre el riesgo de dividirse en dos: por un lado los defensores de una regulación dulce, tibia, y sobretodo orientada a respetar y promover la autonomía de jugadores "débiles" que la autoridad reguladora busca proteger contra los jugadores más fuertes; por otra parte, los defensores de una regulación más dura y agresiva, para la cual la salvaguardia y la promoción de la autonomía de los sujetos a proteger no es un fin significativo, sino que este sacrificio es visto como un precio inevitable de la protección. A modo de slogan: protección a través de la autonomía vs. protección contra la autonomía.

Las dos líneas encuentran expresión paradigmática en dos recientes libros americanos que con rapidez han animado el debate jurídico-político-económico en los Estados Unidos. El primero confía en la línea soft, orientada primariamente a salvaguardar y recuperar espacios de autonomía para los beneficiarios de la regulación: la palabra que lo titula –"nudge"– significa alguna cosa como pequeña presión o estímulo ligero que se ejercita sobre alguien para ayudarlo a orientarse hacia las

34. DENOZZA, F. "Mercado, racionalidad de los agentes y disciplina de los contratos". *Op. Cit.*, pp. 85 y siguientes (donde el párrafo 6 se titula, significativamente, "De la racionalidad del agente a la racionalidad no intencional del sistema").

35. Solo una cita, entre las tantas y tantas posibles: "El 'mercado' es un proceso (...) una trama infinita de relaciones en la cual los errores de las partes únicas no invalidan, pero si hacen posible el suceso del sistema en su complejidad. El mercado es una torta llena de millones de ornamentos" (p.16) "Los operadores económicos son siempre ignorantes": pero no importa, porque "Las empresas aprenden unas de otras" (p.17); "En el libre mercado, el orden es un efecto inintencional, una esterilidad" (p.63). La adhesión a la idea de una absoluta "inintencionalidad" del funcionamiento de los mecanismos de mercado es tan fuerte, para conllevar a Mingardi a criticar hasta a Adam Smith por su metáfora "de la mano invisible", que habría tenido que sugerir que detrás de la mano pudiera estar empeñada una guía intencional del proceso.

elecciones que parecen más coherentes con su interés, pero sin obligarlo y sin prohibir las elecciones diversas, sino mediante el *nudge* que él prefiera<sup>36</sup>. El segundo libro declara su propia tesis, del modo más notable posible, a través de su título "*Contra la Autonomía*"<sup>37</sup>. Parte del presupuesto de que nosotros hombres somos normalmente tan irracionales al tomar decisiones, que nuestras elecciones autónomas que a menudo nos impiden actuar nuestros propios fines; los cuales pueden en vez ser ayudados a realizarse, si la autoridad pública nos impide actuar en base a nuestras decisiones. En los textos de uno u otro libro se encuentran dos autodefiniciones de las líneas respectivamente propuestas, que se llaman una por contraposición a la otra: el mismo subtítulo del libro de Conly que dio elogio al "*coercive paternalism*"; y, en el libro de Thaler y Sunstein se patrocina decididamente una opción de (casi un oxímoron!) "*libertarian paternalism*"<sup>38</sup>.

Declaro abiertamente mi inclinación. Si paternalismo debe ser (¿porque no evitar un término siempre un poco desagradable y no decir simplemente "regulación"?), en general prefiero que sea de tipo "liberal" en vez de "coercitivo". De un tipo, o sea, que no comprima sino que al contrario expanda la autonomía de los sujetos tutelados, restaurando las condiciones racionales y el eficaz ejercicio contra los factores de perturbación (las asimetrías y déficit cognitivos) que en la realidad del mercado normalmente lo perjudican. Traduzcámoslo en términos de debate dentro de nuestra casa: es, en definitiva, la

*policy* perseguida por todos aquellos –que sostienen la hipótesis del contrato asimétrico, o tienen afinidad por los terceros contratos– quienes están unidos por la simpatía por la *Privatrechtsgesellschaft* y el pensamiento de que la mejor reglamentación del mercado sea la que quiere remedir las fallas, para recuperar el máximo posible de racionalidad del actuar de los operadores, y así en definitiva reforzar y valorizar su autonomía.

Pero retornemos al corazón de nuestra convención y preguntémosnos: ¿respecto a la *policy* apenas mencionada (que alguien podría definir como "ordoliberal"), como se verían los asuntos de *Behavioural Law and Economics*? No pretendo minimamente dar respuestas totales y decididas (si lo hiciese, contradiría la profesión de relativa incompetencia que hice al inicio), y me limito a proyectar someramente una duda. La duda que ciertas acepciones o inclinaciones del análisis de BLE, por el mismo hecho de devaluar el paradigma del sujeto racional (pronto como tal al mejor ejercicio de la propia autonomía), terminan por devaluar la idea de autonomía, y las políticas dirigidas a promoverla. Las fórmulas que se han elegido para titular la convención, no disipan la duda, si no que la consolidan. Si los sujetos tienen –por definición estructuralmente– "racionalidad limitada", si las políticas de regulación del mercado deben estar "más allá del sujeto racional", no es extraño pensar que este "más allá" pueda terminar por situarse en territorios frecuentados por intervinientes del "paternalismo coercitivo" más que del "paternalismo liberal", intervenciones que no son productos de "pequeños empujones"

36. THALER R. y SUNSTEIN, C. *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, 2008. El primer autor es un economista de la Universidad de Chicago; el Segundo, jurista la Facultad de Derecho de la misma universidad, ha sido nominado por el presidente Obama como Jefe de la Office of Information and Regulatory Affairs, pero en esta sede no puede olvidarse su rol como editor de una de las obras más reconocidas de BLE: SUNSTEIN, Cass. (Editor). *Behavioural Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000.

El libro también ha sido publicado en Italia donde "nudge" ha sido traducido con "suave empujón": THALER R. y SUNSTEIN C. *Nudge. La spinta gentile*. Feltrinello, 2009.

37. CONLY, S. *Against Autonomy Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge University Press, 2012.

38. THALER, R. y SUNSTEIN, C. *Nudge*, Op. Cit., p. 10. El enfrentamiento "a distancia" entre las dos líneas se convirtió en diálogo directo en invierno, con la polémica causada por Cass Sunstein (uno de los autores de "Nudge") y las páginas del New York times Review of Books que dedicó al libro de Sarah Conly.



sino por mecanismos imperativos operantes también *"against autonomy"*<sup>39</sup>.

Si esta duda debiera tener algún fundamento, y si más en general se abriese un significativo terreno de comparación/encuentro entre estas dos posiciones estratégicas opuestas, el contraste entre la tesis del contrato asimétrico y el

tercer contrato se degradarían en una pequeña escaramuza táctica. Y duelistas preferiría, en una perspectiva estratégica, hacer frente común contra quienes niegan la posibilidad de optar por una regulación del mercado dirigida a remediar las fallas para recuperar condiciones de racionalidad de los agentes de mercado, y así valorizar y promover la autonomía.

---

39. Y de hecho Conly parece inspirar su línea de pensamiento en postulados de Behavioural Law Economics: en la misma carta de presentación del libro, propuesta en la página oficial de Cambridge University Press, se lee que la autora ha basado sus argumentos *"en fuentes de behavioural economics y psicología social"*.