

Entendiendo el mercado: la contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y de selección adversa



DOCTRINA

FREDDY ESCOBAR ROZAS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard.

Miembro de la Comisión de Protección al Consumidor de Lima Norte del
Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

Profesor de Análisis Económico del Derecho, Contratos, Mercado e Instituciones Legales
y Teoría Legal Contemporánea en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad del Pacífico.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El rol de los contratos.
- III. La regulación estatal supletoria y la reducción de costos de transacción.
- IV. La contratación estandarizada.
- V. El problema de insatisfacción de los adherentes.
- VI. El mecanismo de control de los formularios contractuales.
- VII. La mitigación del problema de insatisfacción desde el mercado.
- VIII. El problema de selección adversa de los proveedores.
- IX. El espacio para la regulación.
- X. La opción de la regulación peruana.
- XI. Conclusión.



Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS 124

Even where a significant market failure has been identified, government should act only where it is feasible and cost-effective to do so

MICHAEL J. TREMLCOCK

I. INTRODUCCIÓN

La contratación estandarizada ha sido estigmatizada en el *Civil Law*. Constantemente abogados y académicos denuncian que la contratación estandarizada permite que la parte fuerte (empresa) abuse de la parte débil (consumidor), a través de la imposición de cláusulas injustas (vejatorias) que generen un desequilibrio en la relación contractual¹.

Los círculos que desconfían de la contratación estandarizada abogan por la necesidad de ejercer control legislativo sobre el contenido de los contratos predispuestos. Dos son los argumentos que emplean para justificar esta idea: la inexistencia de negociaciones y la existencia de desequilibrios contractuales en perjuicio de la parte que se adhiere a las cláusulas predispuestas.

Quienes postulan tales argumentos no explican, sin embargo, por qué la negociación es deseable en el contexto de la comercialización masiva de bienes y servicios, ni qué es equilibrio contractual, ni por qué ese equilibrio ha de mantenerse en toda situación. Tampoco toman en consideración el haz de beneficios que genera la contratación estandarizada no solo en términos de reducción de costos de transacción sino también en términos de reducción, a un costo comparativamente bajo, de los problemas de insatisfacción del consumidor y de selección adversa del proveedor.

Este trabajo ofrece una visión general acerca de la contratación estandarizada, de los problemas que las partes enfrentan en este contexto y de los mecanismos de mitigación de tales problemas desarrollados por el sistema legal y por el sistema de mercado.

La tesis central defiende el predominio de las fórmulas creadas por el sistema de mercado para mitigar el problema de insatisfacción de los adherentes (consumidores) y el problema de selección adversa de los proveedores.

1. "Può dirsi pertanto che le condizioni generali di contratto sono state anche utilizzate quale strumento di sopraffazione di una parte economicamente più forte nei confronti della controparte". Ver: PATTI, Salvatore. *Le Condizioni Generali di Contratto e i Contratti del Consumatore*. En: *I Contratti in Generale*. Al cuidado de Enrico Gabrielli. Torino: UTET, 1999. Vol. I, p. 297. "L'accertamento della vessatorietà della clausola si svolge attraverso un duplice passaggio: nel primo il giudice deve verificare se la clausola contestata sia riconducibile ad una delle ipotesi previste dall'elenco, o, qualora non vi rientri, se essa possa altrimenti presumersi vessatoria (...) All'esito di questa fase (...) il giudice dovrà poi accertare, mediante un diverso percorso (...) se la clausola che si presume vessatoria determini a carico del consumatore uno squilibrio non ragionevole dei diritti ed obblighi (...)". Ver: AZZARO, Andrea Maria. *Accertamento della Vessatorietà delle Clausole*. En: *Clausole Vessatorie nei Contratti del Consumatore*. Al cuidado de Guido Alpa. Milano: Giuffrè Editore, 2003. p. 728. "En una sociedad de consumo y libre mercado como la nuestra, donde lo que interesa a los productores de bienes y a los prestadores de servicios es el optimizar sus ganancias, incitando al ciudadano al consumo de una forma indiscriminada e irracional, se producen verdaderas situaciones de superioridad de aquellos frente a éstos que conduce a un abuso de su situación para el logro de sus fines". Ver: PRADA, Alonso. *Protección del Consumidor y Responsabilidad Civil*. Madrid - Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1998 p. 13. "Y (...) una de las funciones espurias de los condicionados generales es que las empresas que los utilizan tienden a mejorar su posición contractual con respecto a la normal distribución de cargas y derechos prevista legalmente, desplazándose los riesgos y obligaciones hacia los clientes a arrojándose derechos y facultades excesivos, sin contrapartidas para los adherentes". Ver: VEGA, Yury. *El Derecho del Consumidor y la Contratación Contemporánea*. En: *Contratación Contemporánea*. Dirigida por Atílio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto. Lima: Palestra Editores, 2001. Tomo II, pp. 554 - 555. La idea de que la contratación estandarizada puede servir para implementar prácticas abusivas no es privativa del *Civil Law*. En efecto, a pesar de reconocer los efectos positivos del empleo de los formularios contractuales estandarizados, desde muy temprano Karl Llewellyn advirtió al mundo del *Common Law* sobre la necesidad de evitar abusos potenciales por el control unilateral de tales formularios. Una exposición completa de la evolución de esta idea en los Estados Unidos de América se encuentra en: MEYERSON, Michael I. *The Reunification of Contract Law: The Objective Theory of Consumer Form Contracts*. En: *University of Miami Law Review*, Vol. 47, Número 5, 1993, p. 1274 y ss.

II. EL ROL DE LOS CONTRATOS

Los contratos cumplen un rol fundamental en las sociedades contemporáneas². En efecto, en primer lugar los contratos afirman la dignidad del ser humano³, al dotar de efectos legales a las decisiones que los individuos toman sobre sus bienes y sus acciones futuras⁴. En segundo lugar, los contratos profundizan el esquema de división del trabajo, acentuando la innovación productiva y comercial⁵. En tercer lugar, los contratos permiten la circulación de los recursos valiosos hacia sus usos alternativos más eficientes⁶. En cuarto lugar, los contratos gene-

ran la formación de redes de confianza social que prescinden del aparato estatal para lograr la cooperación entre las personas y, por tanto, permiten la mejora del bienestar individual a menores costos⁷.

Una perspectiva económica basada en la eficiencia y una perspectiva moral basada en la libertad requieren que las personas puedan fijar libremente el contenido de los contratos que celebran.

En efecto, debido a que las personas conocen sus preferencias y valoraciones, carece de senti-

2. "All human transactions are directed to a future that is never free from elements of uncertainty. Every one of our ventures, therefore, involves the taking of a risk. When I board a train to go home I am betting my life that I will get to my destination. Now a contract or agreement may be viewed as an agreement for the distributions of anticipated gains or losses. If I agree to sell certain goods or services I expect that I shall be paid in good United States money and that with this money I shall be able to acquire certain other goods. I do not generally take into account the possibility that the purchasing power of the American dollar may be radically reduced when I receive my pay. That contingency is generally not thought of or else deemed too remote, yet certain bondholder do think of it and specify payment in gold of a certain standard. Now the human power to foresee all the consequences of an agreement is limited, even if we suppose that the two parties understand each other's meaning to begin with. Disputes over disagreements are therefore bound to come up; and the law of contract may thus be viewed as an attempt to determine the rights and duties of the two parties under circumstances that were not anticipated exactly in the same way by the two contracting parties, or at any rate were not expressly provide for in an unambiguous way. One can therefore say that the court's adjudication supplements the original contract as a method of distributing gains and losses." Ver: COHEN, Morris, *The Basis of Contract*, En: *Harvard Law Review*, Número 4, 1933, p. 560.

3. Las personas tienen concepciones diferentes acerca de lo que es bueno o malo para ellas mismas y, en consecuencia, acerca de lo que constituye el fin último de sus vidas. En una sociedad libre, la dignidad individual preserva la capacidad de elegir, entre diversas concepciones en competencia, el fin último de la existencia personal. Los contratos permiten que las personas adquieran los recursos que necesitan para intentar alcanzar sus propias metas y, por lo tanto, para materializar sus propias concepciones acerca del sentido de sus vidas. Ver: RAWLS, John, *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge - London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001, p. 19.

4. Los contratos crean y transfieren derechos sobre los recursos; esto es, sobre las cosas y las acciones que poseen valor para las personas. En términos de eficacia, los contratos generan titularidades legales tanto sobre las cosas como sobre las acciones futuras de las partes contratantes. Para una explicación detallada del contrato como generador de titularidades sobre recursos: GOLD, Andrew S., *A Property Theory of Contract*, En: *Northwestern University Law Review*, Volumen 103, Número 1, 2009, pp. 13 - 63.

5. La división del trabajo genera bienestar social en la medida en que incrementa la producción de recursos valiosos a menores costos incrementales. Ello debido a que la división del trabajo permite a los individuos elegir el desarrollo de una u otra actividad en función a sus aptitudes y competencias. La repartición de tareas en función de las aptitudes y competencias permite, a su vez, incrementar la eficiencia del proceso productivo por dos razones. En primer lugar porque, en términos comparativos, los más talentosos para una labor específica realizan dicha labor de mejor modo y en menor tiempo: Marki Callias, Michael Jordan y Gary Becker son, dentro de sus respectivos campos, de mejor modo y en menor tiempo. En segundo lugar porque los menos talentosos para una labor específica no tienen por, un claro ejemplo de esto, En segundo lugar porque los menos talentosos para una labor específica no tienen que invertir en exceso a efectos de estar en condiciones para realizar dicha labor: acudir a un médico es menos costoso y más productivo que estudiar medicina con el propósito de poder estar en condiciones de tratar los males propios. Ver: HARDIN, Russell, *How Do You Know?* Princeton - Oxford: Princeton University Press, 2009, p. 14.

6. POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, New York: Aspen Publishers, 2007, pp. 33 - 93.

7. LEIB, Ethan J., *Contracts and Friendships*, En: *Emory Law Journal*, Vol. 59, 2010, p. 654.

do confiar el diseño de las reglas contractuales a las autoridades estatales (burócratas, jueces, etc.), en la medida en que estas últimas no tienen información respecto de lo que desea cada una de las personas interesadas en vender y adquirir recursos. Por otro lado, debido a que las personas se reconocen dignas entre sí, carece de justificación otorgar a las autoridades estatales el poder de impedir que aquellas tomen sus propias decisiones, aun cuando éstas no sean correctas desde una perspectiva racional o económica.

En consecuencia, la intervención de las autoridades estatales en materia contractual ha de estar restringida a casos excepcionales, en los que, por razones de eficiencia o por exigencias de orden moral⁸, no existe otra opción con mejores resultados esperados.

III. LA REGULACIÓN ESTATAL SUPLETORIA Y LA REDUCCIÓN DE COSTOS DE TRANSACCIÓN

La explicación económica tradicional⁹ sostiene que las operaciones contractuales son vinculantes porque posibilitan que los recursos escasos sean adquiridos por quienes más los valoran (en cierto momento) y, por tanto, sean empleados en sus usos alternativos más eficientes. El hecho que los recursos escasos circulen para ser aprovechados por aquellos agentes que más los

valoran no sólo mejora la situación de bienestar de esos agentes, sino también la situación de bienestar del grupo social en general¹⁰. Veamos con un ejemplo cómo es que esto resulta cierto.

Imaginemos que A es propietario del recurso X y valora ese recurso en 100. Imaginemos, por otro lado, que B valora el recurso X en 150. Bajo este supuesto, A estará dispuesto a vender el recurso X a cualquier precio por encima de 100, mientras que B estará dispuesto a comprar dicho recurso a cualquier precio por debajo de 150. Si A y B celebran un contrato y cumplen sus obligaciones, ambos estarán mejor que antes, en tanto que cada uno tendrá en sus manos el recurso que más valora (A valora más el precio, imaginemos 110, y B valora más el recurso). La sociedad, por otro lado, también estará mejor, en la medida en que la mejora de los integrantes del conjunto supone la mejora del conjunto¹¹.

Para que las personas celebren transacciones mutuamente beneficiosas los costos de transacción no deben ser altos. En palabras de Coase¹², los costos de transacción son los que se generan por el hecho de hacer funcionar el sistema de mercado. En términos específicos, los referidos costos se descomponen en tres: (i) costos de acceder a la información relevante; (ii) costos de negociar y de celebrar los contratos; y, (iii) costos de hacer cumplir los contratos.

8. En términos generales, existen dos aproximaciones sobre la moral. Una se sirve del discurso filosófico racional para explicar por qué las personas deben distinguir entre lo correcto y lo incorrecto. La otra se sirve del discurso evolutivo para explicar por qué las personas actúan tomando en consideración la compasión, la simpatía y otro tipo de sentimientos morales. Al margen de cuál sea la aproximación correcta, lo cierto es que los seres humanos toman decisiones en función de ciertas consideraciones morales y están expuestos a externalidades emocionales en caso que esas consideraciones no sean observadas. Ver ZAK, Paul J. *Values and Value: Moral Economics*. En: *Moral Markets. The Critical Role of Values in the Economy*, Paul J. Zak Editor. Princeton - Oxford: Princeton University Press, 2008. pp. 260 - 273.

9. JEVONS, Stanley William. *The Theory of Political Economy*. New York: A. M. Kellys, 1965. p. 85 y ss.; IPPOLITO, Richard. *Economics for Lawyers*. Princeton-Oxford: Princeton University Press, 2005. p. 12; KRONMAN, Anthony T. y POSNER, Richard A. *The Economics of Contract Law*. Boston - Toronto: Little, Brown and Company, 1978. p. 2.

10. FRIEDMAN, David D. *Law's Order*. Princeton - Oxford: Princeton University Press, 2000. p. 150 y ss.

11. GEORGIKOPOULOS, Nicholas. *Principles and Methods of Law and Economics*. Cambridge - London: Cambridge University Press, 2005. p. 20 y ss.; POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge - London: Harvard University Press, 2001. p. 98.

12. COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. En: *The Journal of Law and Economics*, Vol. III, 1960. p. 15 y ss.

Volvamos a nuestro ejemplo para notar cómo los costos de transacción resultan nocivos para el bienestar de las personas. Imaginemos que *B* tiene que incurrir en costos de transacción por 30 (debe invertir dinero para encontrar al propietario del recurso *X*). En este nuevo escenario, *A* seguirá dispuesto a vender el recurso *X* por un precio superior a 100; pero *B* solo estará dispuesto a comprar ese recurso por un precio inferior a 120 ($150 - 30 = 120$). Por consiguiente, aun existen posibilidades para que la transacción se realice. ¿Pero qué ocurrirá si *A* también debe incurrir en costos de transacción por 30? En este supuesto, resulta obvio que la transacción no se realizará, pues *A* sólo estará dispuesto a vender el recurso *X* por un precio mayor a 130 ($100 + 30 = 130$), mientras que *B* sólo estará dispuesto a comprar ese recurso por un precio menor a 120. Los altos costos de transacción habrán frustrado la realización de una transacción mutuamente beneficiosa.

El sistema legal puede contribuir de manera significativa a reducir los costos de transacción. En efecto, el sistema legal puede facilitar el proceso de contratación a través de la oferta de un haz de reglas supletorias que distribuyan riesgos (a través de la asignación de derechos, obligaciones y responsabilidades) y, por consiguiente, liberen a las personas de la necesidad de adoptar acuerdos complejos que regulen las múltiples situaciones de conflicto que se pueden presentar durante la etapa de ejecución de las transacciones.

Sin embargo, la reducción de los costos de transacción solo se produce si la regulación

supletoria tiene sentido económico o por lo menos sentido común. En efecto, a pesar de las buenas intenciones, la referida regulación puede incrementar los costos de transacción si distribuye los riesgos de un modo ineficiente o si contradice lo que el simple sentido común dicta, pues en ambos supuestos las personas querrán pactar en contra, por lo que incurrirán en mayores costos de transacción. Las personas que no logren pactar en contra por que simplemente ignoran la existencia de la referida regulación empeorarán su situación de bienestar al ser destinatarias de una asignación ineficiente o inesperada de titularidades¹³.

IV. LA CONTRATACIÓN ESTANDARIZADA

La contratación estandarizada se caracteriza por la ausencia de negociación entre las partes. No existe discusión respecto del contenido del contrato. Una de las partes elabora tal contenido e indica a la otra que está dispuesta a contratar pero no a negociar las condiciones del contrato. En consecuencia, esta última solo puede aceptar o rechazar esas condiciones ("take it or leave it").

¿Es ese procedimiento anómalo? ¿En absoluto! No existe razón moral o económica alguna para considerar injusto o ineficiente tal procedimiento. Nadie puede obligar al proveedor de bienes o servicios a negociar, a discutir, a tratar. Todo proveedor debe poder elegir si desea o no colocar sus productos a través de negociaciones, discusiones o tratativas¹⁴. Toda regulación que imponga límites a la libertad contractual

13. El Código Civil está plagado de normas ineficientes, que sin justificación alguna limitan los plazos de los contratos, impiden la inclusión de cláusulas mutuamente beneficiosas, otorgan derechos patrimoniales irrenunciables, etc. Un ejemplo paradigmático de regulación groseramente ineficiente y contraria al más elemental sentido común puede ser hallado en materia de invitación a ofrecer. Ver: ESCOBAR, Freddy y CABIESES, Guillermo, *Reivindicando el Sentido Común: Alegato a favor de la Derogación de la Regulación de la Invitación a Ofrecer en el Código Civil de 1984*. En: *Advocatus*. Número 21. 2010, pp. 23 - 38.

14. "No existe realmente necesidad de dictar medidas especiales de protección al destinatario de la oferta en el contrato libre por adhesión. Su situación es igual a la del destinatario de una oferta de contrato paritario, pues se encuentra en absoluta libertad de aceptar o rechazar la oferta. La pérdida de su libertad de configuración interna del contrato es sólo un accidente, que no lo coloca en una situación vulnerable, desde que si la oferta no satisface sus expectativas tiene expedido el recurso de rechazarla (...) Sólo en el caso del contrato necesario por adhesión donde, según se ha visto, existe la posibilidad de que el estipulante, abusando del estado de necesidad en que se encuentra el destinatario de la oferta, proponga cláusulas vejatorias, que el destinatario se vería compelido a aceptar, se requiere proteger a este último contra tal abuso". Ver: DE LA PUENTE Y LAYALLE, Manuel, *El Contrato en General*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial. 1999. Primera Parte, Tomo III, p. 50.

por el simple hecho de no existir espacio para la negociación de las cláusulas del contrato es ineficiente e inhumano¹⁵.

Existen muchas razones que explican y justifican la existencia de la contratación estandarizada¹⁶. Desde una perspectiva económica, la estandarización de los términos contractuales permite, como ninguna otra herramienta, reducir significativamente los costos de transacción de los proveedores de bienes y servicios¹⁷. En efecto, gracias a la estandarización de sus compromisos contractuales, dichos proveedores pueden simplificar sus procesos operativos y, por ende, reducir sus costos de producción y de comercialización¹⁸.

Si los proveedores tuvieran que negociar con cada persona los términos de cada contrato, aquéllos tendrían que diseñar e implementar procesos operativos extremadamente complejos para estar en condiciones de responder a la diversidad de preferencias exteriorizadas en las negociaciones individuales¹⁹. El mayor costo de los referidos procesos sería trasladado, vía precio, a las personas interesadas en adquirir los bienes y servicios ofrecidos por los proveedores. Dadas las múltiples restricciones presupuestales, no todas las personas podrían pagar el mayor precio de los referidos bienes y servicios. Esto significa que el incremento de los precios provocado por el costo de las negociaciones individuales generaría demandas insatisfechas

15. Cuando no existe competencia, el Estado impone -con razón- límites al contenido de los contratos. Esta intervención, sin embargo, no está sustentada en la inexistencia de negociaciones entre el proveedor y los consumidores, sino en la existencia de un monopolio, que genera resultados socialmente ineficientes en la medida en que produce una cantidad de recursos inferior a la que produciría una industria en competencia perfecta. Ver: SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William D. *Economía*. Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia. Madrid: McGraw-Hill, 1993. p. 212.
16. "First, standard form contracts reduce transaction costs. In the strongest form of this claim, the drafter provides terms consistent with those to which the parties ultimately would have bargained. If, for instance, the standard form allocates risks to the parties best positioned to avoid or insure against them, then presumably the terms reflect the positions most parties in similar positions would have preferred (...) Second, standard form contracts generate benefits associated with network externalities. As developed in the legal literature standardization of contracts confers learning effects as courts and parties agree on meanings of potentially vague terms, while competition among suppliers of contract terms generate contracts that reflect optimal terms (...) Third, standard forms facilitate control of agency costs in mass market transactions. If agents are authorized to negotiate terms, principals will have to monitor agents to ensure that contract modifications do not adversely affect the pricing models under the original contract". Ver: GILLETTE, Clayton P. *Standard Form Contracts*. NYU Center for Law, Economics and Organization. Law & Economics Research Paper Series. Working Paper No. 09-18. 2009. pp. 2 y 3. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1374990 (última visita: 28 de Julio de 2010).
17. "[t]he principal justification for standard contracts is the dramatic reduction in transaction costs that they permit in many contexts". Ver: TREBILCOCK, Michael. *Rethinking Consumer Protection Policy*. En: *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*. Editado por Charles E. F. Rickett y Thomas G. W. Telfer. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 93.
18. "[w]hy Avis, Hertz, and many other firms choose to make use of form contracts. There are two obvious reasons. One is that they want to reduce the costs of drawing up contracts. Is you are making similar agreements with millions of customers a year, it is a lot cheaper to draft a single contract with options to cover likely variations among what your consumers want than to redraft the contract for each transaction. The second reason is that a form contract reduces the risk that their employees will cheat them. Suppose Avis left it up to each desk clerk to negotiate the rate of each rental. Five dollars to the desk clerk plus twenty dollar to Avis is a better deal for me than the thirty dollar price the clerk will hold out for if I don't bribe him. But it is a worse deal for Avis". Ver: FRIEDMAN, David. Op. cit. pp. 156 y 157.
19. "The take-it-or-leave-it approach to form contracts is thus fundamentally grounded not only on the efficiencies of mass distribution, but also on substantial institutional rigidities. Firms do not want to negotiate individualized contracts because doing so entails bearing not only the costs of particular negotiations, but also the economic and institutional cost of modifying an organizational structure geared to the standardized terms". Ver: RAMOFF, Todd D. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. En: *Harvard Law Review*. Vol. 96. 1983. p. 1176.

y, por tanto, empeoramiento de la situación de bienestar de la sociedad.

V. EL PROBLEMA DE INSATISFACCIÓN DE LOS ADHERENTES

En las relaciones estandarizadas muchas veces los adherentes (consumidores) no obtienen lo que esperaban obtener. El problema de no obtener lo que se espera se presenta en cualquier situación contractual; lo que ocurre es que ese problema se agrava en el contexto de operaciones masivas debido a una serie de factores, entre los que se encuentran la asimetría informativa, la rapidez con la que los consumidores toman sus decisiones y la tendencia de los consumidores a incurrir en errores de estimación de riesgos²⁰.

Existen diversos mecanismos regulatorios para enfrentar el problema antes indicado: obligar a las empresas a revelar de forma detallada información acerca de las características de los productos ofrecidos en el mercado, prohibir la venta de ciertos bienes especialmente riesgosos, establecer la necesidad de obtener licencias para poder ofrecer bienes y servicios en el mercado, etc.

Cada mecanismo tiene impactos diversos tanto en el valor de la información²¹ como en el costo de la información. Un esquema legal regulatorio será óptimo, en términos de adecuada protección al consumidor, cuando incremente el valor de la información para el consumidor o cuando reduzca el costo de información para el consumidor (o cuando logre ambas cosas)²².

Todos los esquemas regulatorios presentan ventajas y desventajas. Así, el esquema que obliga a las empresas a suministrar información detallada sobre los bienes y servicios que ofrecen puede eliminar la asimetría informativa respecto de consumidores sofisticados y cuidadosos; pero puede resultar contraproducente respecto de consumidores no sofisticados o poco cuidadosos. Dada la tendencia general de los consumidores a no leer documentos extensos o a tomar decisiones en función de intuiciones²³, la política de obligar a suministrar información detallada (y, por lo tanto, documentación extensa) puede resultar más perjudicial que beneficiosa.

Por otro lado, el esquema que obliga a obtener una licencia previa para poder ofrecer productos en el mercado puede mitigar el problema de la presencia de proveedores oportunistas, pero puede también exacerbar la divergencia entre lo esperado y lo adquirido, al crear la impresión de que los bienes y servicios son seguros por el simple hecho de ser ofrecidos por empresas que cuentan con la aprobación de una agencia estatal especializada, sin mencionar los efectos anticompetitivos que suelen acompañar a tal mecanismo²⁴.

En consecuencia, la adopción de un mecanismo regulatorio que mitigue o elimine el problema de insatisfacción debe depender del análisis comparativo de las distintas opciones que se encuentren disponibles. Ese análisis debe tomar como variables los costos y beneficios resultantes a la luz de la experiencia local e internacional²⁵.

20. POLINSKI, Mitchell A. y ROGERSON, William P. *Products Liabilities, Consumer Misperception and Market Power*, National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 937, 1982, p. 6. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=300720 (última visita: 3 de agosto de 2010).

21. El valor de determinada información está representado por el beneficio esperado que los consumidores obtienen de aquella, a efectos de tomar una mejor decisión.

22. TREBILCOCK, Michael. Op. cit. p. 73.

23. KOROBKIN, Russell, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*. En: *The University of Chicago Law Review*, Número 70, 2003, p. 1217; HILLMAN, Robert A. y RACHLINSKI, Jeffrey J. *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*. En: *New York University Law Review*, Número 77, 2002, p. 434.

24. TREBILCOCK, Michael. Op. cit. p. 75.

25. "With respect to each policy objective, a significant array of possible policy instruments are typically available and need to be evaluated (and periodically reevaluated) comparatively, one against the other, in light of experience with

VI. EL MECANISMO DE CONTROL DE LOS FORMULARIOS CONTRACTUALES

Diversas jurisdicciones han optado por el mecanismo consistente en intervenir en el contenido de los formularios contractuales con el fin de impedir que los proveedores incluyan ciertas cláusulas "abusivas" en tales formularios²⁶. Para justificar la adopción del referido mecanismo los círculos legales han ensayado diversas explicaciones.

Algunos han asociado los contratos estandarizados con el poder de los monopolios interesados en imponer condiciones no óptimas²⁷. La idea de que existe una asociación entre los

monopolios y los formularios contractuales es, empero, errónea, pues dichos formularios también son empleados por empresas que operan en mercados competitivos²⁸. Por otro lado, no se entiende por qué los monopolios tendrían interés en imponer condiciones contractuales no óptimas, cuando pueden perfectamente ofrecer condiciones contractuales óptimas a un mayor precio²⁹.

Otros han asociado los contratos estandarizados con los abusos cometidos por una parte fuerte en contra de una parte débil³⁰. La idea de que existen abusos en materia contractual se fundamenta en la premisa de que el sistema contractual ha de velar por cierto equilibrio³¹ y,

their utilisation both in the jurisdiction in question in the past and other jurisdictions currently or historically. That is to say, historical, comparative and empirical evidence will be critical to the choice and ongoing re-evaluation of policy instruments [...]. Ver: TREBLCOCK, Michael. Op. cit. p. 79.

26. Probablemente la regulación de la Unión Europea sea la más agresiva en materia de control de cláusulas pre-dispuestas. A pesar de que los países miembros de la unión han logrado aprobar diversas directivas dirigidas a proteger a la parte que se adhiere a las referidas cláusulas (Directiva 1993/13/ECC sobre términos contractuales injustos, Directiva 97/7/ECC sobre compras a distancia, Directiva 85/577 sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales, Directiva 2001/31/EC sobre contratos celebrados por medios electrónicos), los procesos de negociación no han estado libres de controversias. Por otro lado, la adopción interna de dichas directivas no ha estado exenta de incumplimientos. Ver: MICKLITZ, Hans W. *The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party*. En: *Journal of Consumer Policy*. Número 27. 2004. pp. 339 a 356.
27. KESSLER, Friedrich. *Contracts of Adhesion: Some Thoughts About Freedom of Contract*. En: *Columbia Law Review*. Vol. 43. 1943. p. 629.
28. "Because standardization, like other types of mass production, lowers the per-unit cost of contracting, competitive firms as well as monopolists have an incentive to use it. Indeed, standardized contracts are widely used in many industries conservatives and liberal economists would agree are workably competitive. Even the fact that competitive firms offer similar terms is no evidence of collusion [...], since such a congruence would be also observed in perfectly competitive markets". Ver: KATZ, Avery. *Standard Form Contracts*. p. 2. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=41320 (última visita: 30 de julio de 2010).
29. "Other scholars disagree with the view that standard terms depend on competitive conditions. In particular, some suggest that standard terms may be efficient even under monopoly. These authors point out that a product's standard terms are just one of many attributes of a product and can be viewed as a dimension of a product quality. And A. Michael Spence shows that a profit-maximizing monopolist will offer whatever product quality is preferred by the marginal consumer (the consumer who is just willing to pay the ongoing price), since that level maximizes her willingness to pay for the product. Thus as long as the preferences for the marginal consumer are the same as those of the average consumer, even a monopolist will offer optimal terms, albeit at a supra-competitive price". Ver: MAROTTA-WURLER, Flotencia. *Competition and the Quality of Standard Form Contracts: An Empirical Analysis of Software License Agreements*. En: *Journal of Empirical Legal Studies*. Vol. 5. Número. 3. 2008. p. 448.
30. "Si regolano i rapporti contrattuali delle imprese e dei consumatori tenendo conto, prima di tutto, che sono spesso rapporti fra parti con potere economico diverso, sicché all'interno di essi un contraente "forte" ha la possibilità di prevalere un contraente "debole", imponendogli per per il proprio profitto contratti ingiusti; difendere il contraente debole contro questo rischio di prevaricazione significa, perciò, difendere la giustizia dei rapporti contrattuali di mercato". Ver: ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 2001. p. 904.
31. Los contratos producen intercambios voluntarios. Estos intercambios están expuestos a diversos riesgos y lo racional es protegerse contra ellos. Si un banco otorga un préstamo a una persona, ese banco toma muchos más

por tal razón, ha de ser redistributivo en caso tal equilibrio no se presente *ex ante*. En teoría política, la idea de que el Estado redistribuya la riqueza no es necesariamente unánime³². Asumiendo, sin embargo, que la sociedad acepte la referida idea, es bastante desafortunado confiar la tarea de la redistribución de la riqueza al Derecho Privado.

En efecto, si las normas que regulan los derechos de propiedad, los contratos y las interferencias asignaran titularidades en función de los niveles de riqueza de las personas, el bienestar social se reduciría irremediablemente, generando el incremento de la pobreza.

Imaginemos que una persona sumamente pobre ha trabajado sin descanso durante doce horas recogiendo desperdicios de la ciudad. Agotado por el esfuerzo físico y la casi nula alimentación, esta persona conduce su triciclo sin prestar la atención debida. Por esta razón, al detenerse en un semáforo impacta y daña el lado derecho de un automóvil de lujo, de propiedad de una persona con mucho dinero. ¿Debe la persona pobre pagar una indemnización a la persona rica?

Si consideramos que por ser pobre la persona que ha ocasionado el daño no debe ser obli-

gada a pagar indemnización alguna, entonces todas las personas pobres tendrán incentivos para actuar de manera poco cuidadosa. Esto generará el incremento de las interferencias, de los daños y de los costos de los seguros (en caso existan). También generará el incremento del temor de sufrir daños que no sean indemnizados por los causantes o por las compañías de seguro. Al final del día, muchas actividades socialmente valiosas dejarán de realizarse debido a la licencia legal de dañar otorgada a los pobres por el hecho de serlo. La disminución de tales actividades contraerá el número de las transacciones que sostienen el bienestar social, reduciendo el nivel de riqueza del grupo social³³.

El Derecho Privado debe crear incentivos para que la riqueza se incremente. Aceptada la idea de la necesidad o conveniencia de redistribuir (con ciertos límites) la riqueza³⁴, el Estado ha de actuar a través del sistema tributario, ya que, a diferencia de cualquier sistema de Derecho Privado, que imputa consecuencias únicamente a aquellas partes que participan en la transacción contractual o extracontractual concreta, sin tener en consideración sus niveles de riqueza, el sistema tributario no solo imputa consecuencias a la totalidad de las personas con ingresos sino que además lo hace en función de los diversos

riesgos que los que toma esta última. Así, el banco toma, entre otros riesgos (p.e. el riesgo del incremento de tasa de fondeo), el riesgo del fallecimiento del prestatario, el riesgo de la incapacidad del prestatario, el riesgo de la insolvencia del prestatario, el riesgo de la ilegalidad de las actividades del prestatario, etc. El prestatario únicamente toma el riesgo del no desembolso. Por tanto, las partes contratantes no tienen que ser titulares de los mismos derechos ni de la misma protección legal. La idea de que debe existir "equilibrio" o "simetría" contractual es nefasta porque altera la necesidad de mitigar la desproporción entre los riesgos.

32. " (...) the distribution of income will matter to social welfare because a dollar of income often will raise the utility of some individuals more than that of others. Notably, redistributing income from rich to the poor will tend to raise social welfare, assuming that the marginal utility of income is greater for the poor than for the rich (...) the distribution of income may matter to social welfare because some individuals' well-being may depend directly on the distribution of income, as when individuals feel sympathy toward those who are less fortunate". Ver: KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Cambridge - London: Harvard University Press. 2002. pp. 30 y 31.
33. Los mismos efectos se producen si las normas que regulan los derechos de propiedad o los contratos asignan titularidades en función de la riqueza o pobreza de las personas.
34. " (...) when legal rules do have distributive effects, the effects usually should not be counted as favoring or disfavoring the rules because distributional objectives can often be accomplished directly, using the income tax and transfer (welfare) programs. One reason economists have tended to favor these direct means of redistribution is that they reach all individuals and are based explicitly on income. In contrast, particular legal rules affect only relatively small fractions of the population and ordinarily constitute crude means of redistribution". Ver: KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven. *Op. cit.* pp. 33 y 34.

niveles de ingresos de esas personas, generando de esta forma una redistribución más eficiente.

A pesar de que las razones tradicionales que favorecen la intervención de los reguladores en el contenido de los contratos estandarizados no son correctas, los sistemas legales suelen permitir tal intervención³⁵.

La estrategia de impedir que los proveedores incluyan determinadas cláusulas en los formularios contractuales puede ser considerablemente nociva. En efecto, cuando el regulador decide que los proveedores no pueden incluir ciertas cláusulas en los contratos estandarizados (p.e. terminación anticipada, ajuste de tasas de intereses, limitación de responsabilidad), aquél no hace otra cosa que imponer a estos últimos diversos riesgos no deseados. Ante tal situación, algunos proveedores deciden no permanecer en el mercado, lo que genera menor competencia, incremento de precios y finalmente demanda insatisfecha. Los proveedores que deciden permanecer en el mercado (en otras condiciones) trasladan, a través del precio, los mayores costos que genera la imposición de riesgos no deseados. Esto también ocasiona demanda insatisfecha.

Al final del día, la decisión del regulador de impedir que los proveedores fijen las condicio-

nes bajo las cuales están dispuestos a ofrecer bienes y servicios trae consigo la decisión de los proveedores de no continuar en el mercado o de hacerlo bajo nuevas condiciones (más onerosas). Cualquiera de esas decisiones genera el incremento de los precios y, por tanto, la disminución del número de adquisiciones. Esto deja sin bienes y servicios a los consumidores más pobres³⁶.

VII. LA MITIGACIÓN DEL PROBLEMA DE INSATISFACCIÓN DESDE EL MERCADO

Con independencia de los mecanismos regulatorios adoptados por las diversas jurisdicciones, los proveedores suelen desarrollar sus propias estrategias de mercado para mitigar el problema de la no obtención de lo realmente querido que afecta a los adherentes (consumidores).

Generalmente los proveedores están interesados en maximizar tanto las ganancias a corto plazo como el valor de sus negocios a largo plazo³⁷. Para lograr esto, los proveedores no solo necesitan atraer nuevos consumidores sino también generar relaciones satisfactorias, de modo que puedan mantener la cartera ganada. La clave para lograr aquellas relaciones es la mejora constante de la calidad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado³⁸.

35. Si se considera que los problemas de asimetría informativa y de irracionalidad afectan nocivamente las decisiones de los consumidores y, por tanto, generan contratos ineficientes, la solución a tales problemas puede ser encontrada en el propio mercado. En función del efecto reputacional, el mercado puede desarrollar esquemas de negociación no oficial entre proveedores y terceros independientes con conocimiento de la respectiva industria, a fin de que éstos certifiquen las cláusulas incluidas por aquéllos en sus formularios contractuales. Ver: BECHER, Shmuel I. A "Fair Contracts" Approval Mechanism: Reconciling Consumer Contracts and Conventional Contract Law. En: University of Michigan Journal of Law Reform. Vol. 42. Número 4. 2009. p. 748 y ss.

36. "Imposing terms more favorable to the party disfavored in the form will raise the cost of the transaction to the other party - and not just the monetary cost. By doing so, this may ultimately disserve the party who is supposed to be the beneficiary of government intervention". Ver: BARNET, Randy. Consenting to Form Contracts. En: Fordham Law Review. Número 71. 2002. p. 629.

37. Solo de esta forma los proveedores tendrán la opción de vender sus negocios en cualquier momento a precios competitivos.

38. "Growing earnings over time requires either continually decreasing costs and/or continually increasing revenues. On the revenue side, growth comes from increasing sales, either by getting existing consumers to buy more or by attracting new consumers (...) the real key to growing revenues is to continually improve the quality of the product or service (...) and to do so in a way that attracts new consumers while not causing the loss or defection of existing consumers". Ver: JOHNSTON, Jason Scott. The Return of Bargain: An Economic Theory of How Standard-Form Contracts Enable Cooperative Negotiation Between Businesses and Consumers. En: Michigan Law Review. Vol. 104. 2006. p. 877.

Sin duda, los proveedores podrían generar confianza y lealtad con sus consumidores si negociaran con éstos *ex ante*. Esa negociación, sin embargo, incrementaría los costos de transacción de una forma notable³⁹. Por otro lado, en la gran mayoría de casos sería innecesaria, en la medida en que solo una pequeña fracción del universo de consumidores experimenta problemas de calidad⁴⁰. Por lo tanto, desde una perspectiva de costo-beneficio (eficiencia), tiene sentido que los proveedores prefieran negociar *ex post* con aquellos consumidores insatisfechos.

A través de negociaciones *ex post*, los proveedores satisfacen exigencias de los consumidores que resultan aceptables o valiosas en ciertas situaciones específicas (refinanciamiento de préstamo por pérdida temporal de empleo o por enfermedad sobrevenida, etc.)⁴¹. Normalmente esas exigencias no se encuentran amparadas en el texto de los formularios contractuales; aun así, los proveedores las satisfacen debido a que prefieren maximizar la lealtad de sus clientes y su buena reputación en el mercado⁴².

En su afán por conservar consumidores valiosos, los proveedores implementan dos estrategias: la de gratificación y la de disculpa.

La estrategia de gratificación es empleada cuando el bien o el servicio no satisface determinadas exigencias de los consumidores que

resultan razonables en cada caso concreto. La estrategia de la disculpa es empleada cuando los consumidores no han podido cumplir sus obligaciones debido a circunstancias que resultan entendibles en cada caso concreto. Mediante la primera estrategia, el proveedor otorga al consumidor una compensación monetaria o de otro tipo (p.e. servicio gratuito por cierto tiempo) por la falta de satisfacción de sus expectativas. Ante ello, el consumidor suele mantener la fidelidad con el proveedor. Mediante la segunda estrategia, el proveedor decide no ejercer sus derechos (p.e. resolver el contrato, embargar bienes) y otorgar al consumidor nuevas condiciones que permitan a este último cumplir sus obligaciones. Ante ello, el consumidor suele no fallar.

Las referidas estrategias solo benefician al proveedor, al consumidor y al mercado en general si es que es el proveedor, y no un funcionario estatal, el encargado de aplicarlas de manera voluntaria. Si los proveedores estuviesen obligados a aplicarlas o si los jueces (u otros funcionarios) pudiesen echar mano de ellas, los consumidores oportunistas tratarían de tomar ventaja. Evidentemente, tal cosa no solo generaría el incremento significativo de los costos de transacción (y, por ende, el perjuicio generalizado del mercado), sino también la desatención de los consumidores honestos a los que tales estrategias deben servir⁴³.

39. "Form contracts exist, of course, because of the substantial transactions cost savings they produce. A requirement of all contracts be individually negotiated would increase transaction cost so substantially that many common and productive transactions would be rendered economically unfeasible, potentially causing commerce to grind to a halt". Ver: KORBOKIN, Russell. *Op. cit.* p. 1246.

40. Diariamente los proveedores de bienes y servicios celebran millones de transacciones con los consumidores. Respecto de este universo, los casos en los que estos últimos experimentan problemas atribuibles a los primeros representan una pequeña fracción.

41. Jason Scott Johnston ha comprobado la aplicación sistemática de la estrategia de negociación *ex post* en las siguientes industrias: tarjetas de crédito, créditos hipotecarios, alquiler de automóviles, venta *retail* y prestaciones de salud. Ver: *Op. cit.* pp. 865 - 876.

42. "In all of the empirical examples, a business uses a standard-form contract that establishes a clear, bright-line obligation, but the business gives its supervisory employees the discretion to do more for the customer than the standard-form obligations require. A very strong economic logic motivates this very common contracting practice: the desire of firms to maximize not only short-term profit, but also long-term value". Ver: JOHNSTON, Jason Scott. *Loc. cit.*

43. Si los consumidores pudiesen exigir la aplicación de tales estrategias, las solicitudes de los consumidores oportunistas retrasarían o impedirían la atención de las solicitudes de los consumidores honestos, dada la imposibilidad de distinguir *ex ante* entre unos y otros.

VIII. EL PROBLEMA DE SELECCIÓN ADVERSA DE LOS PROVEEDORES

En todos los segmentos del mercado suelen confluir proveedores y consumidores oportunistas y no oportunistas⁴⁴; esto es, proveedores y consumidores que buscan sorprender a la contraparte a efectos de extraer (de manera indebida) valor de esta última, y proveedores y consumidores que solo buscan obtener los beneficios prometidos por la contraparte.

A no ser que vayan a adquirir ciertos productos al crédito⁴⁵, los consumidores no tienen por qué preocuparse por su reputación comercial, por lo que en general carecen de incentivos económicos para abstenerse de realizar comportamientos oportunistas⁴⁶.

Los proveedores, en cambio, sí tienen por qué preocuparse por su reputación comercial en tanto que adquirirán o perderán compradores en función de la fortaleza o debilidad de esa reputación⁴⁷.

Así como los consumidores desean evitar a los proveedores oportunistas, los proveedores desean evitar a los consumidores oportunistas. Los consumidores emplean una serie de mecanismos que operan *ex ante* para evitar a los proveedores oportunistas: desde redes sociales que proporcionan información sobre la reputación comercial de las empresas hasta sistemas oficiales que anuncian la imposición de sanciones por parte de las autoridades. Estos mecanismos no son otra cosa que el resultado de las fuerzas del mercado y de las instituciones legales. Los proveedores, sin embargo, no utilizan mecanismos que operen *ex ante* para evitar a los consumidores oportunistas. ¿Por qué? Porque simplemente los costos de esos mecanismos son muy altos.

En efecto, salvo que se trate de operaciones al crédito⁴⁸, los proveedores no pueden determinar *ex ante*, a costo relativamente bajo, la probabilidad de que el consumidor realice un comportamiento oportunista (p.e. usar el bien de modo inapropiado y posteriormente reclamar

44. "Our traditional concern in consumer transactions is one in which innocent consumers are exploited by overreaching sellers. But consumers, as well as sellers, have self-interested incentives to misbehave. In theory, sellers may do so by chiseling on the quality of the goods, or by exploiting terms buyers neither comprehend nor find worthwhile contesting. Consumers may do so by misusing products and then attempting to return them, or by claiming that the goods were defective when the buyer instead suffers from regret about the purchase". Ver: GILLETTE, Clayton, *Rolling Contracts as an Agency Problem*. En: *Wisconsin Law Review*, 2004, p. 699.

45. Como quiera que la industria financiera ha creado mecanismos de información que operan a costos bajos (p.e. centrales de riesgo), los consumidores interesados en obtener financiamiento sí suelen estar preocupados por su reputación.

46. "The buyer side of the market consists of parties that -because they do not have repeat dealings with particular sellers (the market is competitive, so consumers can switch easily among sellers) and because privacy rules or other barriers to pooling of information among sellers prevent sellers from comparing notes about the behavior of individual buyers- do not have a sunk cost in reputation and hence have no incentive to deal fairly with sellers in the sense of honoring the terms of the contract". Ver: BEBCHUK, Lucian A. y POSNER, Richard A. *One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets*. En: *Michigan Law Review*, Número 104, 2006, p. 830.

47. "[...] sellers are subject to market discipline. Reputational constraints will deter at least those sellers who wish to signal quality from making nonverifiable claims about product quality". GILLETTE, Clayton, *Rolling* ... p. 670. "Reputation may be the most important method for enforcing agreements in our society, although not the one of most interest to lawyers. You buy a sports jacket from a store that guarantees satisfaction (...). When you unwrap it, your wife points out that you are a 42 short, not a 40 long, and in any case purple is not really your color. You bring it back to the store, and they give you your money back. The store knows perfectly well that you are not going to sue them; the time and effort would cost you more than the jacket is worth. They give you your money back any way because they don't want a reputation for cheating their costumers". Ver: FRIEDMAN, David. *Op. cit.*, p. 145.

48. En este tipo de operaciones, el record de pago de los consumidores es un dato importante a efectos de determinar la probabilidad de incumplimiento. En el mercado local, los proveedores cuentan con bases de datos relativamente confiables que contienen información sobre aquellos consumidores que no han cumplido sus obligaciones.

por supuestas fallas de operatividad, alegando que el bien fue entregado en malas condiciones).

¿Cómo mitigan los proveedores el problema de selección adversa? A través de la negociación *ex post*.

La negociación *ex post* sería sumamente compleja y contraproducente si es que estuviera basada en condiciones contractuales "equilibradas". En efecto, si los contratos estandarizados estuviesen compuestos por cláusulas simétricas, que otorguen derechos iguales o similares a las dos partes, los consumidores oportunistas contarían con incentivos para extraer (de forma indebida) valor de los proveedores. Esto incrementaría los costos de transacción de los proveedores. Ante ello, estos últimos trasladarían los mayores costos a los consumidores honestos a través del precio.

Las cláusulas "no equilibradas" ("one-sided clauses") otorgan a los proveedores discrecionalidad para evaluar los reclamos o las solicitudes de los consumidores, y ajustar sus comportamientos a las expectativas de estos últimos cuando ello tenga sentido.

Asimismo, las cláusulas en cuestión otorgan una línea base a partir de la cual ambas partes trazan estrategias y optan por movimientos. Los consumidores realizan el primer movimiento al reclamar por la calidad del bien o del servicio, o por la aplicación de algún término contractual considerado "no razonable" o "injusto". En función de las razones específicas que los consumidores tengan en cada caso, los proveedores toman la decisión de no ceder y hacer primar la letra del contrato; o de ceder y pasar por alto la letra del contrato. En consecuencia, cuando los proveedores detectan la presencia de consumidores oportunistas, aquéllos aplican la estrategia de hacer respetar la letra del contrato, mientras que cuando los proveedores encuentran consumidores no oportunistas con reclamos o solicitudes atendibles, aquéllos aplican la estrategia de obviar la letra del contrato.

Aplicando el teorema de Coase, en un mundo con costos de transacción iguales a cero los

jueces (u otros agentes del Estado) podrían realizar el ejercicio de seleccionar a aquellos consumidores no oportunistas. En el mundo real, sin embargo, eso es inviable. En efecto, los jueces (u otros oficiales del Estado) no tienen experiencia tratando a consumidores, no tienen información confiable sobre las formas de emplear los productos, sobre las expectativas que los productos suelen generar en el mercado, sobre la situación en la que se encuentra cada consumidor que reclama, etc. En suma, en el mundo real los jueces (y otros oficiales del Estado) no tienen cómo distinguir, a costos bajos, si es que los que reclaman son consumidores honestos u oportunistas.

Los proveedores, por el contrario, sí tienen experiencia tratando con consumidores de todo tipo. Además, tienen información sobre las formas de empleo de los productos y sobre las expectativas que éstos generan en el mercado. Muchas veces tienen información sobre la situación en la que se encuentra cada consumidor que reclama. Además, el procesamiento de las quejas se realiza a su costo y no al de los contribuyentes, que subsidian los costos de los procesos judiciales.

Como quiera que los proveedores se encuentren en mejor situación que cualquier oficial estatal para tratar con los consumidores oportunistas, tiene sentido que aquéllos sean los encargados de detectar la presencia de estos últimos y de generar barreras que impidan la extracción indebida de valor.

Para que los proveedores puedan desincentivar el empleo de tácticas oportunistas es necesario que los contratos no contemplen condiciones "equilibradas", esto es, condiciones que den lugar a discusiones sobre qué derecho prima: el de los proveedores o el de los consumidores. En efecto, si los contratos contemplaran dichas condiciones, sería sumamente difícil evitar a los consumidores oportunistas en la medida en que éstos podrían alegar que al caso concreto resultan aplicables sus derechos y no los de los proveedores.

Los hoteles establecen horas fijas para la salida de los huéspedes ("check out"). Si un huésped no

realiza el check out a la hora prevista, el hotel tiene derecho a aplicar cierta penalidad. Como es obvio, la administración del hotel no está interesada en aplicar penalidades; la administración del hotel está interesada en que sus huéspedes disfruten su estadía y continúen tomando los servicios del hotel en sus próximos viajes o recomienden a terceros dichos servicios. Cuando los retrasos de los huéspedes son menores o cuando concurren circunstancias excepcionales que requieren cierta tolerancia (p.e. accidente o enfermedad), la administración del hotel no aplica penalidades. ¿Qué pasaría si los contratos establecieran expresamente que los hoteles no tienen derecho a aplicar las penalidades en caso de retrasos menores o por circunstancias excepcionales? En tal escenario, los consumidores oportunistas tratarían de tomar ventaja de la "cláusula equilibrada". En efecto, en lugar de hacer el check out de forma oportuna, un consumidor oportunista preferiría permanecer en la habitación mirando la televisión, y argumentar luego haberse encontrado indispuesto por la comida ofrecida en el hotel⁴⁹.

Si bien es cierto que la estrategia oportunista descrita puede ser empleada en cualquier contexto, las consecuencias son diversas en función del tipo de cláusula que se aplique. Bajo una "cláusula no equilibrada", el hotel tiene derecho a aplicar la penalidad si es que el check out no se realiza oportunamente, sin que interese la causa que motivó el retraso. Por esta razón, el consumidor no puede discutir en las cortes la

aplicación de la penalidad. Bajo una "cláusula equilibrada", el hotel tiene derecho a aplicar la penalidad solo si el retraso en el check out no es mayor o si no obedece a circunstancias excepcionales que lo justifiquen. Por esta razón, el consumidor sí puede discutir en las cortes la aplicación de la penalidad. Evidentemente, el consumidor oportunista intentará tomar ventaja de la "cláusula equilibrada". Si el costo (monetario o reputacional) de discutir en las cortes es excesivamente alto para el hotel, este último cederá ante las estrategias de los consumidores oportunistas. Para cubrir las pérdidas provocadas por tales estrategias, el hotel incrementará sus tarifas. Esto significa que los consumidores honestos terminarán pagando el costo impuesto por los consumidores no honestos.

Una "cláusula no equilibrada", al imponer la aplicación de una penalidad en función de un check out rígido y otorgar derechos solo al proveedor, permite a la administración del hotel disuadir los comportamientos oportunistas de los huéspedes a costos sumamente bajos, y otorgar beneficios a los huéspedes que incurrir en retrasos de buena fe o por buenas razones.

Las "cláusulas no equilibradas", en consecuencia, permiten mitigar, a costos bajos, el problema de selección adversa que afecta a los proveedores y, por ende, al mercado⁵⁰. Invalidar tales cláusulas implica, además de desconocer la libertad de los proveedores de concurrir al mercado bajo las condiciones de riesgo que consideren tole-

49. Este ejemplo ha sido tomado del trabajo de Bebchuk y Posner. A continuación, otro ejemplo tomado de los mismos autores en sus propias palabras: "Consider by way of example the following provision in the standard contract that Harvard University Press enters into with authors: '[I]f the Author fails to return the corrected proofs sheets by the date set by the Publisher, the Publisher may publish the Work without the Author's approval of proof'. Clearly, given the importance of accuracy to the author, the publisher's enforcing this provision to the hilt would impose on the author an expected cost greater than the benefit to the publishers (...). What could explain the inclusion of this provision [...]? (...) Our explanation is that the provision is intended to protect the publisher from circumstances in which the author's delay in returning proofs is egregious. But if the provision were explicitly limited to those circumstances, enforcement would be a difficult undertaking for a court because determining 'egregiousness' might well depend on information available to the parties but not easily and accurately observable by the court. The one-sided provision obviates this concern, while the publisher's reputational interest protects the authors from the publisher's taking advantage of the literal meaning of the provision". Ver: BEBCHUK, Lucian A. y POSNER, Richard A. Op.cit. p. 833.

50. "It is plausible that a seller could observe consumer misbehavior that it could not verify to a third party or that is sufficiently costly to verify that self-help would be preferable to a third party enforcement. A seller, therefore, may desire to have a self-help mechanism that allows it to act on its observable, but non-verifiable (or verifiable only at high cost) perception of consumer misbehavior. A contract clause that assigns an entitlement to the seller, but that the seller

rables, despojar a los proveedores de una herramienta fundamental para intentar reducir las pérdidas provocadas por los comportamientos oportunistas de los consumidores; pérdidas que al final del día afectan al mercado en general.

IX. EL ESPACIO PARA LA REGULACIÓN

A pesar de que el mercado ha desarrollado estrategias para enfrentar, al menor costo posible, los problemas de insatisfacción y selección adversa, no resulta factible prescindir de la intervención regulatoria. En efecto, existen dos problemas serios que las estrategias indicadas aun no pueden solucionar: el de los efectos anticompetitivos de ciertas cláusulas empleadas por los proveedores y el de la excesiva complejidad de los textos redactados por los proveedores.

A veces los contratos estandarizados incluyen cláusulas que generan efectos anticompetitivos⁵¹. En efecto, algunas cláusulas complejas

imposibilitan la comprensión integral de lo que se ofrece y, por tanto, la comparación entre los productos rivales. La falta de comparación permite que, aun sin colusión de por medio, se incrementen los precios por encima del punto de equilibrio⁵². Otras cláusulas simplemente dificultan el ingreso de nuevos competidores al atar la adquisición de un producto o de un servicio a otros comercializados por el mismo proveedor.

Por otro lado, los contratos estandarizados suelen ser extensos. Además, suelen emplear términos y conceptos técnicos de difícil comprensión. Por ello, generalmente los consumidores deciden no leer en su integridad los documentos que los proveedores ponen a su disposición⁵³. Y cuando de modo excepcional deciden hacerlo, no logran comprender aspectos importantes de la transacción. Esto hace que no siempre las decisiones de adquisición de los consumidores sean eficientes⁵⁴.

may underenforce when it is dealing with a good claimant, satisfies that objective. In short, the presence of an onerous clause in a contract may mean only that the drafter is entitled to employ the clause in the event that the parties do not reach an anticipated cooperative resolution of any transactional breakdown. Ver: GILLETTE, Clayton. *Rolling...*, p. 702.

51. "(...) the supplier uses boilerplate provisions for stabilization of cartels and obstruction among suppliers. First, suppliers could use boilerplate language to make their contracts complex so that consumers would find it difficult to compare contracts of competing suppliers (...) Second, suppliers could use beneficial boilerplate provisions, available only to consumers who read, understand, and remember them, in order to facilitate the sustainability of tacit and explicit cartels. While collusion over harsh boilerplate could relatively easily break down, collusion over the terms applied to nonreaders of boilerplate provisions, coupled with benefits granted to readers of these provisions, could be more sustainable, and at times, also more profitable. Third, suppliers could use beneficial boilerplate provisions, available only to readers of such terms who understand and remember them, as an anticompetitive signaling device. The beneficial provisions are a relatively credible and cheap signal of how efficient and competent the supplier is. Such a signal could discourage welfare-enhancing (unsuccessful) attempts by rivals to exclude the supplier and could also deter entry of new suppliers". Ver: GILO, David y PORAT, Ariel. *The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic Imposition of Transactions Costs, Segmentation of Consumers, and Anticompetitive Effects*. En: *Michigan Law Review*. Vol. 104, 2006, p. 987.

52. GILO, David y PORAT, Ariel. *Op. cit.* p. 1007.

53. "Real people don't read standard form contracts. Reading is boring, incomprehensible, alienating, time consuming, but most of all pointless. Besides, lots of people bought the product or the service along with the same contract and seem happy enough, so we presume that there must be nothing particularly important buried in the contract terms". Ver: BEN-SHAHAR, Omri. *The Myth of the "Opportunity to Read" in Contract Law*. The Law School of the University of Chicago. John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 415, 2008, p. 3. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1162922 (última visita: 29 de Julio de 2010).

54. Muchas veces, la extensión y complejidad de los contratos estandarizados es consecuencia directa de las exigencias regulatorias de suministrar información detallada a los consumidores. Cuando la complejidad de la información disponible se incrementa, el proceso de toma de decisiones requiere mayores niveles de esfuerzo cognitivo. Como quiera que las personas desean tomar decisiones correctas, pero a su vez desean minimizar los esfuerzos en el proceso de adopción de decisiones, aquellas terminan empleando estrategias simples que se concentran en las "partes relevantes" de la información disponible. Lamentablemente, nada garantiza una adecuada selección

La regulación puede combatir ambos problemas. En el primer caso, el regulador puede prohibir la inclusión de aquellas cláusulas que directa o indirectamente generen efectos anticompetitivos. En el segundo caso, el regulador puede obligar a los proveedores a suministrar información selectiva y simplificada⁵⁵, puede comparar las condiciones contractuales ofrecidas en el mercado e informar a los consumidores de manera sencilla sobre los resultados de la comparación efectuada, puede incentivar la creación de canales de evaluación de satisfacción de los consumidores⁵⁶ o, en casos en los que no exista competencia, puede exigir la aprobación previa de las cláusulas generales de contratación por parte de la agencia estatal correspondiente.

X. LA OPCIÓN DE LA REGULACIÓN PERUANA

El Código Civil ("CC") y el Código de Defensa y Protección al Consumidor ("CDPC") intervienen

en materia de contratación estandarizada, invalidando cláusulas "abusivas".

¿Cuáles son las razones que, desde la perspectiva del legislador, justifican la invalidación de reglas contractuales contenidas en formatos estandarizados?

El legislador considera que existen dos razones (conjuntivas) para invalidar las referidas reglas: la inexistencia de negociaciones entre las partes y la existencia de "desequilibrio" contractual⁵⁷. Sin embargo, estas razones son deleznable. En términos económicos y filosóficos, ni la inexistencia de negociaciones entre las partes ni la existencia de "desequilibrio" contractual autoriza a privar de valor cláusulas libremente pactadas.

La negociación es una actividad costosa: el que negocia asigna tiempo y dinero a la obtención de información y a la discusión de las condicio-

de las partes relevantes de la información que requiere ser evaluada en el proceso de toma de decisiones. Por tal razón, los consumidores pueden adoptar decisiones que no logren maximizar su bienestar. Ver: KOROBIKIN, Russell. *Op. cit.* pp. 1226 y ss. Existe literatura multidisciplinaria que sostiene que en muchos casos la restricción de opciones en el proceso de toma de decisiones conduce a resultados más favorables. Esto supone que no siempre es bueno ordenar el suministro de información detallada. Ver: ELSTER, Jon. *Ulises Desatado*. Traducido por Jordi Mundó. Barcelona: Gedisa. 2002. pp. 15 y ss; ARIELY, Dan. *Predictably Irrational*. New York: Harper Collins. 2009. pp. 139 y ss.

55. En Rhode Island se está llevando a cabo un proceso de reforma regulatoria que se basa en la idea de que los formularios contractuales deben estar redactados en "plain English". Actualmente una cláusula estándar de cualquier contrato de seguro ofrecido en Rhode Island establece lo siguiente: "In the event a third party, including your employer/agent, is or may be responsible for causing an illness or injury for which we provided any benefit or made any payment to you, we shall succeed to your right of recovery against such responsible party. This is our right of subrogation. If you do not seek damages for your illness or injury, you must permit us to initiate recovery on your behalf (including the right to bring suit in your name)". Como consecuencia de la reforma indicada, a partir del próximo año esta misma cláusula tendrá la siguiente redacción: "Your injury or illness may have been caused by someone else. If so, we can collect from that person any claims we pay on your behalf. For example, if we pay for your hospital stay, we can collect the amount we paid for your hospital stay from the person who hurt you. We can also collect payment from that person even if he or she agreed to pay you directly or has been ordered by a court to pay you. If the person who caused your injury has already paid you, we can collect from you the amount he or she has already paid to you. This is called subrogation. In addition, if you do not try to collect money from the person who caused your injury, you agree to let us do so in your name".
56. "Rating the quality features of goods and services is a deep-rooted market practice that allows consumers to conduct such price/satisfaction predictions. For example, when reserving a hotel online, Expedia.Com and other reservation services rate each hotel on the basis of consumer review along several attributes (...)" Ver: BEN SHAHAR, Omri. *Op. cit.* p. 30.
57. El artículo 49 del CDPC establece que en los contratos celebrados por adhesión o en base a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se consideran abusivas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor en una situación de desventaja o desigualdad, o anulen sus derechos.

nes de la transacción⁵⁸. El que negocia pierde también la oportunidad de realizar otras transacciones competitivas, incurriendo en costos de oportunidad.

En un mundo sin costos de transacción, los proveedores y los consumidores estarían interesados en negociar.

Los proveedores fijan el precio en un punto que permite igualar la cantidad de bienes y servicios que ofrecen con la cantidad de bienes y servicios que los consumidores demandan⁵⁹. El precio así fijado no captura, sin embargo, el valor que todos los consumidores otorgan a un bien o servicio. Siempre existe alguien que está dispuesto a pagar más de lo que el proveedor requiere. Por tanto, para los proveedores sería beneficioso negociar de forma individual los precios en función de las diversas valoraciones subjetivas de los consumidores. Las negociaciones individuales generarían que el precio de venta de cada bien o servicio iguale al precio de reserva de cada consumidor, lo que incrementaría el margen de rentabilidad.

Los consumidores también estarían interesados en negociar a fin de obtener bienes y servicios que se ajusten a sus necesidades particulares, a sus gustos específicos, etc.

En mundo real, sin embargo, es un mundo costoso.

Los proveedores no negocian individualmente por dos razones. Primero porque la negociación no es instantánea, toma tiempo. Esto significa que la negociación retrasa la percepción de ingresos y, por tanto, genera la necesidad de obtener financiamiento. Y el financiamiento cuesta. Segundo, la negociación supone incrementar

la fuerza de venta y los mecanismos de control de la actividad de dicha fuerza. Y eso cuesta. El mayor costo incrementa el precio del bien o servicio, lo que reduce la cantidad demandada. Sumas y restas, los mayores ingresos que los proveedores obtendrían por la discriminación de precios lograda a través de negociaciones individuales no alcanzarían a cubrir los costos generados por tales negociaciones.

Los consumidores tampoco negocian por las mismas razones. Los bienes y servicios "a la medida" generalmente demandan ajustes a los procesos productivos. Esto genera que el que desee tales bienes y servicios deba esperar más y pagar más. Los consumidores suelen preferir no esperar y pagar menos.

La negociación, como cualquier otra actividad, solo tiene sentido cuando el beneficio esperado es superior a su costo. En el mundo de la producción masiva y estandarizada de bienes y servicios, la negociación no es –por lo general– beneficiosa para ninguna de las partes, en la medida en que la ganancia esperada es infinitamente inferior al costo. Por esa razón, no tiene sentido penalizar la falta de negociación.

La idea que sustenta el argumento de que se debe condenar el "desequilibrio contractual" ignora un hecho incontrovertible: los contratos asignan riesgos y éstos generalmente son asimétricos, por lo que es racional que las cláusulas sean asimétricas también.

Pensemos en un préstamo bancario. ¿Qué riesgos asume el consumidor? El riesgo de que el Banco no entregue el dinero. ¿Qué riesgos asume el Banco? El riesgo de que el consumidor fallezca, sufra una enfermedad grave que le impida generar ingresos, pierda el trabajo,

58. "The negotiation process involves costs in terms of time, money, manpower and other resources (...) the negotiation process may also impose costs arising from disclosure information (...) negotiation g with one party may adversely affect you in future dealings with other parties. One such cost may involve reputation (...) a relaxed spillover cost concerns precedent (...)" Ver: MNOOKIN, Robert. *Bargaining with the Devil*. New York: Simon & Shuster Paperbacks. 2010. p. 31.

59. PINDYCK, Robert S. y RUBINFELD, Daniel. *Microeconomía*. Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia. Madrid: Pearson Prentice Hall. 2009. p. 28.

fracase en su negocio, realice actividades ilegales, se sobre-endeude, etc. Como quiera que el Banco opere con el dinero de sus clientes, el Banco tiene que tomar precauciones y reservarse facultades especiales que le permitan mitigar los múltiples riesgos de la contraparte. La diferente exposición que las partes tienen frente al riesgo genera la necesidad de asignar derechos, obligaciones y responsabilidades de forma asimétrica. Por lo tanto, tampoco tiene sentido penalizar el "desequilibrio contractual".

Asumamos, sin embargo, que los riesgos son simétricos. ¿Existe alguna justificación para invalidar cláusulas asimétricas? ¿En absoluto! Las personas deben ser libres de elegir en qué términos han de vincularse contractualmente. Así como las personas tienen el derecho de contratar solo cuando encuentran atractiva la relación precio/recurso, las personas deben tener el derecho de contratar solo cuando encuentren atractivas las demás condiciones de la transacción (tiempos de entrega, régimen de responsabilidad, etc.)⁶⁰.

El CC y el CDPC contienen diversas normas que invalidan ciertas cláusulas consideradas "abusivas". Entre esas cláusulas se encuentran las que establecen limitaciones de responsabilidad a favor del proveedor y las que otorgan al proveedor facultades de suspender la ejecución del contrato o de resolverlo⁶¹.

No existe razón alguna para impedir que los proveedores ofrezcan sus productos bajo la con-

dición de no ser responsables en ciertas situaciones o bajo la condición de ser responsables hasta por un monto. Si el consumidor recibe información completa, entiende lo que significa la exoneración y la limitación de responsabilidad, y aun así decide adquirir el producto, el Estado no tiene por qué desconocer la decisión de las partes contratantes en la medida en que tal decisión no solo es libre sino además eficiente⁶².

Si no existe competencia o si el proveedor presta un servicio público, el Estado puede intervenir en la medida en que el consumidor no tiene opciones y, por lo tanto, nada garantiza que sea eficiente su decisión de aceptar la exoneración o limitación establecida por el proveedor. Sin embargo, en un segmento en el que existe competencia, los proveedores y los consumidores deberían ser libres de adoptar las reglas contractuales que mutuamente deseen.

Tampoco, existe razón para impedir que los proveedores suspendan la ejecución de un contrato o terminen de manera anticipada su vigencia.

La facultad de suspender o de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado puede ser necesaria para mitigar los efectos de eventos sobrevenidos que, afectando a los consumidores, colocan a los proveedores en una situación de pérdida esperada. Este es, por ejemplo, el caso de la cláusula que permite resolver el contrato de manera anticipada en caso de cesación de pagos o de insolvencia del usuario. Si el consumidor se encuentra en alguna de las

60. "The first aspect of freedom is negative in character. We are negatively free to the extent to which no one stops us from acting on our desires (...). But there is another, more positive aspect of freedom, which is the ability to do certain actions. I enjoy positive freedom to the extent to which I have the ability to pursue those ends that I want to pursue". Ver: SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge - London: The Belknap Press of Harvard University Press. 2001. p. 61.

61. El artículo 1398 del CC establece que en los contratos celebrados por adhesión o en base a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que, entre otras cosas, establezcan a favor de quien las ha redactado, (i) exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; y, (ii) facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo. A pesar de que este artículo no contiene distinción alguna, se entiende que la prohibición establecida que contempla no alcanza a las facultades de suspensión, rescisión y resolución conectadas a supuestos en los cuales el propio sistema legal permite la suspensión, rescisión y resolución del contrato (p.e. incumplimiento del contrato).

62. Si existe competencia, el consumidor puede contratar con otros proveedores. Si decide hacerlo con el que ofrece sus productos bajo exclusiones o limitaciones de responsabilidad, es por que este último le ofrece el máximo beneficio esperado a través del precio y/o la calidad.

situaciones descritas, es claro que no podrá cumplir su obligación frente al proveedor en los términos pactados. Ante ello resulta justo, racional y eficiente que el proveedor resuelva el contrato de forma anticipada y trate de esa forma de reducir sus pérdidas.

Para hacer notar los efectos nocivos de la prohibición de establecer la posibilidad de resolver un contrato de duración determinada de forma anticipada, analicemos el caso del préstamo bancario.

Los bancos otorgan préstamos empleando en gran medida los recursos monetarios captados del público (depósitos)⁶³. Si las personas que toman préstamos bancarios no devolviesen el capital ni pagasen los intereses, los depositantes correrían el riesgo de perder los recursos entregados al banco. A efectos de proteger tales recursos (ahorro interno), las legislaciones suelen otorgar a los bancos remedios y defensas excepcionales que posibilitan la recuperación de las colocaciones de manera rápida y privilegiada. Si se presentan circunstancias que afectan la capacidad de pago de los consumidores, ¿por qué razón un banco no puede resolver de manera anticipada los contratos e intentar recuperar las colocaciones efectuadas? ¿Acaso no es prudente y aconsejable el intentar eliminar o mitigar las pérdidas que al final del día afectan al ahorrista y al mercado?

A mayores barreras para recuperar las colocaciones, mayores costos de transacción. A mayores costos de transacción, mayores precios. A mayores precios, mayor demanda insatisfecha.

El CC no solo invalida ciertas cláusulas consideradas "abusivas" sino también convierte las normas supletorias en imperativas en el ámbito de la contratación estandarizada.

En efecto, el artículo 1399 del CC establece que en aquellos contratos que se celebren con arreglo a cláusulas generales no aprobadas administrativamente, carecen de validez las estipulaciones que sean contrarias a las normas establecidas para cada tipo contractual (compraventa, locación de servicios, etc.), a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez⁶⁴.

Esta disposición sería razonable y eficiente si las normas supletorias previstas en el CC reflejasen los acuerdos que las partes adoptarían en mercados competitivos. En efecto, si dichas normas no hicieran otra cosa que simular los acuerdos mutuamente satisfactorios que los proveedores y los consumidores adoptarían en mercados competitivos, sería eficiente imponer su aplicación, ya que de ese modo las partes siempre obtendrían resultados óptimos.

Para estructurar normas supletorias que simulen los referidos acuerdos, el legislador tendría que conocer *ex ante* si existen preferencias homogéneas o heterogéneas en los diversos segmentos de mercado. Solamente es factible establecer, a bajo costo, una regulación supletoria óptima cuando las preferencias de los consumidores son homogéneas.

No existe evidencia empírica que sustente la premisa de que los consumidores tienen preferencias homogéneas. Por otro lado, tenemos la certeza de que el legislador no realizó trabajo empírico alguno para alinear las normas supletorias del CC para cada tipo de contrato con lo que esperan los actores en el mercado.

La intervención legislativa impide que los proveedores establezcan cláusulas que podrían o no ser aceptables por los consumidores en un mercado competitivo. La prohibición de la inclusión de una cláusula en un contrato

63. HEFFERNAN, Shelagh. *Modern Banking*. John Wiley & Sons Ltd. 2007. pp. 1 y 2.

64. "El efecto buscado por el artículo 1399 es que la falta de aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación dará lugar a que ellas no puedan modificar las normas, tanto imperativas como dispositivas, de los contratos típicos. En otras palabras, la falta de aprobación administrativa determina que todas las normas de los contratos típicos adquieran carácter imperativo (...)" Ver: DE LA PUENTE, Manuel. *Op. cit.* Primera Parte, Tomo III, p. 223.

estandarizado tendría que estar respaldada por la conclusión de que tal cláusula contraviene lo que (razonablemente) habrían pactado proveedores y consumidores con preferencias homogéneas en un entorno competitivo⁶⁵.

¿Qué ocurre cuando el legislador decide no otorgar valor a una cláusula predispuesta sin saber si es eficiente o ineficiente? Simplemente nos impone un costo cierto⁶⁶ sin tener la seguridad de que el beneficio esperado será mayor. Esta actitud irresponsable ocasiona el incremento de precios, la contracción de la demanda y, consecuentemente, el empeoramiento del bienestar general.

XI. CONCLUSIÓN

Los consumidores necesitan protección del Estado incluso en mercados competitivos. La asimetría informativa impide tomar decisiones eficientes. Las estrategias para restringir o entorpecer la libre competencia incrementan los precios. Estos problemas no pueden ser resueltos a costos bajos por los propios consumidores; mas sí por el Estado.

Muchos aspectos de la regulación existente resultan invasivos de la libertad de las empresas y de los consumidores, sin estar respaldados por alguna justificación moral o económica.

En términos generales, es posible afirmar que la intervención del legislador ha incrementado los costos de transacción de las operaciones de mercado. De aprobarse el Proyecto, tales costos se incrementarán aun más. Lamentablemente, ello no será beneficioso para los consumidores.

Una reforma seria del sistema de protección al consumidor requiere tomar en consideración algo muy simple: los problemas de los proveedores terminan afectando a los consumidores. Si aquéllos sufren pérdidas por estrategias oportunistas de consumidores o de competidores, el sistema de precios terminará diseminando esas pérdidas entre los consumidores honestos.

Necesitamos que el regulador, en lugar de invadir sin justificación alguna nuestras libertades, se preocupe de mitigar, a costos bajos, los problemas del mercado en general, y otorgue a la agencia estatal llamada a proteger a los consumidores de mayores recursos para que su labor sea efectiva.

65. "Generally, substantive intervention can only be efficient when the regulator has complete knowledge of what completely informed parties would have stipulated, if the regulator has the incentive to legislate optimal rules (because he is not influenced by interest groups) and if consumers' preferences are sufficiently homogeneous to justify certain standardizations in quality regulation". Ver: HAUPT, Stefán. *Economic Analysis of Consumer Protection*. Eur. German Law Review. Vol. 4. Número 11. 2003. p. 1151.

66. En un primer momento, este costo es impuesto a los proveedores. Luego éstos lo trasladan, vía precio, a todos los consumidores. Por consiguiente, el costo de imponer restricciones a la libertad contractual de los proveedores termina afectando a quienes esas restricciones debían proteger.