

CONTRATOS POR ADHESIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

¿POR QUÉ EL ESTADO Y NO SOLAMENTE EL MERCADO?

Iñigo de la Maza Gazmuri¹

Qui dit contractuel, dit juste

Volenti non fit injuria.

*Entre el pobre y el rico, el débil y el fuerte,
la libertad es la que oprime y la ley es la que libera.*

Como ha dejado ver Larroumet, el contrato puede ser entendido desde una doble perspectiva. De una parte, el contrato es un procedimiento técnico para asegurar intercambios económicos. De otra, corresponde a un acuerdo de las voluntades de quienes intervienen en él². Ambas facetas del contrato pueden coincidir –como solía suceder al momento de la dictación de los códigos decimonónicos– o pueden dislocarse –como parece suceder con frecuencia en el tiempo que habitamos–. Cuando los mecanismos a través de los cuales realizamos intercambios económicos y el ejercicio de la voluntad de los contratantes se alejan, entonces parecen existir buenas razones para cuestionar a la concepción clásica del contrato.

Quizá uno de los fenómenos en que se refleje con mayor nitidez este alejamiento sean los contratos por adhesión. La idea de que una de las partes –por regla general la más poderosa económicamente– presente a la otra el contenido prescriptivo del acuerdo, en términos que la otra únicamente pueda aceptarlos o rechazarlos, parece violentar de modo decisivo la idea de que el contrato es obra exclusiva de *los* contratantes.

Sin perjuicio de lo anterior, los contratos por adhesión constituyen hoy en día un fenómeno ubicuo. Esta ubicuidad representa un desafío para la teoría clásica del contrato.

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Agradezco los comentarios de los miembros del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales a una versión preliminar de este trabajo, en particular los de Carlos Pizarro y Carlos Peña.

² LARROUMET, Christian, *Droit Civil*, 4ª ed., Paris, Ed. Economica, 1998, tome 3: *Les Obligations Le Contrat*, p. 92.

Éstos son de antigua data³ y ya ha transcurrido más de un siglo desde que Saleilles alertara a la doctrina sobre este tipo de negocios, señalando que “hay unos pretendidos contratos que no tienen de contratos más que el nombre”. Aun cuando desde entonces se hayan utilizado ingentes cantidades de tinta intentando amoldar los contornos del fenómeno a la teoría clásica del contrato⁴ y otro tanto –en particular en los países del *common law*– examinando el fenómeno empíricamente; y, a partir de la segunda mitad del siglo xx, desde una perspectiva económica, pareciere que se trata de una discusión que aún goza de buena salud y que, con frecuencia, engendra nuevas publicaciones.

Como fuere, en las líneas que siguen me interesa examinar algunas de las aristas de este fenómeno, en particular algunas de aquéllas que no han sido demasiado tratadas por el alicaído esfuerzo doctrinario que hasta el momento se ha realizado en Chile al respecto⁵.

Así las cosas, el trabajo que sigue se organiza de la siguiente manera:

- I. Atendida la pluralidad de definiciones sobre el contrato de adhesión y las condiciones generales, comienzo dando noticia de qué voy a entender por un contrato por adhesión
- II. A continuación me detengo sobre las razones que parecieren justificar el uso de este tipo de negocios y sobre esto examino el problema de los costos de transacción y la relación entre los contratos por adhesión y la naturaleza de la empresa
- III. Lo tercero que me ocupa es examinar los riesgos involucrados en este tipo de negocios. Para esto comienzo refiriéndome a las cláusulas abusivas y luego a las fallas del mercado que determinan su existencia. Sobre esto descarto el monopolio del oferente y me centro en las asimetrías informativas y la forma en que repercuten sobre los consumidores y los proveedores.
- IV. Finalmente, examino dos de las objeciones más habituales a la intervención estatal: la autonomía de la voluntad y la eficiencia.

A través de este itinerario me interesa, en definitiva, mostrar que en ciertas condiciones, será la misma dinámica de los mercados competitivos la que promoverá la incorporación de cláusulas abusivas en contratos por adhesión. Si esto es correcto, entonces existen razones para favorecer algún tipo de intervención estatal con el objetivo de proteger a los consumidores.

³ PRAUSNITZ, Otto, por ejemplo, identifica el desarrollo de los términos estandarizados en el trabajo de formularios (*formulary work*) de los abogados en la Europa medieval, principal, pero no exclusivamente, relacionado con los títulos de propiedad (citado en BURKE, Dan, manuscrito inédito sin título, p. 3).

⁴ Así, por ejemplo, la infaltable discusión acerca de la naturaleza jurídica de las condiciones generales.

⁵ Con esto no quiero decir que los escasos trabajos que han tratado el tema carezcan de calidad, al menos dos de ellos constituyen buenas aproximaciones, sino que la cantidad de trabajos es extraordinariamente escasa.

I. UN MODELO DE CONTRATO POR ADHESIÓN EN SIETE CARACTERÍSTICAS

No resulta sencillo definir el contrato por adhesión. La dificultad estriba en la existencia de una pluralidad de definiciones que difieren con mayor o menor intensidad entre ellas⁶. Una forma de conjurar esta dificultad es optando explícitamente por una de ellas⁷. En este caso, la acuñada por Todd Rackoff que, según me parece, captura con mayor agudeza los contornos del fenómeno que me ocupa.

Para este autor nos encontramos frente a un contrato por adhesión cuando se satisfacen las siguientes condiciones:

- 1) El documento cuya validez legal está en entredicho es una forma impresa que contiene una pluralidad de términos y aspira a ser un contrato.

⁶ Como bien se sabe, la expresión contratos de adhesión proviene de la doctrina francesa, utilizada por primera vez por Raymond SALEILLES quien en su *De la déclaration de la volonté*, de 1901, lo caracterizó como aquéllos: “en los cuales hay predominio de una sola que actúa como voluntad unilateral, en los cuales hay predominio exclusivo de una sola voluntad que actúa como voluntad unilateral, que dicta su ley no ya a un individuo, sino que a una colectividad indeterminada, obligándose por anticipado, unilateralmente, a la espera de la adhesión de los que querrán aceptar la ley del contrato, apoderándose de este compromiso ya creado sobre él mismo (citado en LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Los contratos*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo I: Parte general, p. 142, n. 176)

De allí en adelante es posible encontrar un amplio conjunto de definiciones que, en general, coinciden en caracterizar este tipo de negocios a partir del *poder de negociación* de una de las partes. Esto es, la posibilidad de imponer a la otra el contenido prescriptivo del negocio o, bien, “fijar los términos del contrato”. (Vide SLAWSON, D., *Binding Promises The Late 20th-Century Reformation of Contract Law*,. Ebook, p. 23 y, en el caso chileno, LÓPEZ SANTA MARÍA, *op. cit.*, pp. 143-144). Así, por ejemplo, en el caso chileno, la ley 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, define el contrato de adhesión en el número seis de su primer artículo como: “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”.

Aunque no me interesa taxonomizar las diferentes definiciones de contratos por adhesión, resulta importante advertir algunas cosas sobre la forma en que utilizaré esta expresión: 1. De aquí en adelante, cada vez que utilice la expresión lo haré refiriéndome a aquéllos celebrados a condiciones generales. 2. Me referiré únicamente a aquellos contratos por adhesión no regulados por estatutos especiales o sujetos a controles preventivos. 3. Finalmente, sólo me interesan aquellos contratos en que las condiciones generales son fijadas por partes privadas y no por la administración. Sobre estas dos cosas *vide* DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, Editorial Civitas S.A., Cuadernos Civitas, 1985, p. 15. A continuación –en el texto principal– indico con mayor precisión los requisitos que deben satisfacerse en un contrato para constituir un contrato por adhesión dentro de los márgenes de este trabajo.

⁷ Esta opción implica un alejamiento de las clasificaciones y categorías contractuales, pues, en verdad, refiere a contratos por adhesión que estandarizan la regulación de relaciones jurídicas masivas –en este sentido se trataría de contratos tipo- sobre la base de condiciones generales de contratación.

- 2) Dicha forma ha sido redactada por o a nombre de una de las partes de la transacción.
- 3) Aquella parte que ha redactado los términos participa en numerosas transacciones de aquellas representadas por la forma y realiza rutinariamente este tipo de transacciones.
- 4) La forma impresa es presentada al adherente con la prevención que, salvo algunos pocos términos –y las más de las veces ni siquiera esto– podrán ser modificados, manteniéndose el grueso de la estructura del contrato como la diseñó la parte redactora.
- 5) Después de que las partes –en caso de que los hayan– lleguen a un acuerdo sobre aquellos términos abiertos a la negociación, la parte adherente debe rubricar la forma.
- 6) Comparada con la parte adherente, la parte redactora lleva a cabo un número reducido de estas transacciones.
- 7) La principal obligación de la parte adherente en la transacción considerada como un todo es el pago de una suma de dinero⁸.

II. ¿POR QUÉ CELEBRAMOS CONTRATOS POR ADHESIÓN?

112 La incorporación y masificación de los contratos por adhesión constituye un fenómeno derivado de las transformaciones que comienzan a experimentar la producción y distribución de bienes y servicios y las relaciones sociales anejas a éstas a partir de las revoluciones industriales de fines de los siglos XVIII y XIX. Suele afirmarse que la producción en masa tiene como consecuencia lógica la contratación en masa⁹. Éste es un lugar común y no tiene sentido detenerse sobre su fidelidad histórica; lo que resulta, en cambio, interesante es intentar advertir –aunque sumariamente– cuáles son las razones que justifican la ubicuidad de este fenómeno en las sociedades modernas. Sobre esto intentaré sugerir que la explicación se encuentra relacionada con los costos de celebrar contratos en forma masiva y con la estructura interna, jerarquizada y verticalizada, de las empresas. Confío en que el examen de ambas razones contribuirá a arrojar luz sobre las ventajas y riesgos de este tipo de negocios. Los peligros envueltos en este tipo de acuerdos, sin embargo, serán tratados en la sección siguiente.

⁸ RAKOFF, T., “Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction”, en 96 *Harv. L. Rev* 1173, 1177.

⁹ Vide, por ejemplo, KESSLER, F., “Contracts of Adhesion –Some Thoughts About Freedom of Contract”, 43 *Colum. L. Rev.* 629, 630, 631. (1943); BALLESTEROS, J.A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999, p. 25.

1. El problema de los costos

Celebrar un contrato cuesta. Estos costos determinan que, a veces, contratos que resultarían beneficiosos para quienes concurren a ellos no se celebren¹⁰. Si se asume que el contrato constituye un mecanismo que permite a los sujetos coordinar relaciones sujetas a altos grados de contingencia y, en general, mejorar sus respectivas tasas de bienestar¹¹, entonces tiene sentido intentar disminuir dichos costos. En esquemas de regulación vertical, la disminución de los costos de negociación se logra a través de lo que denominamos contratos típicos o nominados¹². Desde una perspectiva económica, las reglas de los contratos nominados disminuyen los costos de negociar la distribución de los riesgos involucrados en dichos acuerdos¹³.

¹⁰ Como se sabe, esta idea fue popularizada por Ronald Coase a través de dos artículos “La naturaleza de la empresa” y “El problema del costo social” –ambos en COASE, R., *La empresa, el mercado y la ley*,. Madrid, Alianza Editorial, 1994–. Los costos que identificó Coase se conocen como *costos de transacción* y pueden agruparse en costos de identificación (consistentes básicamente en localizar al sujeto con quien se debe negociar la titularidad del producto); costos de negociación (es decir, determinar la estructura del vínculo a través del cual se realiza la transferencia) y, finalmente, costos de ejecución (aquéllos relacionados con la puesta en marcha y realización del acuerdo). A su turno, los costos de negociación pueden dividirse entre los relacionados con el establecimiento de los valores de amenaza; la determinación del excedente cooperativo y los términos en que se distribuirá el excedente de la cooperación. (Vide COOTER, R. y ULEN, T. *Derecho y economía*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 106-107).

¹¹ La idea aquí es que la celebración de un contrato genera un *excedente cooperativo* - el valor creado al trasladar el recurso hacia un uso más valioso- para quienes participan en él (ver COOTER, R. y ULEN, T. (n. 10), p. 106. Esta idea puede ser explicada a través de un ejemplo. Juan y Pedro celebran un contrato de compraventa a través del cual Juan se obliga a transferir el dominio de su automóvil. Pedro, a su turno, se obliga a pagar \$ 4.000.000. Si todo funciona correctamente es posible asumir que Juan valoriza su auto en menos dinero de aquél por el cual está dispuesto a venderlo –de otra manera lo conservaría para sí–, digamos \$3.800.000. Éste será su *precio de reserva*, por cualquier suma superior a esta, Juan venderá su auto. Por su parte, para Pedro el automóvil resulta más valioso que \$4.000.000 (nuevamente, si no fuera así, si Pedro estuviera igual de bien con los \$4.000.000 que con el automóvil, la transacción carecería para él de todo sentido económico). Digamos esta vez \$4.200.000. Por cualquier suma inferior a esta Pedro creará estar aumentando su tasa de bienestar. Si el contrato se celebra por \$4.000.000, el excedente cooperativo alcanza a \$400.000, la suma de las diferencias entre los precios de reserva de los respectivos contratantes y lo que obtuvieron a través de la celebración del contrato.

¹² La utilización de contratos nominados no es, por cierto, la única forma de disminuir costos de negociación, la creación de “capital social” (vide FUKUYAMA, F., *Confianza*, Buenos Aires, Editorial Atlántida, 2000, p. 42 y ss.) probablemente resulte más determinante. Para efectos de este trabajo, sin embargo, basta detenerse únicamente en la primera.

¹³ Vide, por ejemplo, POSNER, R., *El análisis económico del derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 93 (anotando el costo de prever contingencias lejanas y el papel de los tribunales al distribuir estos riesgos) y AYRES, I. & GERTNER, R., “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules”, en CRASWELL, R. & SCHWARTZ A. *Foundations of Contract Law*, New York, Oxford University Press, 1994, p. 23.

En esquemas de regulación horizontal, los contratos por adhesión cumplen exactamente la misma función. Permiten la coordinación de intereses a bajo costo. La disminución de los costos de la coordinación es posible porque las partes no se encuentran en la necesidad de negociar los términos del acuerdo, que han sido determinados por una sola de ellas. Ésta, como ya se ha advertido, es una de las características más nítidas de un contrato por adhesión.

Aun, cuando se asuma que los contratos por adhesión lesionan la libertad de configuración que el derecho aspira a proteger a través de la regulación de los contratos¹⁴, parece necesario advertir que dicha lesión permite reducir significativamente los costos de negociación de este tipo de acuerdos. De la misma forma, el costo de no reconocer valor a contratos por adhesión sería aumentar significativamente los costos involucrados en este tipo de acuerdos. Incluso, cuando los costos no se distribuyan simétricamente entre quien ofrece el bien o servicio y quien lo demanda¹⁵, este aumento debería determinar una disminución del excedente cooperativo que se lograría si una de las partes fijase unilateralmente las condiciones del contrato. Si se acepta, entonces debe reconocerse que una parte relevante de los intercambios que se realizan cotidianamente a través de contratos por adhesión dejarían de tener sentido económico para las partes¹⁶.

La objeción más evidente a lo anterior es que las partes no siempre requieren distribuir los riesgos a través de acuerdos privados, en el caso de los contratos nominados el legislador lo ha hecho por ellos.

Esta objeción posee, sin embargo, dos problemas: el primero –que debería resultar evidente– es que sólo se aplica a aquellos contratos que el legislador ha regulado; el segundo –el que me interesa desarrollar con más cuidado– es que, a simple vista, la distribución de los riesgos realizada por quien ofrece el contrato parece resultar preferible a aquella realizada por el legislador.

En pocas palabras, el argumento es el siguiente: los contratos funcionan como mecanismos de distribución de riesgos entre los contratantes; al menos desde una perspectiva económica parece deseable que los riesgos se asignen a quien esté en mejores condiciones de prevenirlos o soportarlos¹⁷. A simple vista, al menos, pareciera que aquella parte que realiza frecuentemente un mis-

¹⁴ Vide DE CASTRO Y BRAVO (n. 6), p. 42 y ss.

¹⁵ La razón de lo anterior es que quien ofrece el bien puede aprovechar las economías de escala derivadas de la repetición de contratos similares.

¹⁶ Como ha señalado SLAWSON: “los ahorros logrados a través de los contratos estandarizados resultan tan substanciales que si por cualquier razón las empresas no pudieran llevar a cabo este tipo de contratos, es muy probable que simplemente no utilizaran contratos” (n. 6), p. 30.

¹⁷ Siguiendo a SCHÄFFER y OTT, desde una perspectiva económica, los riesgos deben asignarse a quien los pueda dominar con el menor gasto (*cheaper cost avoider*). Si ninguna de las partes que participa en el contrato se encuentra en condiciones superiores respecto de la evitación del riesgo, entonces éste debe asignarse a quien esté en mejores condiciones de asegurarlo, esto es, quien habría podido concertarlo con la prima más baja, vide SCHÄFFER H-B. y OTT C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 266-267.

mo tipo de acuerdos es capaz de incorporar a éstos cierta “sabiduría social” acerca de la forma más eficiente de distribuir los riesgos. Quien redacta los términos de un contrato por adhesión posee un nivel superior de información al del legislador en lo referente a las características de la ejecución del contrato¹⁸. Frente a la pregunta, ¿por qué el redactor debería incorporar esa sabiduría social a los términos del contrato y no desplazar todos los riesgos al cliente?, la respuesta más obvia parece ser que, al menos si se trata de un mercado con una pluralidad de oferentes aquel de ellos que persista en desplazar en forma abusiva los riesgos a sus clientes, en definitiva, los perderá, pues estos buscarán otros acuerdos ofrecidos en condiciones menos abusivas¹⁹.

Los contratos por adhesión podrían sumar, aun, otro beneficio para los consumidores. Sus condiciones generales evitan la discriminación de los consumidores según sus necesidades, habilidades para negociar, etc. Como ha advertido García Amigo, este tipo de negocios sitúan a cada uno de los contratantes en una posición de igualdad respecto de la empresa predisponente. Así “(N)o [habría] posibilidad de que un contratante menos avisado [pudiera] obtener unas condiciones contractuales más desfavorables que otro más sagaz”²⁰.

2. Los contratos por adhesión y la naturaleza de la empresa²¹

Ronald Coase desarrolló la idea que las empresas²² —esas islas de poder consciente²³—, y la integración vertical y la supresión del sistema de precios que ca-

¹⁸ En este sentido, DE CASTRO Y BRAVO señala que una de las razones más frecuentes para justificar estos acuerdos es: “(Q)ue los códigos han quedado anticuados y que el mismo legislador moderno carece de experiencia y de holganza para ocuparse en regulaciones tan detalladas como requieren las necesidades de cada rama de comercio” (n. 6), pp. 17-18.

¹⁹ Como reviso más adelante esta defensa es defectuosa por dos razones. En primer lugar, no son los oferentes sino sus abogados quienes redactan los contratos por adhesión, y los abogados del oferente no necesariamente poseen la sabiduría social de éste —si es que la tuviere. En segundo lugar, el problema de los contratos por adhesión no se encuentra en el monopolio, sino en las asimetrías informativas. Si esto es correcto, el proveedor no tiene ningún incentivo para mejorar las condiciones en que ofrece sus productos, si lo hiciese debería cargar el costo de los riesgos que asume al de los bienes o servicios que ofrece. A diferencia de otros términos del contrato por adhesión, el precio es una información altamente visible, si subo el precio, aun cuando esto disminuya el precio total del producto (ver nota 26), lo más probable es que la demanda por él disminuya. Si es así hay buenas posibilidades que el mercado de los contratos por adhesión funcione como el “mercado de los limones” (*vide infra* III).

²⁰ GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. pp. 26-27.

²¹ Aquí sigo de cerca el enfoque de RAKOFF (n. 8), p. 1.220 y ss.

²² En este trabajo utilizo la expresión empresa en el sentido jurídico-mercantil. Siguiendo a Uria entenderé por empresa “el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar el mercado de bienes o servicios”, *vid.* URIA, R., *Derecho mercantil*, 27ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 32.

²³ *Vid.* “La naturaleza...” (n. 10), p. 35.

racterizan su funcionamiento interno, se explicaban en las economías capitalistas por los costos de utilizar el sistema de precios. En este sentido, el autor afirma:

“(U)n factor de producción (o su propietario) no necesita formalizar una serie de contratos con los factores con los que está cooperando dentro de la empresa, como sería el caso si dicha cooperación fuera el resultado directo del funcionamiento del mecanismo de precios, pues esta serie de contratos se sustituye por uno solo... El contrato es un documento por medio del cual el factor, por una determinada remuneración (que puede ser fija o fluctuante), acepta obedecer las directivas de un empresario dentro de ciertos límites. La esencia del mismo es que *solamente debe establecer los límites a los poderes del empresario. Dentro de ellos, éste puede, por lo tanto, dirigir los otros factores de producción*”²⁴.

Como no resulta difícil advertir, la estructura vertical y jerarquizada de una empresa evita –o, al menos, disminuye significativamente– los costos de las transacciones. Dentro de esos costos deben sumarse las contingencias a que se encuentran sometidas las transacciones en que el cumplimiento de una de las partes se encuentra diferido en el tiempo²⁵. En el caso que una de las partes sea el proveedor y la otra un consumidor, parece evidente que los consumidores no se encuentran integrados a la estructura de la empresa, por lo mismo, en la relación de ésta con ellos debe recurrirse al sistema de precios²⁶.

116

La distribución de los riesgos a través de los contratos por adhesión permite a las empresas administrar con mayor eficiencia los costos de estas contingencias²⁷. Como ha sugerido Rakoff:

las empresas pueden redactar los términos de los acuerdos de manera de estabilizar los incidentes asociados al desarrollo de este tipo de negocios. Las cláusulas de fuerza mayor enciclopédicas, por ejemplo, ayudan a evitar los riesgos de eventos aberrantes. Los límites sobre la responsabilidad derivada de daños consecuenciales (*consequential damages*) permiten a la empresa reducir las pérdidas potenciales de cualquier transacción y calcular mejor los riesgos restantes. El establecimiento de plazos breves para realizar los reclamos y demandar facilita el cierre de los períodos contables y reduce la necesidad de fondos de contingencia²⁸.

²⁴ Vid. “La naturaleza...” (n. 10), pp. 37- 38 (el destacado es mío). Citas internas omitidas.

²⁵ Vid. POSNER (n. 13), p. 90 y ss.

²⁶ Vid. RAKOFF (n. 8), p. 1.220 y ss.

²⁷ Vid. SLAWSON (n. 6), p. 30 y ss.

²⁸ RAKOFF (n. 8), p. 1.221. En el mismo sentido URÍA ha señalado que: “el contrato uniforme permite a las empresas operar sobre la base de unos contratos que al ofrecer el mismo

La distribución de los riesgos a través de cláusulas preimpuestas no sólo beneficia a las empresas. El consumidor puede verse beneficiado de dos maneras: la primera, es a través de los bienes complementarios que determinan las “externalidades de red”²⁹ (*network externalities*) derivadas de este tipo de acuerdos; y la segunda, a través de la disminución del precio de los bienes y servicios que se negocian a través de estos contratos.

Como resulta bien sabido, las externalidades de red se producen cuando el valor de un producto para uno de sus usuarios aumenta en la medida que se agregan nuevos usuarios. El ejemplo típico de esto es el teléfono o el fax; mientras más usuarios lo utilicen mayor es el valor del recurso para cada uno de los usuarios. En el caso de los contratos por adhesión, el uso sostenido de ciertas cláusulas permite una mayor cantidad de decisiones judiciales sobre éstas, generando, en definitiva, precedentes judiciales³⁰. En adición a lo anterior, el uso extendido de cláusulas facilita el diseño de este tipo de contratos para los abogados, su negociación, interpretación y litigación. De esta manera, los contratos por adhesión poseen la capacidad de generar, al menos dos bienes complementarios: precedentes judiciales y servicios legales más económicos³¹.

Respecto a la disminución del precio de los bienes y servicios como ha sugerido De Castro, las limitaciones de las responsabilidades y obligaciones del empresario son beneficiosas para el cliente con relación al precio final del producto, toda vez que éstas: “se compensan con la disminución del precio de la mercancía y con la posibilidad que le queda al cliente de cubrirse de los riesgos mediante el seguro”³².

La administración de los mercados finales de las empresas no es, sin embargo, la única razón que justifica el uso de los contratos por adhesión. Toda-

contenido previamente analizado en sus últimas consecuencias jurídicas hacen posible un cálculo exacto de riesgos y responsabilidades que eliminan buen número de litigios e incertidumbres (citado en DE CASTRO Y BRAVO (n. 20) p. 24, nota 18).

²⁹ Vid. SHAPIRO, Carl & VARIAN, Hal, *El dominio de la información*, Barcelona, Antoni Bosch editor, 1999, pp. 12-13.

³⁰ Aun si –como en el caso chileno– no existen tasas de litigación suficientes para generar este beneficio, en la medida que se encuentren redactados con claridad, los contratos por adhesión poseen la capacidad de disminuir la incertidumbre y dudas respecto de los derechos y obligaciones de cada parte. Este mayor grado de certidumbre debería contribuir a desalentar la litigación (Vid. DE CASTRO Y BRAVO (n. 6), p. 42).

³¹ Vid. KAHAN, M. & KLAUSNER, M., “Standardization and Innovation in Corporate Contracting Law” (or “The Economics of Boilerplate”).83 *Va. L. Rev.* 713 (1997) (haciendo presente los beneficios de los términos contractuales sostenidos en el tiempo en diversos contratos y las leyes de Delaware como la fuente de términos contractuales comúnmente usados en contratos corporativos) p. 774 y ss., y RADIN, M., “Humans, Computers, and Binding Commitment”,. 75 *Ind. L. J.* p. 1.148.

³² Vid. DE CASTRO Y BRAVO (n. 6), p.18; además, RAKOFF (n. 8), p. 1.230. Sobre la posibilidad de cubrir los riesgos con el seguro cfr. SCHÄFFER y OTT (n. 32) pp. 266-267.

vía, desde la naturaleza de la empresa, los contratos por adhesión se justifican como mecanismos de promoción de eficiencia *al interior* de la empresa. Según ha sugerido Rakoff, existen cuatro razones que respaldan el uso de este tipo de contratos para aligerar los costos de administración y promover la eficiencia en el uso de factores de producción al interior de estructuras organizacionales complejas, en palabras de este autor:

“(P)rimero, la estandarización de los términos y de las formas que los contienen facilita la coordinación entre departamentos. El costo del entendimiento de comunicaciones especiales sube rápidamente cuando un departamento hace las ventas, otro envía los productos, un tercer departamento administra los cobros, y un cuarto los reclamos. Los términos estándares hacen posible procesar las transacciones como un asunto rutinario. Los contratos por adhesión, con espacios blancos estándares hacen posible llevar a cabo rápidamente cualquier transacción que se haya visto obstaculizada por la necesidad de incorporar algunos términos particulares. Segundo, la estandarización hace posible el uso de costosos talentos administrativos y legales. Los contratos por adhesión facilitan la difusión de las decisiones administrativas subyacentes respecto a los riesgos que la empresa está preparada para soportar, o hacer completamente innecesaria la necesidad de explicar estos asuntos a los subordinados. Tercero, el uso de contratos por adhesión sirve como un mecanismo de control automático de las consecuencias de los actos del personal excesivamente voluntarioso (*wayward*). La presión por producir puede tentar a los vendedores a realizar negocios en condiciones que la empresa no desea suscribir; el uso de contratos por adhesión que fijan los términos del negocio torna superflua mucha de la necesidad de realizar este control interno y evita los costos de las medidas disciplinarias derivadas de él.

No menos importante, los contratos por adhesión ayudan a solidificar la estructura de poder interno de la empresa. En las organizaciones privadas, como en las burocracias públicas, la discreción es poder –y esto es cierto tanto en la base como en la cima de la estructura jerárquica. En la medida que se les confiere mayor discrecionalidad a los subordinados su disciplina se torna más dificultosa toda vez que los estándares de conducta (*performance*) se vuelven menos claros. Desde el punto de vista de una organización que desea mantener la jerarquía interna, el modelo más deseable de vendedor es uno que sea casi perfectamente intercambiable: que venda productos estándares a un precio estándar bajo condiciones estándares. Cuando el precio es negociable, en cierta forma el estatus del empleado mejora. Si todos los términos fueran negociables, se requeriría un grado de entrenamiento y habilidad mucho mayor –y, consecuentemente el estatus y las remuneracio-

nes aumentarían. En cambio, la rutinización de las transacciones realizadas a través de contratos por adhesión reserva la discrecionalidad para aquellas posiciones que se encuentran en los sectores más elevados de la escala jerárquica de la empresa”³³.

La extensa cita de Rakoff parece dar noticia suficiente de las ventajas de los contratos por adhesión para el manejo interno de organizaciones complejas, como suelen ser las empresas que utilizan contratos por adhesión para llevar adelante sus relaciones comerciales con consumidores finales.

Ahora es posible sintetizar las ventajas de los contratos por adhesión. Por una parte, reducen los costos de negociación envueltos en este tipo de negociaciones. A primera vista, y en un mercado con pluralidad de oferentes, la redacción de los términos del contrato por una de las partes —el oferente— permite que los riesgos sean distribuidos con mayor eficiencia que la que lograría aquella distribución realizada por el legislador. Por otra parte, desde la perspectiva del funcionamiento de la empresa, estos contratos poseen dos ventajas: primero, permiten a la empresa disminuir el grado de contingencia a que se ven expuestas sus relaciones con los consumidores finales y segundo, promueven la administración eficiente de los factores de producción que suele vincular una organización compleja como una empresa.

Toda esta sección ha intentado exponer las ventajas de los contratos por adhesión. Estas ventajas deberían explicar la aceptación de estos *hijos ilegítimos* en legislaciones modeladas por el principio de la autonomía de la voluntad que plasmaron los códigos decimonónicos. La sección siguiente busca dar noticia de los peligros que se encuentran involucrados en este tipo de negocios.

119

III. LOS PELIGROS INVOLUCRADOS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN: CLÁUSULAS ABUSIVAS, MONOPOLIO Y ASIMETRÍAS INFORMATIVAS

1. Cláusulas abusivas

Lo que hace peligroso al contrato por adhesión es la existencia de cláusulas abusivas. Que sea una cláusula abusiva es algo que se discute³⁴. En líneas gruesas, este tipo de cláusula puede ser definida como aquella que es “notablemente desfavorable para el adherente”³⁵. Por regla general resultarán notablemen-

³³ Todas ellas en RAKOFF (n. 8), pp. 1.222-1.224.

³⁴ A diferencia de otras legislaciones, en el caso chileno, la ley 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, no contiene una definición de este tipo de cláusulas, sino únicamente un catálogo cerrado de normas que incluidas en un contrato por adhesión no producen efecto alguno (*vid.* artículo 16).

³⁵ *Vide* REZZÓNICO, J., *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, p. 57.

te desfavorables aquellas cláusulas que, sin haberse negociado, “causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato” (art. 3.1. Directiva 93/13 CEE). De esta manera, el *quid* del problema de las cláusulas abusivas pareciera encontrarse en el desequilibrio entre las prestaciones del consumidor y el proveedor. En este sentido, Larroumet, por ejemplo, ha señalado que aquello que caracterizaría a las cláusulas abusivas es “la falta de equivalencia entre las situaciones de las partes contratantes, una de las cuales se encuentra en una situación desventajosa frente a la otra”³⁶.

Una técnica frecuente de regulación de este tipo de cláusulas consiste en vincularlas a la fractura del deber de buena fe que suele exigirse a los contratantes³⁷.

³⁶ LARROUMET, C. *Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 72.

³⁷ La idea que subyace al control de ciertas cláusulas es que estas serían el resultado de la alteración del equilibrio del poder negocial entre las partes y la fractura del deber de negociar de buena fe (*vid.* TAPIA, M. y VALDIVIA, J., *Contratos por adhesión. Ley N° 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 80. Esta idea también se encuentra presente en el derecho estadounidense en la doctrina de las expectativas razonables derivada de los aportes de Lewellyn. En el caso alemán, por ejemplo, Larenz ha justificado la protección de las expectativas del consumidor de la siguiente forma: “cuando una alteración de las normas legales dispositivas sea *manifestamente injusta* o inequitativa se habrá de suponer que el perjudicado la ha consentido cediendo a alguna presión. Si esta presunción no puede ser refutada (quizá mediante la prueba de un beneficio que compense el perjuicio, o por otra causa razonable), los tribunales no deberán tampoco estimar la vigencia del pacto por ser *contrario al espíritu del ordenamiento jurídico*; aun, sin formular tacha de ‘inmoralidad’, ya que una *infracción manifiesta* de las exigencias fundamentales de la justicia no puede recibir sanción del ordenamiento jurídico [itálicas y comillas en el original], LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo, p. 125.

Una buena explicación sobre la doctrina de las expectativas razonables puede encontrarse en BALLESTEROS, (n. 9).

La inclusión de la buena fe en el dominio de las cláusulas abusivas suele utilizarse como un sistema de control de “cláusula abierta” de las cláusulas abusivas que permite el control judicial según las circunstancias del caso. Es difícil exagerar la importancia de estas “cláusulas abiertas” que permiten a la judicatura examinar el contenido de los contratos por adhesión, la razón de es que, aun, cuando la respectiva ley contenga un catálogo amplio de hipótesis de cláusulas abusivas, todo ensayo de enumeración de los objetos sobre los cuales versan las condiciones generales de un contrato resultaría omisivo, utilizando la expresión de Nordmann, resultaría *nécessairement lacunaire* (citado en REZZONICO (n. 35), p. 451). Respecto a la utilización de estas cláusulas abiertas en el caso de la jurisprudencia del BGH o Tribunal Supremo Alemán, por ejemplo, se aplican tres *tests* para determinar si la cláusula infringe o no el deber de negociar de buena fe, a saber: 1. el equilibrio contractual, 2. la consideración de los intereses de las partes contratantes y 3. la definición de la esencia de los derechos y deberes contractuales (*vid.* RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación*, Navarra, Editorial Aranzadi, 1996, p. 38-39).

La ley chilena de protección al consumidor no contiene este tipo de cláusulas. En el proyecto de modificación a dicha normativa enviado por el Ejecutivo, sin embargo, se ha incorporado una cláusula abierta en los siguientes términos: “No producirán efecto alguno en los contratos por

Así, por ejemplo, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación española prescribe en su artículo 10 bis 1 que:

“(S)e considerarán cláusulas abusivas todas aquéllas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

En el mismo sentido, el artículo o párrafo 9 de la *AGB-Gesetz* alemana contiene una cláusula general de prohibición e ineficacia de cláusulas abusivas al tenor de la cual se consideran abusivas aquellas cláusulas que: “producen un perjuicio de manera desproporcionada al consumidor en contra de la buena fe y equidad”.

Junto a este tipo de cláusulas –que vinculan las cláusulas abusivas a la fractura del deber de negociar de buena fe, los cuerpos normativos que las regulan suelen contener un conjunto de reglas que regulan las formalidades de este tipo de cláusulas³⁸ y catálogos que identifican ciertos términos contractuales a los que adjudican este carácter³⁹.

adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) En general aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”.

³⁸ El control formal, utilizado por primera vez en el *Codice Civile* de 1942, se encuentra orientado a garantizar el adecuado conocimiento de las condiciones generales en los contratos por adhesión. En el caso de la ley chilena los requisitos a que apunta este control formal se encuentran en el artículo 17 en los siguientes términos: “Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí.

...Tan pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste. La copia así entregada se tendrá por texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales”.

³⁹ Así, por ejemplo, en la ley española recién mencionada se contienen veintinueve hipótesis de cláusulas abusivas, en la *AGB-Gesetz* los párrafos diez y once contienen dos listas concretas de cláusulas abusivas y la Directiva 93/13 de la CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, diecisiete. La ley 19.496 chilena contiene únicamente seis.

Finalmente, todavía es posible incorporar mecanismos de control administrativo de las condiciones generales⁴⁰. Este control puede asumir diversas formas. La administración puede determinar las cláusulas que deberán utilizar los proveedores en sus relaciones con los consumidores finales, sea a través de un reglamento general o de un proceso de homologación caso a caso o, bien, puede intervenir prestando su aprobación a las cláusulas que se utilicen caso a caso⁴¹.

Desde una perspectiva económica el problema de las cláusulas abusivas puede ser considerado recurriendo a la eficiencia. De esta manera, en vez de utilizar la expresión cláusula abusiva, puede utilizarse *cláusula ineficiente*. Siguiendo a Craswell una cláusula es considerada ineficiente si el daño que inflige a los compradores es mayor que los costos que ahorra a los proveedores⁴².

Sea que nos refiramos a cláusulas abusivas o ineficientes, parece más o menos evidente que éstas constituyen un riesgo al interior de los contratos por adhesión. Interesa ahora examinar qué es lo que determina la existencia de este tipo de cláusulas y, sobre esto, lo primero que conviene revisar es la relación entre éstas y el monopolio del oferente.

2. *El monopolio del oferente: un supuesto usual y erróneo*

122 Suele afirmarse que la existencia de cláusulas abusivas obedecería a la cercana conexión que existe entre el uso de contratos por adhesión y la posición monopólica de quien ofrece este tipo de negocios⁴³. De esta manera, por ejemplo, Messineo señala respecto de los contratos por adhesión que:

“(E)n un régimen de competencia el contrato de adhesión o sería inconcebible o no podría arraigar, por cuanto el consumidor encontraría siempre un productor que, para atraer a un cliente nuevo estaría dispuesto a

⁴⁰ En el caso chileno este tipo de control se presentaría, por ejemplo, respecto de los contratos de seguros, de prestaciones de salud en el caso de las instituciones de salud previsional y de la administración de fondos de pensiones.

⁴¹ No es el objetivo de este trabajo revisar detalladamente los mecanismos de control de cláusulas abusivas, para esto, y respecto del caso chileno, puede consultarse DE CASTRO Y BRAVO (n. 20) y PIZARRO WILSON, C., *La protección de los consumidores en materia contractual*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1999 y LÓPEZ SANTA MARÍA (n. 6), pp. 157-159.

⁴² *Vid.* CRASWELL, R., “Freedom of Contract”, en POSNER, E., *Chicago Lectures in Law and Economics*, New York, Foundation Press, 2000, p. 83.

⁴³ *Vide*, por ejemplo, MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, EJEJA, 1952, p. 441; DE CASTRO Y BRAVO (n. 20), pp. 169-170; RAKOFF. (n. 8) p. 1.178 notas 16-17; SCHWARTZ, A., “A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability”, en SCHWARTZ & CRASWELL (n. 13); GAILBRAITH, J.K., *The New Industrial State* (citado en SCHÄFFER Y OTT (n. 17), pp. 312); TAPIA Y VALDIVIA (n. 37), pp. 36-37, n. 90; REZZÓNICO (n. 35), pp. 80-87.

concederle condiciones más favorables que otro y a aceptar el concurso del consumidor en la determinación de las cláusulas contractuales”⁴⁴.

En clave económica la idea de Messineo es que las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión únicamente sobrevivirían en condiciones de competencia imperfecta. Esta idea se encuentra en la base de *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.* resuelto en 1960 por la Corte Suprema de New Jersey. En este caso, Claus Henningsen, el demandante, compró un automóvil marca Plymouth, fabricado por Chrysler Corporation. El contrato poseía una cláusula incorporada en el reverso de la primera página en letra pequeña según la cual se señalaba que la garantía del producto únicamente obligaba al productor a fabricar cuidadosamente las piezas del automóvil, de manera que no poseyeran defectos. Si el automóvil conservaba defectos que no fueran adjudicables a esta falta de cuidado, el comprador liberaba a la compañía de cualquier obligación derivada de piezas defectuosas. Diez días después de que el automóvil fuera entregado a Henningsen, su mujer lo conducía a una velocidad de veinte millas por hora en un camino en buen estado, súbitamente escuchó un fuerte ruido que provenía desde abajo del vehículo; como si algo se hubiese quebrado, el manubrio se torció y, producto de esto, el vehículo se estrelló contra un muro. Henningsen demandó a la compañía, la cual buscó liberarse de responsabilidad alegando que la falla del vehículo no quedaba cubierta por la garantía. La Corte rechazó el alegato de la compañía señalando que:

123

“(L)a desigualdad en la posición negocial del consumidor en la industria automovilística es evidente. No existe competencia entre los fabricantes de autos en el área de las garantías. ¿Dónde puede el comprador negociar mejores términos de protección? Este control y limitación de los remedios (remedies) resultan hostiles (*inimical*) para el bienestar común y, en definitiva, sugieren a las cortes poner gran atención para evitar injusticias a través de la aplicación de principios estrictos del common-law de libertad de contratación”⁴⁵.

La idea detrás de este caso es que este tipo de cláusulas únicamente existen en mercados monopólicos⁴⁶. La razón es simple: en un mercado competitivo

⁴⁴ MESSINEO (n. 43), p. 441. En idéntico sentido *vide* DE CASTRO Y BRAVO (n. 20), pp. 169-170. Citas internas omitidas.

⁴⁵ *Vide Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* 161 A. 2d 69 (N.J.1960)

⁴⁶ Aquí utilizo la expresión monopolio en un sentido amplio que cubre también a los carteles. La idea detrás del uso de esta expresión es que se trata de un mercado en el que el *poder de mercado* de los oferentes les permite ignorar las preferencias de los usuarios en lo que refiere a los términos contractuales.

únicamente sobrevivirían aquellas cláusulas cuyos beneficios netos son positivos.

Como ha advertido Craswell, sin embargo, el monopolio no es la única falla de mercado, ni la más riesgosa, en lo que refiere a cláusulas abusivas⁴⁷. En el caso de los contratos por adhesión, debe sumarse, al menos, una falla más para captar con exactitud el problema: la información imperfecta. Dejo esto por el momento nada más anunciado para retomarlo luego de examinar por qué el monopolio no es la falla más peligrosa.

En términos generales, los monopolios no regulados perjudican al consumidor si se comparan las condiciones de las transacciones con las que obtendría en un mercado competitivo. Ésta parece ser una afirmación ampliamente aceptada por los economistas⁴⁸. La razón de que los consumidores estén en peores condiciones en un mercado monopólico que en uno con una pluralidad de oferentes suele ser que, por regla general⁴⁹, el oferente podrá subir el precio de sus productos por sobre su costo marginal.

Pues bien, mi impresión es que a partir de esto puede advertirse el error de Messineo y de la Corte Suprema de New Jersey en *Henningsen*. En un mercado monopólico es respecto del precio del bien o servicio –usualmente la cantidad de dinero que se paga por él– y no de las demás condiciones del contrato donde el oferente tiene mayores incentivos para maximizar sus beneficios⁵⁰. De esta manera, si el oferente que opera en condiciones monopólicas desea aumentar sus beneficios netos, le basta subir *p1* manteniendo las condiciones del contrato (*r*) exactamente iguales. En adición a esto, el oferente monopólico puede tener incentivos para no alterar las condiciones del contrato. Como ha sugerido Craswell:

“(E)l problema con aumentar el precio total indirectamente, a través del uso de cláusulas ineficientes, es que –por definición– una cláusula ineficiente produce más daño a los consumidores que beneficio al monopolista. Por el contrario, un precio monetario más alto beneficia al monopolista en la misma cantidad que perjudica al adquirente: el aumento del precio”⁵¹.

⁴⁷ Vide CRASWELL (n. 44).

⁴⁸ Esto puede ser consultado en cualquier manual de economía. Un desarrollo accesible para abogados puede ser encontrado en POSNER.(n. 13), p. 259 y ss.

⁴⁹ Según ha sugerido Posner, el monopolio no es condición suficiente para la existencia de precios monopólicos, ni siquiera se trataría de una condición imprescindible, POSNER.(n. 13), p. 262.

⁵⁰ Esta distinción se entenderá mejor si se considera que un producto tiene dos precios. El primero (*p1*) es aquél que usualmente identificamos con esa expresión –las más de las veces será una suma de dinero. El segundo precio (*p2*) se obtiene sumando *p1* a los riesgos (*r*) que asume el adquirente del producto a través del contrato. Esto se denomina el precio total (*pt*).

⁵¹ Vide CRASWELL (n. 41), p. 85 Sobre lo mismo vid. KATZ, A., “Standard Form Contracts”, en <http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/9707287.pdf?abstractid=41320>, visitado el 4 de octubre de 2002.

Schwartz parece estar en lo correcto cuando afirma que “la *calidad* del contrato no es necesariamente una función de la estructura del mercado”⁵². Sobre lo mismo Schäffer y Ott han señalado respecto del uso de cláusulas abusivas que: “(F)recuentemente no se trata de grandes empresas monopolistas que trabajan con un gigantesco aparato publicitario, sino de pequeñas compañías en mercados atomizados en los cuales según la opinión de la teoría económica ortodoxa tendría que dominar la competencia”⁵³.

Lo anterior, por supuesto, no significa que quienes proveen bienes o servicios bajo condiciones monopólicas no utilicen cláusulas abusivas en sus contratos por adhesión, significa que el riesgo de la utilización de estas parece no ser significativamente mayor que en un mercado competitivo⁵⁴.

A simple vista, esta constatación tiene algo de enigmático, ¿por qué sobreviven las cláusulas ineficientes en un mercado con una multiplicidad de oferentes?

Como han advertido Schwartz y Wilde, la mejor protección de los consumidores contra la explotación no son los tribunales, sino su propia vigilancia y perspicacia⁵⁵. Son los mismos consumidores quienes, a través de sus decisiones agregadas, deberían presionar, en un mercado competitivo, a los oferentes a expulsar las cláusulas abusivas de sus contratos. De esta manera, aquellos oferentes preocupados por su reputación poseerán buenos incentivos para evitar estas cláusulas en este tipo de negocios⁵⁶.

Así las cosas, en un mercado competitivo, la autorregulación sobre la base de mecanismos de mercado pareciera constituir un mecanismo satisfactorio de control de cláusulas abusivas. A esto debe sumarse que otras alternativas de control de este tipo de cláusulas –por ejemplo, el judicial, el legal y el adminis-

⁵² SCHWARTZ (n. 43), p. 307.

⁵³ SCHÄFFER Y OTT (n. 17), p. 312.

⁵⁴ Junto con lo anterior, esto significa que cuando se utiliza la expresión “poder negociador” en los contratos por adhesión no se está aludiendo necesariamente a la posición que posee el oferente en el mercado, sino a dos situaciones relacionadas con la distribución asimétrica de información entre proveedor y consumidor. La primera de ellas es que el proveedor entiende mejor que el consumidor el producto que vende, la segunda es que el proveedor utiliza masivamente el contrato por adhesión (ver SLAWSON (n. 6), p. 26).

⁵⁵ Vide SCHWARTZ, A. & WILDE, L., “Imperfect Information in Markets for Contracts Terms: The Examples of Warranties and Security Interests”. 69 *Va. L. Rev.* 1387, 1414-15.

⁵⁶ Este argumento ha sido desarrollado por George Priest, quien ha señalado que aquellos oferentes que persistan en la incorporación de cláusulas que explotan a los consumidores y las ejecutan judicialmente, desarrollarán una reputación similar a la de aquellas empresas que producen bienes defectuosos. En un mercado donde la información sobre la reputación de los oferentes sea transparente –esto es accesible a menor precio– los consumidores serán capaces de discriminar no sólo sobre la base de la calidad del bien o servicio sino, además, en consideración a las condiciones bajo las cuales es ofrecido, vide PRIEST, G., “A Theory of the Consumer Product Warranty”. 90 *Yale L.J.* 1297, 1347). Vuelvo, aunque brevemente sobre el argumento de Priest más abajo, vide *infra* n. 92).

trativo⁵⁷ – pueden introducir mayores costos que aquéllos que evitan. Este argumento, cuya primera formulación puede ser rastreada en la obra de Adam Smith y John Locke, constituye un *leit motiv* en el modelo de la economía neoclásica, puede ser aplicado al control por los jueces o el legislador a las cláusulas ineficientes en los contratos por adhesión, señalando que la intervención de estos agentes puede disminuir la eficiencia de las transacciones realizadas basada en mecanismos de mercado toda vez que ni el legislador ni los jueces se encuentran en buenas condiciones para determinar qué cláusulas son eficientes y cuáles no⁵⁸.

¿Por qué entonces no darse por satisfechos una vez que los bienes y servicios se prestan en condiciones competitivas?

La respuesta más sintética es que el monopolio no es la única falla de mercado que se encuentra involucrada en este problema. La segunda –y más determinante– es la falta de información de los consumidores⁵⁹. De esta última me ocupo en la próxima sección.

3. El problema de la información

Es algo profusamente aceptado –incluso entre los cultores más ortodoxos del libre mercado– que, para que un contrato, produzca asignaciones paretianamente superiores debe cumplir con ciertos requisitos. No sólo es imprescindible que exista la voluntad, esa voluntad debe ser suficientemente informada. Como ha señalado Milton Friedman: “La posibilidad de coordinación a través de la cooperación voluntaria descansa sobre el supuesto elemental –aunque frecuentemente negado– que las partes que participan en la transacción económica se benefician de ella siempre *y cuando presten su voluntad y esta sea informada*”⁶⁰.

La pregunta es, entonces, ¿es suficientemente informada la voluntad del consumidor que celebra contratos por adhesión?

3.1. El consumidor y la información

Las decisiones económicas suelen ser precedidas por una cierta acumulación de información, la cual, la mayoría de las veces, es costosa⁶¹. De esta manera, si

⁵⁷ Sobre otros mecanismos puede revisarse DE CASTRO Y BRAVO (n. 20), pp. 169-275.

⁵⁸ Sobre el problema de la intervención del Estado *vide* “El problema del costo social” (n. 10). Sobre lo mismo en relación con la protección de los consumidores *vide* CRASWELL (n. 13), pp. 96-98.

⁵⁹ En este sentido Trebilcock, por ejemplo, ha notado que las cláusulas abusivas resultan mucho más frecuentes en los mercados con información imperfecta que en aquellos monopólicos. *Vide* TREBILCOCK M., *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997, p. 119.

⁶⁰ Citado en TREBILCOCK (n. 59), p. 102.

⁶¹ El problema de los costos de la información, en general, puede examinarse en STIGLER, G., “The Economics of Information”. *The Journal of Political Economy*, 1962. Un sencillo ejemplo puede ayudar a explicarlo. Suponga que desea comprar un horno microondas en un mercado con

desea comprar un cierto modelo de automóvil lo más probable será que intente averiguar sus características, la garantía que le ofrece el proveedor, el estado del vehículo –si es que éste es usado–, sus condiciones de reventa, etc. Toda esta información posee costos, el enfoque económico de este tipo de conducta –la acumulación de información– asume que la cantidad de información que recopile debería guardar alguna proporcionalidad con el valor de la inversión que va a realizar⁶². Del mismo modo, si planea comprar una casa debería estar dispuesto a gastar más en información que si deseara comprar una cajetilla de cigarrillos.

Siguiendo a Leff, en el caso de los contratos por adhesión existen dos tipos de productos: el bien o servicio cuya prestación se reglamenta a través del contrato y el contrato mismo⁶³. Un consumidor *racional*⁶⁴ debería acumular

numerosos oferentes y desea comparar sus productos a fin de determinar la mejor combinación precio/calidad ofrecida en este mercado. Suponga, además, que debe utilizar diez horas de su tiempo para realizar esta búsqueda y que considera que su hora cuesta \$5.000 (éste es el costo de oportunidad de buscar su microondas). Así las cosas –y siempre que sea racional– sólo destinaría este tiempo a buscar la mejor relación calidad/precio si creyese que esa búsqueda le va a reportar un beneficio superior a los \$50.000 que, probablemente le va a costar (diez horas a \$5.000 cada una).

⁶² Vide BECKER, G., “El enfoque económico de la conducta humana”, en *Anuario de Filosofía y Ciencias Jurídicas: El derecho como ciencia y como profesión*, Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía y Ciencias Jurídicas, 1998.

⁶³ Desde la perspectiva de Leff los contratos pueden ser considerados, en general, como un proceso a través del cual las voluntades se van uniformando en torno a un cierto contenido prescriptivo, que luego resultará vinculante para las partes (en el mismo sentido *vid.* DE CASTRO Y BRAVO (n. 20), p. 87). Este proceso de formación del consentimiento, que plasma la libertad de configuración de las partes, justificaría las fuertes restricciones de los jueces para intervenir en el contenido prescriptivo del acuerdo. Este modelo de formación del consentimiento, que se encuentra en la raíz de la regulación de los códigos decimonónicos, da origen a lo que Margaret Radin ha denominado “el contrato como consentimiento”, *vide* RADIN (n. 31), pp. 1.125-1.127. Esta caracterización del contrato, como el resultado de un proceso, no resulta acertada en el tema de los contratos por adhesión. En este caso, Leff sugiere que éstos se asemejan más a un *producto*, que no es el resultado de ninguna negociación. Si la aproximación de este último autor es correcta, al celebrar un contrato por adhesión, el consumidor estaría adquiriendo dos productos: el bien o servicio y el contrato. La sugerencia de Leff es que no existe razón para imponer al juez las restricciones que el modelo de contrato como consentimiento que le impiden modificar el contenido prescriptivo del acuerdo.

Las posibilidades de intervención del juez deberían ceñirse por un esquema más cercano al de control de calidad y seguridad de los productos defectuosos, *vid.* LEFF, A., “Contract as a Thing”, en CRASWELL & SCHWARTZ, (n. 13). Este resultado –aunque a través de un razonamiento distinto– no es del todo extraño al derecho continental; así, en el caso francés, por ejemplo, Larroumet advierte de cierta jurisprudencia que ha añadido a contratos por adhesión obligaciones a una de las partes que no constaban en el contenido prescriptivo del mismo, *vide* LARROUMET, C., *Teoría General del Contrato*, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1993, vol. 1, p. 97. Los casos más evidentes de este tipo de intervención judicial son las obligaciones de seguridad e información que se incorporan *ex post* al contrato por la judicatura.

⁶⁴ En general, el concepto de racionalidad que utiliza el análisis económico del derecho se relaciona con la idea de Elster, según la cual la racionalidad específicamente humana se caracteriza

una cantidad de información óptima sobre ambos antes de obligarse⁶⁵. Para efectos de este trabajo es posible dejar de lado la acumulación de información sobre el bien o servicio y centrarse en el contrato.

3.2 ¿Por qué no es racional leer y comprender un contrato por adhesión antes de firmarlo?⁶⁶

Aun si los consumidores actúan racionalmente⁶⁷, la lectura de un contrato por adhesión puede no resultar eficiente. Ya se ha advertido que los consumidores

por la capacidad de relacionarse con el futuro, ELSTER, J., *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 7. En este sentido, el concepto de racionalidad recoge parte del concepto de acción teleológica vigente en el pensamiento occidental desde Aristóteles y la transforma en acción estratégica. Este concepto de acción teleológico-estratégica es utilizado por primera vez por los fundadores de la economía política neoclásica para desarrollar una teoría de la decisión económica e incorporado a la teoría de juegos a mediados del siglo xx a través del trabajo de Von Neumann y Morgenstern. Según este modelo, el agente se relaciona con el futuro intentando maximizar su utilidad o sus expectativas de utilidad (de ahí el nombre de maximizador racional al que tan afecto es el análisis económico del derecho) sin consideración al bienestar de terceros, se trata de una maximización de la utilidad autointeresada.

⁶⁵ En el caso de los contratos por adhesión, un consumidor racional equivaldría a lo que Trebilcock denomina un “consumidor marginal”, es decir, aquel consumidor “informado, sofisticado, y agresivo que entiende los términos de un contrato por adhesión y quien o negocia sus términos o se cambia a otro proveedor que ofrece mejores términos”, TREBILCOCK, M., “Critiques of the Limits of Freedom of Contract A Rejoinder”, p. 357, disponible en www.yorku.ca/ohlj/english/volume/vol33.html - 17k, visitado el 4 de junio de 2002.

⁶⁶ La escasa información empírica existente sobre el tema muestra que, por regla general, los consumidores no leen los contratos por adhesión, *vid.* RAKOFF (n. 8), p. 1.179.

⁶⁷ El modelo de racionalidad utilizado por el análisis económico del derecho ha sido intensamente debatido. Siguiendo a Hillman y Rachlinski –*vid.* HILLMAN, R. & RACHLINSKI, J., “Standard-Form Contracting in the Electronic Age”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID287819_code011024510.pdf?abstractid=287819, visitado el 3 de marzo de 2002, pp. 22-25. –En lo que sigue omito la citación interna de los autores donde acompañan información empírica sobre cada uno de estos problemas–. Puede afirmarse que los consumidores enfrentan cuatro tipos de problemas en este ámbito. PRIMERO, tiene que ver con lo que se denomina *racionalidad limitada* (bounded rationality). En forma sumaria la racionalidad limitada significa que los seres humanos disponen únicamente de capacidades computacionales limitadas y una memoria seriamente defectuosa. Un ejemplo de lo anterior, sugerido por Tversky y Kahneman, es que la gente tiende a concluir que los accidentes de automóviles son mucho más frecuentes de lo que en realidad son si es que han presenciado uno recientemente, citado en JOLLS, SUNSTEIN & THALLER, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, en SUNSTEIN, C. (ed), *Behavioral Law & Economics*, New York, Cambridge University Press, 2000, pp. 14-15. Un análisis más detallado de las limitaciones a la racionalidad del modelo económico neoclásico en el caso de los consumidores puede encontrarse en HANSON, J. & KY SAR, D., “Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation”, N.Y. Univ. L. Rev. 74, 630), que determinaría que los consumidores rara vez acumulen toda la información necesaria. Esto incidiría, por ejemplo, en que no se detengan sobre la distribución

no invierten una suma que les permita conocer TODA la información relativa al negocio⁶⁸, sino, únicamente, aquélla que consideran estrictamente necesaria para dicho negocio. Lo que interesa advertir aquí es que, por regla general, la cantidad de recursos que deberían invertir los consumidores en leer y comprender los términos de un contrato por adhesión es superior al beneficio que éste les produce. En las siguientes líneas explico por qué⁶⁹.

Para Hillman y Rachlinski, los consumidores incurren en costos en el monitoreo del lenguaje de los contratos por adhesión y la reputación de la firma. Si estos costos son altos el beneficio probable del contrato no los compensa, aún cuando la carencia de este tipo de información pueda derivar en la explotación del consumidor. ¿Qué circunstancias determinan la racionalidad de prescindir de esta lectura? Estos autores identifican los siguientes siete factores:

- 1) *El lenguaje de este tipo de acuerdos resulta difícil de entender para el consumidor.* Existe suficiente bibliografía para acreditar que los contratos por adhesión

de los riesgos remotos en un contrato por adhesión. SEGUNDO, señalan estos autores, las personas suelen tener dificultades en tomar aquellas decisiones que involucran la consideración de un número amplio de factores. Atendido lo anterior, enfrentado a un contrato que involucra una pluralidad de factores, el consumidor tenderá a concentrarse únicamente en algunos de ellos, probablemente los más evidentes como el precio o el número de cuotas en que puede ser pagado dicho precio, dejando los demás de lado. TERCERO, basados en estudios empíricos, algunos sicólogos sostienen que las personas suelen hacer inferencias consistentes con aquello que desean creer, interpretando información ambigua de manera que se acomode a sus creencias y deseos. Este fenómeno, una especie de disonancia cognitiva, puede implicar que los consumidores no consideren cierta información –respecto, por ejemplo, a la distribución de riesgos realizada a través del contrato–, pues ésta tiende a desacreditar la decisión original del consumidor de comprar el producto (sobre la disonancia cognitiva en estas materias *vide* AKERLOF, G. & DICKENS, W., “The Economic Consequences of Cognitive Dissonance”, en HANSON & KYSAR, *op. cit.*, p. 699). FINALMENTE, existe alguna evidencia respecto a que los sujetos tienden a subestimar los riesgos que ellos mismos toman. En el problema que ocupa estas líneas, esto significaría que los sujetos tienden a sobrestimar su capacidad de evaluar los riesgos incluidos en este tipo de acuerdos. En este sentido, y referente a la responsabilidad por productos defectuosos, Calabresi ha expuesto este argumento en la siguiente forma: “(A)ún cuando los individuos contarán con los datos necesarios para evaluar el riesgo [de un producto], serían incapaces, psicológicamente, de hacerlo. Se afirma que la gente no suele apreciar, racionalmente, la probabilidad de morir o la de sufrir un accidente grave. Estas cosas les ocurren a los demás –pensamos–; y no hay forma que nos persuadan de que también pueden sucedernos a nosotros por muchas estadísticas que nos muestren. (CALABRESI, G. *El costo de los accidentes*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1984, p. 71).

En el mismo sentido *vide* PRENTICE, R. & ROSZKOWSKY, M., “Tort Reform” and the Liability “Revolution”: Defending Strict Liability in Tort for Defective Products”, en HANSON & KYSAR, *op. cit.*, p. 697 y ss.

⁶⁸ Como resulta evidente, la acumulación total de información produciría algo similar a la Biblioteca de Babel que Borges alguna vez imaginó.

⁶⁹ En esta explicación utilizo el modelo de HILLMAN y RACHLINSKI (n. 67), pp. 16-26.

suelen ser prolíficos en terminología legalista, compleja de entender para el consumidor normal⁷⁰. Dos inquietudes surgen de este factor: la primera refiere a quienes ofrecen el bien o servicio y la segunda, a quienes lo adquieren. En el caso de los primeros, la pregunta es, ¿por qué incorporan este tipo de lenguaje a sus acuerdos? y, en el caso de los segundos, ¿por qué firman estos acuerdos aun cuando son incapaces de entender sus términos?

Respecto a la primera pregunta pueden ensayarse dos tipos de respuestas: la primera tiene que ver con la idea de que desde una perspectiva económica el contrato es un mecanismo para distribuir riesgos, algunos de ellos serán soportados por el consumidor y otros por el proveedor. La utilización de un lenguaje altamente abstracto y plagado de terminología legal puede constituir un intento por reducir la inevitable vaguedad y ambigüedad de los lenguajes naturales⁷¹, disminuyendo las distancias entre la voluntad plasmada en el contenido prescriptivo del contrato y la interpretación de este último llevada a cabo por el juez. Desdichadamente, mientras este tránsito puede resultar provechoso para los abogados que litiguen el caso y los jueces que lo resuelven, tiende a oscurecer el significado de las palabras para los consumidores.

130

Todavía es posible una segunda razón, menos inocente que la primera. En el primer caso, la incomprensión del consumidor es algo irrelevante para el oferente, probablemente, sin embargo, que no lo sea. Puede ser el caso que la utilización excesiva de tecnicismos constituya una forma de ocultar términos que, de conocerlos, el consumidor no estaría dispuesto a aceptar. Esta razón se encuentra relativamente próxima a lo que Rakoff denomina la *tentación del redactor*⁷².

Ya se ha advertido que los contratos en general son un mecanismo para distribuir riesgos, los contratos por adhesión, no constituyen una excepción a esto. El argumento que adelanta Rakoff presume que los contratos

⁷⁰ Vide, por ejemplo, DE CASTRO Y BRAVO (n. 6) p. 19; RAKOFF (n. 8), p. 1.205; REZZONICO (n. 35) p. 65; KENNEDY, D., "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law", vide CRASWELL & SCHWARTZ (n. 13). p. 315; TAPIA y VALDIVIA (n. 37), p. 69. Refiriéndose a este fenómeno, Berlioz ha señalado que los contratos por adhesión se transforman en "una masa tipográfica espesa, viscosa y gelatinosa de ardua lectura", en REZZONICO (n. 35), p. 60).

Además de la terminología legalista compleja, otros medios similares para dificultar la lectura del consumidor son largas series de excepciones y contraexcepciones; referencias a reglas legales que, por su vaguedad impidan al consumidor comprender su sentido y remisiones a textos que no se entregan o ponen a disposición del consumidor en el acto, vide TAPIA y VALDIVIA (n. 37), p. 72. Citación interna omitida.

⁷¹ Sobre esto puede consultarse CARRIÓ, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3ª ed. aumentada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 28 y ss.

⁷² RAKOFF (n. 8), p. 1.205.

por adhesión son redactados por abogados contratados por el oferente⁷³. Este autor sugiere que:

“la meta del redactor profesional [el abogado] es proteger a su cliente tanto como sea posible de obligaciones que lo vinculen legalmente, incluyendo aquellas relacionadas a riesgos que el oferente (*businessman*) podría estar dispuesto a aceptar. En este proceso, la tentación y, de hecho el arte, es redactar en los márgenes de lo permitido por la ley más que únicamente alterar aquellas características del trasfondo legal que debieran ser modificadas atendidas las características de la actividad comercial⁷⁴.

En cualquier caso –sea que el objetivo fuere evitar la vaguedad y ambigüedad o, bien, ocultar ciertas cláusulas–, para el consumidor el resultado es exactamente el mismo, aunque tome algo de su tiempo y lo dedique a leer el contrato, no será capaz de entenderlo. Esto debería llevarnos a la siguiente pregunta ¿por qué entonces el consumidor acepta la celebración de este tipo de contratos?

La respuesta involucra varias razones que detallo más adelante⁷⁵. Una primera aproximación, sin embargo, puede ser realizada sirviéndose del análisis de Duncan Kennedy, quien ha sugerido que en mercados de bienes ofrecidos bajo condiciones complejas, aun consumidores de clase media bien educados:

“(decidirían) que el riesgo de ser engañados, dañados o abusados por los vendedores es uno de los riesgos inevitables de nuestra economía, y no vale la pena invertir tiempo o dinero en el esfuerzo, evidentemente fútil, de discutir sobre el lenguaje del contrato. Es más racional simplemente ignorar los términos y confiar que ha sido redactado por un vendedor honesto quien se encuentra más interesado en construir una reputación en negociaciones justas que en extraer la máxima ganancia posible de cada transacción individual⁷⁶.

Otra explicación similar –aunque algo menos académica, pero, según me parece, acertada y complementaria de la anterior– es ofrecida por De Castro, citando a un magistrado. Para este último:

⁷³ Ésta es una suposición bastante plausible si se advierte que el oferente puede dispersar los costos del abogado –aun los de una empresa de abogados cuyos servicios sean costosos– llevándolos a precios. Por lo mismo, tiene sentido económico realizar esta inversión antes de comenzar a ofrecer el producto. *Vide*, también, ATIYAH, P., *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, Oxford University, Clarendon Law Series, 1979, pp. 12-13.

⁷⁴ RAKOFF (n. 8), p. 1.205.

⁷⁵ Y otras a las que ya me he referido. *Vide supra* nota 67.

“hay que proclamar con todo énfasis que las condiciones generales aparecen como un sistema astuto, que, aunque pueda justificarse, significa sorprender al afectado; pues quien firma una hoja de pedido se avergüenza de confesar que no entiende lo que dicen las condiciones generales; ‘no sabe que no las puede entender’; ‘cuando vamos a firmar dicha hoja de pedido, cerramos ambos ojos, firmamos y pensamos: saldrá bien’”⁷⁷.

- 2) *Letra pequeña u otros obstáculos similares que dificultan la lectura de los términos.* Una segunda forma de ocultar secciones del contenido prescriptivo del contrato por adhesión consiste en utilizar mecanismos que, al margen de la complejidad inmanente de los términos, dificulten su lectura⁷⁸. Específicamente la letra pequeña⁷⁹.

La letra pequeña constituye prácticamente una de las características definitorias de los contratos por adhesión⁸⁰. Como en el caso anterior, la letra pequeña puede cumplir dos propósitos –aunque no necesariamente ambos. Por una parte, en el caso de contratos impresos podría constituir una forma de ahorrar costos de impresión. De esta manera, es probable que si utilizo letra *arial* tamaño doce, la impresión del contrato alcance tres páginas, si opto por *times new roman* tamaño ocho, únicamente una.

⁷⁶ KENNEDY (n. 70), p. 315.

⁷⁷ Citado en DE CASTRO Y BRAVO (n. 5), p. 19, n. 22. Una explicación menos coloquial de esta confianza desmesurada podría encontrarse en la “teoría del arrepentimiento” (*regret theory*). Aplicándola, se puede sostener que los consumidores no intentarán alterar la distribución de los riesgos realizada a través de un contrato por adhesión para minimizar el arrepentimiento que luego experimentarán si advierten que la modificación resultó para ellos menos beneficiosa que la fórmula original contenida en el contrato, *vid.* KOROBKIN, R., “Behavioral Economics, Contract Formation, and Contract Law”, en SUNSTEIN (n. 67), pp. 116-143.

⁷⁸ La legibilidad de los términos es una de las objeciones más frecuentes a los contratos por adhesión. Este mecanismo de control formal de las condiciones abusivas instaurado por el *Codice Civile* de 1942. En el caso chileno, el mecanismo se encuentra recogido en el artículo 17 de la ley 19.496, que exige que los contratos por adhesión deberán estar escritos de modo legible. De la discusión parlamentaria de la ley puede advertirse con claridad que la legibilidad hacía referencia al tamaño de la letra en que debía imprimirse el contrato, *vide* TAPIA Y VALDIVIA (n. 37), p. 69.

⁷⁹ La letra pequeña, sin embargo, no es el único artificio que puede dificultar la lectura. Junto a ella es posible utilizar tinta con tonos más claros que lo normal, presentar todo el contrato en mayúsculas, esconder los términos menos beneficiosos para el consumidor en la mitad del contrato, etc. En el caso de los contratos celebrados en plataformas electrónicas se añaden otras modalidades, por ejemplo, construyendo un contrato cuyas cláusulas sean disponibles únicamente a través de vínculos o, bien, simplemente, escondiendo en la pantalla los términos del contrato. Estos dos mecanismos llevaron al juez de un tribunal distrital de Nueva York a declarar que no existía contrato cuando el proveedor se servía de estos dos mecanismos, *vid Specht v. Nescape Communications Corporation* [150 F. Supp. 2d S.D.N.Y. 2001].

⁸⁰ *Vide* REZZÓNICO (n. 35), p. 60.

La segunda razón no tiene que ver con los costos de impresión y distribución de la forma impresa del contrato, sino, más bien, con dificultar al consumidor la lectura de ciertas cláusulas que le resultan más gravosas que aquellas escritas con una letra más amplia⁸¹.

3. *Tiempo limitado*. El tercer factor que atenta contra una cuidadosa lectura de los términos del acuerdo es el hecho que, frecuentemente, el consumidor dispone de un período de tiempo escaso para leer los términos del contrato que luego deberá firmar. Como advierten Hillman y Rachlinski, el oferente puede aprovecharse de esta situación. De este modo, los contratos por adhesión frecuentemente serán presentados al consumidor en momentos que tornan su lectura incómoda –por ejemplo, cuando existen otros consumidores que también desean firmar el acuerdo y deben esperar la lectura de este primer consumidor. Por otra parte, para un consumidor desprevenido, la lectura puede significar una muestra de desconfianza hacia quien, amablemente, le ofrece la celebración del contrato⁸².
4. *El agente carece de la autoridad necesaria para negociar los términos del acuerdo*. Aun cuando el consumidor hubiese leído y entendido los términos del contrato por adhesión y deseara negociar la modificación de algunas de sus cláusulas, su contraparte carece de la autoridad para efectuar dichos cambios. Esta carencia de poder constituye una característica casi ubicua en los contratos por adhesión celebrados con grandes empresas.

Como ya ha sido advertido, los contratos por adhesión cumplen, en términos gruesos, con dos funciones, la primera es disminuir los costos de transacción envueltos en la negociación con el cliente y, la segunda, refiere a optimizar la administración de una unidad económica –la empresa– jerárquica e internamente segmentada. La carencia de poder negociador de los vendedores se encuentra relacionada con este último⁸³.

5. *El contrato cubre riesgos de ocurrencia improbable*. Según Hillman y Rachlinski los consumidores creen entender la mayoría de los términos relevantes del acuerdo –como el precio y la calidad del producto– y consideran que el resto del contrato únicamente asigna la distribución de riesgos de ocurrencia improbable que, por lo mismo, no ameritan su atención. Este factor puede ser comprendido con mayor sencillez si se recuerda la propensión de los sujetos a subestimar los riesgos adversos cuando son voluntariamente asumidos⁸⁴.

⁸¹ En el caso *Henningsen*, por ejemplo, buena parte de la letra del anverso de la página que lo contenía se encontraba en tamaño doce. Únicamente dos párrafos se encontraban en letra tamaño seis con un interlineado notablemente más apretado que el resto. Éstos eran los párrafos que señalaban, entre otras cosas, la exclusión de otras garantías distintas a las contenidas explícitamente en el contrato.

⁸² HILLMAN y RACHLINSKI. (n. 67), p. 19

⁸³ *Vide supra* II.

⁸⁴ Esta subestimación de los riesgos adversos también recibe el nombre confianza excesiva (*overconfidence*) u optimismo irreal (*unrealistic optimism*). Según señalan Hanson y Kysar: “existe

En adición a lo anterior, el consumidor puede pensar que, aun respecto de los riesgos de ocurrencia improbable, los oferentes no tomarán el riesgo de asignarlos en forma abusiva al cliente, pues la reputación es parte significativa de los activos de una empresa⁸⁵.

6. *Todos los oferentes utilizan las mismas cláusulas.* Los términos utilizados en los contratos por adhesión tienden a ser similares al interior de un mismo rubro⁸⁶. Si las cosas son así, no existen muchos incentivos para que los consumidores gasten demasiado de su tiempo leyendo distintos contratos por adhesión en búsqueda de los términos más satisfactorios. Sobre esto mismo, existe alguna evidencia respecto a que los consumidores consideran que los términos incorporados en los contratos por adhesión no son algo que deba preocuparles mayormente. Lo anterior, toda vez que este tipo de cláusulas reflejaría “un problema de prácticas consuetudinarias (*customary practices*) al interior de un cierto rubro más que el intento de una empresa determinada por explotar a sus clientes”⁸⁷. De esta manera, este tipo de términos reflejaría el intento de un cierto rubro de empresas por alcanzar la mejor distribución de los riesgos contractuales. Sin embargo, sólo es correcto si los oferentes participan en la redacción de los contratos. Si esta redacción queda exclusivamente en poder de los abogados del oferente es poco probable que los términos del contrato reflejen esta “sabiduría social.” Los incentivos de los abogados son proteger a su cliente desplazando todos los riesgos hacia los consumidores⁸⁸.
7. *Inexigibilidad de los términos abusivos por parte de los tribunales.* Finalmente, una última razón que explicaría la racionalidad de los consumidores cuando optan por no leer las cláusulas de los contratos por adhesión es que éstos podrían asumir que los tribunales no harán exigibles los términos excesivamente abusivos al interior de un contrato por adhesión.

una evidencia creciente que somos cándidos y obstinadamente optimistas, sin perjuicio de los bien informados que estemos. Por ejemplo, los entrevistados en un estudio, aunque estimaron correctamente que el 50% de las parejas americanas terminaban en divorcio, calculaban su propio riesgo de divorcio en cero”, HANSON y KYSAR (n. 67), p. 655.

⁸⁵ Vide HILLMAN y RACHLINSKI (n. 67), p. 18.

⁸⁶ *Vid., op. cit.*, p. 17.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Vide REZZÓNICO (n. 35), p. 65 y ATIYAH (n. 73), pp. 12-13.

CUADRO 1
FACTORES QUE EXPLICAN LA RACIONALIDAD DE NO LEER EL CONTRATO

<i>Factor</i>	<i>Descripción Factor</i>
Racionalidad 1	Dificultad de comprender el lenguaje
Racionalidad 2	Dificultad en la comprensión de los términos (letra pequeña y otros)
Racionalidad 3	Limitación de tiempo del consumidor para leer los términos del contrato
Racionalidad 4	Los agentes carecen de la facultad de negociar
Racionalidad 5	Los contratos cubren eventos improbables
Racionalidad 6	Los competidores utilizan el mismo lenguaje
Racionalidad 7	Los consumidores asumen que los tribunales no harán exigibles los términos injustos

Según lo expuesto, un mercado con pluralidad de oferentes, parece no constituir una defensa efectiva frente a la incorporación de cláusulas abusivas. Por el contrario, un mercado con pluralidad de oferentes y con fallas de información constituye un escenario donde, en principio, la mejor alternativa del oferente es incorporar este tipo de cláusulas. Reviso esto en la sección siguiente.

135

3.3. El mercado de los limones: el problema de la información desde el lado del oferente⁸⁹

Si se acepta que, por regla general, los consumidores no resultan capaces de discriminar los contratos por adhesión según el contenido de sus cláusulas, parece más o menos evidente que un mercado competitivo no implica necesariamente la desaparición de las cláusulas abusivas⁹⁰. Lo que se trata de sostener ahora –y esto parece más desafiante que lo anterior– es que bajo ciertas condiciones un mercado competitivo DETERMINA la existencia de cláusulas abusivas. Esta afirmación puede ser explicada recurriendo al conocido ejemplo de los restaurantes⁹¹.

⁸⁹ Vide AKERLOFF, G., “The Market for Lemmons, Qualitative, Uncertainty and the Market Mechanism”, en *Quarterly Journal of Economics*, 1970. p. 488 y ss. Akerloff utiliza la expresión limón para referirse al mercado de los automóviles usados en los Estados Unidos. Un limón es un producto de pésima calidad, apenas adecuado para el consumo (quizás la traducción más exacta al español sea “cacharro”, como lo ha hecho en su traducción de este texto Fernández [vide FERNÁNDEZ J., “El mercado de los ‘cacharros’: incertidumbre cualitativa y el mecanismo de mercado”, en AHIJADO, M. y FERNÁNDEZ, J., *Lecturas de microeconomía y economía industrial*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1998] (Agradezco esta información y la bibliografía a Rafael Mery). Según la teoría económica más tradicional dichos limones no podrían ser introducidos en mercados competitivos, vide SCHÄFFER y OTT (n. 17), p. 313.

⁹⁰ O, utilizando la terminología de Akerloff, de los limones.

⁹¹ Vide SCHÄFFER y OTT (n. 17), pp. 313-314.

Existen en la plaza de un pueblo diez restaurantes. El propietario de uno de ellos decide bajar la calidad –y, por lo tanto, los costos– de sus productos, manteniendo los precios. Si los clientes que frecuentan dicho local son originarios del pueblo, el aumento en las utilidades que obtendrá de la diferencia entre el costo de los insumos y el precio de los productos pronto se transformará en pérdida. Existiendo bienes sustitutos –los otros restaurantes– los clientes se volverán hacia aquéllos que posean una relación calidad/precio superior a la de éste.

Conviene advertir que para que las cosas funcionen de esta manera se requieren, al menos, dos condiciones, a saber:

1. Que existan bienes sustitutos y
2. Que los clientes sean “jugadores frecuentes” (*repeated players*). Sobre esta segunda condición se detiene el análisis de Akerloff. Para entender su importancia puede utilizarse el mismo ejemplo variando únicamente el carácter de los clientes, esto es, asumiendo que los clientes demandan únicamente una vez el servicio como, por ejemplo, en el caso que se trate de un lugar de peregrinación al que los sujetos suelen ir una única vez.

A diferencia del caso anterior, si el dueño del restaurante decide bajar la calidad de su servicio, lo más probable es que no reciba sanción. Lo anterior porque la sanción es ejecutada por los mismos clientes que se abstendrán de concurrir nuevamente al establecimiento. Si cada cliente concurre únicamente una vez no existe forma de sancionar –al menos utilizando el sistema de precios– al proveedor de “limones”.

La explicación de lo anterior tiene que ver con los costos de la información de los clientes. Quienes pagan por el servicio una sola vez no poseen incentivos para discriminar la oferta sobre la base de la calidad del producto. Lo más probable en el caso del restaurante ubicado en un sitio de peregrinaciones es que la discriminación sea función únicamente del precio del producto.

Si lo anterior es correcto, de ahí se sigue que en un mercado competitivo donde los costos de información acerca de la calidad del producto sean elevados los proveedores intenten diferenciar sus productos recurriendo únicamente al precio, pues esto sí puede ser comparado por los clientes. Como han señalado Schäfer y Ott, en dicho mercado:

“(l)a única posibilidad de sobrevivir consiste en rebajar la calidad. Los malos productos empujan en mayor medida fuera del mercado a los buenos. Con el empeoramiento de la calidad llevada a cabo por aquellos que en otras circunstancias habrían ofrecido mercancías de calidad, baja la calidad media de los productos. Esto vuelve a influir negativamente sobre las expectativas de los compradores, que hacen depender sobre la calidad media sus ideas sobre la calidad de las informaciones asequibles. Esta calidad decreciente produce, además, la consecuencia

de que aquéllos que ofrezcan la calidad relativamente más alta se vean obligados a reducirla para seguir siendo competitivos. Pero esto influye nuevamente sobre la calidad media y así sucesivamente. Por eso se llega a un proceso progresivo del tipo siguiente: al principio los productos son buenos, después aparecen algunos productos de calidad media. Éstos se propagan rápidamente, superando a los buenos. Después aparecen algunos productos malos, que por los motivos citados se vuelven a propagar velozmente, hasta que también los productos de calidad media desaparecen, de tal forma, al final solo quedan los peores”⁹².

El caso de los contratos por adhesión presenta algunas similitudes con el segundo escenario, aquél en que el oferente no recibe sanciones por la disminución de la calidad del producto⁹³. La idea aquí es que en un mercado suficientemente atomizado, el oferente no encuentra amenazada su reputación por la incorporación de cláusulas abusivas en sus contratos⁹⁴. Los consumidores que se vean afectados por ellas carecen de incentivos para informar de esta situación a otros potenciales consumidores, impidiendo, de esta manera, que el sistema de precios sancione al contratante abusivo. Como señala Ballesteros:

“(N)ingún adquirente individual encuentra interés económico alguno en molestarse en realizar tal labor informativa ni existe una conciencia de clase que le impulse a ello, como tampoco tiene la expectativa de que vaya a verse favorecido en el futuro, respecto de otra adquisición, por una actitud en tal sentido adoptada por otros contratantes en igual situación⁹⁵.

137

Si lo anterior es correcto, de allí se sigue que el movimiento natural en un mercado competitivo y suficientemente, atomizado, cuyos bienes y servicios se transen a través de contratos por adhesión, es hacia la disminución de la calidad de sus cláusulas. Lo anterior porque en la medida que se traspasen riesgos hacia el consumidor, el oferente logra disminuir el precio explícito del

⁹² SCHÄFFER y OTT (n. 17), p. 314.

⁹³ En este caso el producto serían las cláusulas del contrato.

⁹⁴ Aquí conviene advertir que, si la reputación del proveedor pudiese verse afectada, dos obstáculos se interponen entre esta mala reputación y el consumidor. En primer lugar, monitorear la reputación de los proveedores posee costos para el consumidor que no siempre estará dispuesto a asumir. En segundo lugar, el proveedor puede intentar manipular las percepciones de los consumidores sobre la reputación de la empresa a través del uso de la publicidad. Aunque el argumento parezca peligrosamente paternalista, existe alguna evidencia empírica sobre esto, *vide* HANSON y KYSAR (n. 67), pp. 1.439-1.450.

⁹⁵ BALLESTEROS (n. 9), p. 226-227.

producto⁹⁶. En un mercado donde los costos de adquirir y procesar la información respecto al contenido prescriptivo del contrato son altos, la discriminación debería operar utilizando básicamente el precio nominal de los bienes y servicios; éste es el mercado de los limones.

¡Vendo limones! Probablemente lo anterior termine de aclararse con un ejemplo⁹⁷. Imagine que una tienda por departamentos (A) vende juegos de comedor en \$150.000, pagaderos en cuotas, sin imponer condiciones abusivas a sus contratantes. El costo de los juegos de comedor no solamente refleja el costo marginal de producción de los bienes sino, además, una pequeña cantidad –digamos \$10.000– que corresponden a las pérdidas generadas por incumplimiento contractual. En ese escenario, una segunda tienda por departamentos (B) vende exactamente los mismos juegos, pero incorpora como término en el contrato una cláusula según la cual el no pago de cualquiera de las cuotas obliga al comprador a devolver el bien sin derecho de obtener la restitución de la cantidad pagada. Supondré que la incorporación de la cláusula le permite a (B) ahorrar los \$10.000 que (A) imputa a pérdidas. Pues bien, asumiendo una cierta atomización del mercado y algún grado de “invisibilidad” de la cláusula⁹⁸, tarde o temprano (A) deberá incorporar una cláusula similar, aunque los consumidores, en general, estarían mejor sin ella⁹⁹. Convendría, todavía, agregar para que (A) equipare sus condiciones con (B) debería incorporar la cláusula con el mismo nivel de invisibilidad de (B)¹⁰⁰.

Una posible objeción a todo esto podría intentarse señalando que si existe una cierta proporcionalidad entre la pérdida de calidad del contrato y la disminución del precio nominal del bien o servicio, el asunto no parece demasiado problemático; después de todo, es probable que sea más deseable obtener malos contratos a un precio bajo que contemplar desde la lejanía buenos contratos cuyos precios los tornan inaccesibles para los consumidores más modestos.

⁹⁶ Utilizo la expresión precio explícito para referirme a la cantidad de dinero que el consumidor paga por el producto.

⁹⁷ Para revisar el ejemplo original *vide* CRASWELL (n. 42), p. 92 y ss.

⁹⁸ En realidad, habría que asumir muchísimas cosas más, pero aquí únicamente se trata de ilustrar el problema, no de capturar la realidad. Confío que esto disculpe la falta de elegancia del ejemplo.

⁹⁹ Esto asumiendo que el costo esperado de la cláusula para el consumidor sea mayor que los \$10.000 que paga por evitarla

¹⁰⁰ Cercano a todo esto Hanson y Kysar han sugerido que la manipulación de los consumidores en mercados competitivos por parte de los oferentes no es simplemente una necesidad, sino un resultado inevitable de los mercados competitivos. Según estos autores las dificultades cognitivas de los consumidores presentan oportunidades de maximizar los beneficios que los proveedores deben aprovechar para mantenerse competitivos. De esta manera, el mercado, casi naturalmente, avanzará hacia un estado donde sobrevivirán únicamente las firmas que sean capaces de capitalizar las anomalías cognitivas de los consumidores, *vide* HANSON y KYSAR (n. 67), p. 726.

En principio, el argumento parece convincente, sin embargo, posee dos problemas. En primer lugar, el atractivo proviene de la estricta proporcionalidad entre la disminución de la calidad del contrato y la disminución del precio, si esta proporcionalidad no se presenta, el atractivo se pierde¹⁰¹. En segundo lugar, la validez de este argumento reposa sobre la capacidad del consumidor de advertir que la disminución del precio refleja una disminución de calidad. Si el consumidor ignora lo anterior, lo más probable es que crea estar comprando una “ganga”¹⁰². Así las cosas, la opción del consumidor por el producto no se corresponderá con sus preferencias reales, y si esto no sucede “toda la elaborada estructura de la economía de la libre empresa se cae al suelo”¹⁰³.

Dicho lo anterior, es posible sintetizar los problemas relacionados con las asimetrías informativas en los contratos por adhesión. Los escasos estudios empíricos sobre el tema muestran que los consumidores, en la mayoría de las ocasiones –y por las razones que ya se han advertido–, no leen los contratos por adhesión. Si lo anterior es correcto, resulta muy probable que las cláusulas abusivas pasen desapercibidas para éstos y, por lo tanto, los contratos que las contienen no sean discriminados sobre la base de mecanismos de mercado. En un mercado con una pluralidad de oferentes y una masa de consumidores incapaces de discriminar la misma dinámica de la competencia debería arrastrar a los proveedores a incorporarlas en sus contratos. Lo anterior porque los consumidores discriminarán sus productos basados en la información menos costosa que puedan conseguir acerca de ellos, probablemente la información menos costosa de un producto sea el precio. Si esto es correcto, la conducta más racional del proveedor en un mercado suficientemente atomizado será aumentar el número y gravedad de los riesgos que soporta el consumidor y disminuir el precio explícito del producto. El precio total del producto continúa siendo el mismo, en un caso pago menos dinero, pero asumo más riesgos, en el otro pago más dinero y asumo menos riesgos¹⁰⁴. Lo que resulta relevante es que la visibilidad de los precios totales es diversa y esta diferencia repercute sobre la percepción del consumidor quien, por lo general, preferirá un produc-

¹⁰¹ Ghestin & Marchessaux citan algunos informes en los que se señala que el argumento del precio no ha sido corroborado empíricamente y que su principal función es justificar la incorporación de cláusulas manifiestamente abusivas (citado en BALLESTEROS (n. 9), p. 2.268, n. 34).

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ ATIYAH (n. 73), p. 20. En el mismo sentido Trebilcock ha sugerido que la presunción del incremento de bienestar que obtienen los sujetos a través de la celebración de contratos se desvanece cuando una de las partes se incorpora al acuerdo involuntariamente. Una de las causas que determinaría la ausencia de voluntad sería la información imperfecta sobre aspectos esenciales del contrato, *vid.* TREBILCOCK (n. 59), p. 103).

¹⁰⁴ Esto es lo que más arriba he denominando *r* (para los riesgos) *pl* (para el precio directo del producto) y *pt* (para la sumatoria de ambos), *vide supra* n. 51.

to con un precio explícito o directo menor, ignorando la mayor asunción de riesgos.

Confío en haber allegado a estas alturas suficientes antecedentes como para dudar seriamente de que el mercado de los contratos por adhesión –por regla general al menos– sea uno que pueda ser dejado al arbitrio de la oferta y la demanda. La sola dinámica del mercado, en el caso de los contratos por adhesión, no resulta deseable sea que se los considere utilizando como eje de la discusión la autonomía personal de los contratantes o la eficiencia de las transacciones.

4. Dos objeciones y dos respuestas

La idea de la intervención estatal en el mercado, en particular cuando refiere a la regulación de contratos, suele despertar resistencias. Dos, según me parece, son los argumentos más frecuentes. La autonomía personal de los sujetos y la eficiencia que se consigue a través de los intercambios libremente consentidos. Me interesa detenerme brevemente sobre ambos. En el primer caso –la autonomía– sostendré que no existe una conexión necesaria entre la protección de la autonomía personal y la libertad contractual. Aun, cuando frecuentemente irán de la mano, existen circunstancias en que se disocian o simplemente se contraponen. Respecto de la eficiencia, me detendré en el paternalismo asimétrico, esto es, la idea que en algunos casos relativos a protección del consumidor la intervención del Estado se justifica justamente desde un cálculo de bienestar agregado.

140

1. Libertad contractual y autonomía personal

La concepción liberal del contrato suele asociarse con una concepción rígida de la libertad contractual basada en la autonomía de la voluntad¹⁰⁵. Según esta

¹⁰⁵ Aquí no intento, por supuesto, hacer una interpretación genealógica de los artículos pertinentes del *Código Civil* chileno ni del sistema del *Code* que Bello utilizó principalmente en estas materias (como insistentemente me ha hecho ver Carlos Pizarro entre otros esto sería un error). Lo que me interesa nada más es sostener que, a partir del siglo XIX, se instala vigorosamente la idea de que la obligatoriedad de los contratos reposa básicamente sobre la autonomía de la voluntad. En el caso chileno esta idea puede ser consultada en CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, tomo undécimo: De las obligaciones, p. 470 y ss.; ALESSANDRI, A., *De los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 10 y ss.; ABELIUK, R., *Las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, tomo I, p. 97 y ss.; LEÓN, A., *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. 3ª ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 56 y ss.; MEZA BARROS, R., *Manual de Derecho Civil De las obligaciones*, Santiago, Editoriales Jurídicas de Chile, 1979, pp. 17-18. Una excepción a todo esto se encuentra en López Santa María quien se ocupa de examinar con mayor atención otras explicaciones disponible sobre la fuerza obligatoria del contrato, *vide* LÓPEZ, SANTA MARÍA (n. 5), p. 267 y ss.

concepción, las obligaciones contractuales reposarían sobre la voluntad de las partes, que sería “la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce”¹⁰⁶. No obstante, y especialmente durante el siglo xx, ha existido una creciente intervención en esta libertad ya sea por razones de carácter igualitario, redistributivo, paternalista o, bien, una mezcla de todas o algunas de estas razones^{107 108}. No me interesa, sin embargo, detenerme en todas las posibles justificaciones que posea el Estado para intervenir en la libertad contractual de las partes, sino únicamente una: la autonomía personal. Bastará para efectos de este trabajo seguir el desarrollo de Kimel y advertir que la autonomía personal y la libertad contractual eventualmente pueden aparecer disociadas e incluso, en algunos casos, simplemente contrapuestas¹⁰⁹.

Como ha sugerido Raz, la principal idea detrás del ideal de la autonomía personal es que “las personas deberían realizar (*make*) sus propias vidas. La persona autónoma es (en parte) autora de su propia vida”¹¹⁰. La idea que los sujetos deben ser dueños de sus propios destinos, suele ser seguida de aquella según la cual mostrar respeto por dicha autonomía implica que el Estado no debería intervenir previniendo a los particulares de celebrar los contratos que deseen.¹¹¹ Junto a esto, el Estado debería utilizar su poder coactivo para tornar exigibles aquellos contratos legalmente celebrados, lo que Fried ha denominado “el principio de la promesa”, en términos kantianos “la voluntad obligándose a sí misma”¹¹². No mantenerse neutral ante las preferencias de los sujetos o

¹⁰⁶ LÓPEZ, SANTA MARÍA (n. 5), p. 233.

¹⁰⁷ *Vide*, por ejemplo, KRONMAN, A., “Paternalism and the Law of Contract”, 92 *Yale L.J.* 763 (1983), p. 765 y ss., refiriéndose a consideraciones de carácter eficientista y de justicia distributiva.

¹⁰⁸ No interesa aquí detenerse en una crítica general a la teoría clásica del contrato. Con todo, es posible insistir en que las intervenciones –por lo demás tempranas– al principio de la autonomía de la voluntad que soporta a esta teoría clásica tienen que ver con la dislocación del principio de autonomía de la voluntad y las funciones que socialmente está llamado a cumplir el contrato. Sobre esto pueden ser consultados ATIYAH, P., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979 y FRIEDMAN, W., *Law in a Changing Society*, 2ª ed., Londres, Penguin Books, 1972.

¹⁰⁹ *Vid.* KIMMEL, D., “Neutrality, Autonomy and Freedom of Contract”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, N° 3, 2001, pp. 473-494.

¹¹⁰ *Vid.* RAZ, J., *The morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 370.

¹¹¹ En un lenguaje hayekiano diríamos que la intervención del Estado destruiría la autonomía individual, conduciendo a los hombres fatalmente a la servidumbre.

¹¹² FRIED, Ch., *La obligación contractual. El contrato como promesa*, traducción de Pablo RUIZ TAGLE, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 34. Conviene advertir aquí que el lenguaje de Fried no resulta completamente extrapolable al de Raz. Lo anterior porque el primero parece estar refiriéndose a la *autonomía moral*, es decir, a la idea kantiana según la cual la moral está formada por un conjunto de principios autopromulgados por el sujeto, la idea de la persona como legisladora de sí misma. La idea de *autonomía personal* que utiliza Raz está referida esencialmente a la libertad de los sujetos de elegir sus propias vidas, *vid.* RAZ (n. 112), p. 370.

dejar de ejecutar sus acuerdos sería no mostrar respeto por la autonomía del sujeto¹¹³.

No obstante, la autonomía personal no justificaría cualquier manifestación de la libertad contractual. Como ha advertido Kimel¹¹⁴, la idea de autonomía no alcanza a todos los contratos. Aun despejando aquellos contratos de los cuales se derivaría daños para terceros, existen ciertos acuerdos cuyos efectos, incluso, cuando únicamente se radiquen en las partes, nos parecen suficientemente repugnantes como para privar de coactividad a sus cláusulas¹¹⁵. En segundo lugar, Kimel advierte que aun respecto de aquellos contratos que se encontrarían dentro del espectro de permisividad, no sería exacto afirmar que todos ellos constituyen el resultado de ejercicios igualmente valiosos y significativos de la autonomía personal, algunos serán más valiosos que otros y algunos, simplemente, no serán valiosos¹¹⁶.

Además de estas dos hipótesis puede afirmarse que algunas restricciones a la libertad contractual pueden fundamentarse justamente desde la protección de la autonomía personal. En este caso no se trataría simplemente, como en los anteriores, de una disociación entre autonomía de la voluntad y libertad contractual, se trataría, francamente, de una oposición entre ambas. Kimel sugiere que, en ciertos casos –específicamente el de los contratos manifiestamente injustos (*grossly* unfair)– podría utilizarse justamente la autonomía personal como argumento para limitar la libertad contractual. Para este autor, el carácter manifiestamente injusto de estos acuerdos se deriva precisamente de los efectos adversos que este tipo de acuerdos tendrían para la autonomía de las personas en el largo plazo¹¹⁷. Sostener que la autonomía personal se ve favorecida cuan-

142

¹¹³ Como ha dejado ver Raz, sin embargo, aun cuando esta neutralidad sea deseable, no siempre es posible, *vid op. cit.*, p. 110 y ss.

¹¹⁴ *Vide* KIMEL (n. 109), pp. 483-485.

¹¹⁵ El ejemplo canónico de este tipo de acuerdos es la limitación al contrato de esclavitud fundamentado en la libertad de los sujetos a que refiere Mill, *vide* MILL, J.S., *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 190.

¹¹⁶ Como ha sugerido Larenz: “(L)a autonomía privada presupone, conforme a su sentido, que al concluir contratos cada parte viene de igual modo la posibilidad de hacer valer sus objetivos y de salvaguardar sus intereses. Este presupuesto no corresponde a la realidad, por lo regular, respecto a las condiciones generales de contratación, LARENZ, Karl, *Derecho civil Parte general*, Jaen, EDERSA, 1979, p. 74.

¹¹⁷ *Vide* KIMEL (n. 109), p. 487. Cercano a este razonamiento Husak ha defendido un concepto de autonomía personal como oportunidad del agente para ejercer su capacidad de acción. Así el autor afirma: “Una persona es autónoma en este sentido en la medida en que se han eliminado todos los impedimentos para que en la oportunidad del caso pueda ejercer su libertad de acción”, citado en GARZÓN VALDÉS, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, p. 160, disponible en http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuaderno5/Doxa_5_08.pdf, visitado el 4 de noviembre de 2001.

do los sujetos pueden celebrar cualquier tipo de contrato bajo cualquier circunstancia puede ser sencillamente erróneo, como ha advertido Atiyah:

“[el argumento que] impedir a una persona, aún contra su propia voluntad, de obligarse es no mostrar respeto por su autonomía moral puede sonar bastante hueco cuando es utilizado para defender un contrato evidentemente injusto asegurado a expensas de una persona que posee escasa comprensión o habilidades negociales”¹¹⁸.

2. Razones de carácter eficientista

Nada hay de novedoso en advertir que las cláusulas abusivas son económicamente ineficientes, en verdad se trata de una tautología. Por lo mismo, no es esto lo que me interesa examinar aquí, sino una idea que me parece más sugerente, la del paternalismo asimétrico como justificación del control de algunas cláusulas abusivas¹¹⁹.

Una regulación es asimétricamente paternalista cuando genera grandes beneficios para aquellas personas que cometen errores y, a la vez, impone un costo pequeño o inexistente sobre quienes son capaces de comportarse en forma racional. El modelo de regulación asimétricamente paternalista puede ser definido formalmente de la siguiente manera:

“Suponga que en un contexto particular podemos dividir a los consumidores en dos tipos, aquellos cuya racionalidad se encuentra limitada y aquellos que son completamente racionales, y que una fracción p de los consumidores cae en la primera categoría. Suponga, además, una medida de carácter paternalista diseñada para evitar los errores de aquellos consumidores cuya racionalidad se encuentra limitada, pero que al hacerlo puede imponer costos sobre los consumidores completamente racionales. B denotará los beneficios netos de los agentes cuya racionalidad se encuentra limitada y C los costos netos para los agentes racionales. La medida también poseerá costos de implementación, los cuales serán denotados por I (si los burócratas diseñan o implementan la medida incorrectamente debido a su propia racionalidad limitada o debido a la captura regulatoria¹²⁰, entonces I será mayor.) Finalmente, la medida

¹¹⁸ Citado en KIMEL (n. 109), p. 486.

¹¹⁹ Tomo la idea y el desarrollo del paternalismo asimétrico del trabajo de CAMERER C., *et al*, “Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for «Asymmetric Paternalism””, disponible en <http://people.cornell.edu/pages/edo1/paternal.PDF>, visitado el 4 de agosto de 2002.

¹²⁰ Como se sabe, la captura regulatoria (*regulatory capture*) es un fenómeno que se presenta cuando las regulaciones supuestamente establecidas a favor del interés general sirven realmente los intereses de los sujetos regulados por ellas.

podría alterar las ganancias de las empresas, lo cual denotamos con β .

La medida propuesta genera beneficios netos si

$$p * B - (1-p) * C - I + \beta p > 0^{121}.$$

Lo que torna atractivo el paternalismo asimétrico es que resulta aceptable, incluso para quienes piensan que los seres humanos, por lo general, se comportan racionalmente y, por lo tanto, la regulación de su conducta debe ser mínima¹²², de ahí su otro nombre “paternalismo para conservadores”¹²³.

Como advierten los autores de esta idea, uno de los problemas más evidentes del modelo son las ganancias de las empresas. Éstas obtienen beneficios –intencionalmente o no– de los errores de los consumidores, si se utilizan medidas paternalistas para proteger a los consumidores –por ejemplo, prohibir ciertas cláusulas– esa ganancia se perderá. La respuesta a esta objeción es que, asumiendo estos costos, la mejora en las condiciones de contratación para los consumidores que experimenten algún tipo de limitación en su racionalidad producirá un aumento en la eficiencia económica neta, si ésta se mide como la suma de los excedentes de consumidores y productores¹²⁴. Probablemente un ejemplo ayude a clarificar todo lo anterior¹²⁵.

El período de espera (*Cooling off period*)

144 En términos generales, el período de espera puede asumir dos formas, el período de espera propiamente tal y el derecho de retracto. El primero opera, por ejemplo, en aquellas legislaciones que exigen un cierto transcurso de tiempo antes de permitir a una pareja casarse o divorciarse. El segundo consiste en decisiones que pueden ser tomadas y hechas efectivas inmediatamente, pero que pueden ser revertidas por la sola voluntad de quien las tomó. La idea que subyace tras ambas especies de período de espera es paternalista y, en pocas palabras, es que las personas no siempre toman las mejores decisiones para sí y que, por lo mismo, a veces resulta beneficioso exigirles el transcurso de un plazo para que lo piensen con mayor cuidado o, bien, permitirles desvincularse de las decisiones ya tomadas.

En el caso del derecho de retracto parecen existir beneficios para quienes poseen algún tipo de racionalidad limitada¹²⁶ y advierten únicamente después

¹²¹ CAMERER *et al.* (n. 119), p. 7.

¹²² Probablemente los ejemplos más conspicuos aquí sean Robert Nozick en filosofía y Richard Posner en derecho.

¹²³ *Vide* CAMERER *et al.* (n. 119), p. 9.

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 8.

¹²⁵ El ejemplo está tomado de CAMERER *et al.* (n. 119), p. 23 y ss.

¹²⁶ Utilizo la expresión racionalidad limitada para identificar aquellas personas que “carecen de la capacidad de evaluar críticamente sus propios intereses y deseos”, *vide* KRONMAN (n. 107), p. 789.

de que la transacción ha sido realizada que las cuotas del automóvil son demasiado costosas; que en verdad no requieren de un televisor *home theater*, que el descuento adosado a la enciclopedia X no aligera sustancialmente el pago de cuotas por tres años, etc. En segundo lugar, esta medida –el derecho de retracto– tampoco parece imponer costos sustantivos sobre los consumidores racionales, éstos podrán comprar los productos en condiciones similares a las anteriores, a la medida¹²⁷. Suponiendo que los costos de implementación sean bajos, queda todavía revisar la situación de las empresas. Es probable que las empresas reduzcan sus utilidades, al menos en aquella proporción que derivaba del tipo de transacciones que serán revertidas a través de la aplicación del derecho de retracto, pero, a la vez, es posible que la sociedad, en su conjunto, esté mejor sin ese tipo de transacciones.

Como advierten Camerer *et al.*, la no existencia de un derecho de retracto genera incentivos para que los proveedores generen las condiciones en que los consumidores realizarán irreflexivamente este tipo de negocios¹²⁸. Si existe el derecho de retracto lo más probable es que un número significativo de consumidores dejará sin efecto este tipo de negocios; si así sucede –en particular si la rescisión del negocio genera costos para el proveedor– los incentivos del proveedor deberían determinar que éste buscará asegurarse que la sensación de bienestar del consumidor frente a la celebración del negocio no se esfume una vez que el consumidor vuelva a su casa. En otras palabras, el proveedor buscará que el consumidor obtenga lo que realmente cree haber obtenido a través del contrato.

145

Tanto la autonomía personal del consumidor como el incremento de la eficiencia económica son argumentos conceptualmente complejos y, me parece, algo vacíos cuando se presentan sin estudios que les den plausibilidad empírica. Con todo, me interesaba examinarlos brevemente para advertir que, al menos resulta discutible que únicamente sirvan para apoyar el retraimiento del Estado en este tipo de materias, en verdad, bien pueden ser utilizados para argumentar exactamente lo contrario.

La conclusión más obvia de todo lo que ha sido dicho es que los mercados, monopólicos o competitivos, no aseguran un control satisfactorio de las cláusulas abusivas en transacciones donde concurren consumidores finales y pro-

¹²⁷ Con todo, es posible que experimenten un alza en el precio de los productos. Sin embargo, es probable que esta alza sea menor al beneficio que ganan los consumidores cuya racionalidad se encuentra limitada.

¹²⁸ Quizá el ejemplo más claro de esto sean las ventas de “tiempos compartidos”.

veedores. Por lo mismo, resulta deseable algún tipo de intervención estatal. La pregunta, sin embargo, es, ¿cuál?

Si se acepta que el principal problema en el caso de las cláusulas abusivas se encuentra en las asimetrías informativas entre proveedor y consumidor, resulta tentador pensar que la solución debiese ir encaminada a suprimir este tipo de asimetrías, obligando, por ejemplo, a los proveedores a revelar en forma conspicua la información a los consumidores. El problema que posee esta fórmula es que no resulta tan obvio que deseemos que los proveedores o sus vendedores expliquen cada una de las cláusulas de un contrato por adhesión a cada uno de sus clientes. Como ha advertido Craswell, si se tratase de un contrato extenso y complejo (uno de seguros, por ejemplo) su explicación podría tomar alrededor de dos o tres días. Por lo tanto, resulta poco probable que un consumidor estuviese dispuesto a soportar la explicación¹²⁹. De esto, por supuesto, no se deriva que ninguno de los problemas que presentan las cláusulas abusivas pueda enfrentarse a través de la provisión de información en forma suficientemente conspicua a los clientes, se sigue, más bien, que dicha solución no resulta suficiente.

146

Una segunda posibilidad, más tentadora a mi juicio, es la incorporación de controles administrativos preventivos de los contratos por adhesión¹³⁰ y catálogos de cláusulas abusivas que contengan normas generales que permitan a los jueces examinar, y eventualmente modificar, el contenido de los contratos por adhesión utilizando el principio de la buena fe contractual¹³¹. En definitiva, se trata de respaldar una intervención más vigorosa de la administración en la fisonomía de este tipo de negocios.

El principal atractivo de esta solución reside en que la intervención estatal —sea que ésta opere a través del legislador, un órgano administrativo o la judicatura— permite, en su mejor versión, una protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas que el mercado parece incapaz de proporcionar.

Esta conclusión, sin embargo, tiende a oscurecer una segunda idea que resulta útil mantener a la vista cuando se regulan las cláusulas abusivas; cual es que los sistemas legales también poseen fallas. En el caso de las cláusulas

¹²⁹ Vide CRASWELL, R. “Remedies when Contracts Lack Consent: Autonomy and Institutional Competence”, p. 221, disponible en <http://www.yorku.ca/ohlj/PDFs/33.2/craswell.pdf>, visitado el 11 de noviembre de 2002.

¹³⁰ El control administrativo, utilizado, por ejemplo, en Francia, puede asumir diversas formas, desde la dictación de reglamentos u otros cuerpos normativos similares que regulen ciertas áreas en que la contratación por adhesión es frecuente hasta la imposición del contenido prescriptivo de ciertos negocios. En todos estos casos la Administración actúa utilizando su poder reglamentario derivado de una delegación legislativa, *vide* DE CASTRO Y BRAVO (n. 6), p. 205 y ss.

¹³¹ Sobre esto último puede consultarse PIZARRO WILSON (n. 41), p. 176 y ss.

abusivas puede presentarse un problema de falta de “competencia institucional”¹³² por parte de los cuerpos legislativos o de los tribunales. De esta manera, como ha sugerido Craswell, el riesgo es que al intervenir el mercado en busca de mayor eficiencia la regulación estatal termine disminuyendo la eficiencia. En palabras de este autor:

“aún cuando estemos bastante seguros que el mercado no esté funcionando perfectamente, su funcionamiento solamente puede ser mejorado si el Poder Legislativo o los tribunales son capaces de prohibir las cláusulas ineficientes sin prohibir al mismo tiempo aquellas que son eficientes. Esto requiere que los tribunales sean capaces de determinar cuándo una cláusula es ineficiente y cuando no. El problema es que el análisis directo de la eficiencia de cualquier cláusula será las más de las veces muy dificultoso y los tribunales (u otras instituciones legales) pueden no ser especialmente buenos en esta tarea”¹³³.

De esto el autor deriva la siguiente conclusión: cuando pensamos en el control de este tipo de cláusulas la comparación adecuada no es entre un mercado que funciona imperfectamente y un sistema legal que funciona con fallas, sino entre mercados y sistemas legales que funcionan cada uno con sus propios defectos¹³⁴.

No basta con examinar las fallas del mercado en la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, resta todavía revisar que sucede con ellas en entornos que posean una regulación vigorosa y examinar esta vez las fallas del sistema legal.

¹³² El término es utilizado por Craswell para referirse a “la competencia de los tribunales (o de cualquiera otra institución) para evaluar la sustancia de una transacción en un esfuerzo de decidir si los términos substantivos son razonables o no”, CRASWELL (n. 131), p. 221.

¹³³ *Op. cit.* (n. 42), pp. 96-97.

¹³⁴ *Op. cit.* p. 97.