



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

revderprivado@uexternado.edu.co

Universidad Externado de Colombia

Colombia

Cofone, Ignacio N.

El sistema de incentivos en los contratos de adhesión

Revista de Derecho Privado, núm. 29, julio-diciembre, 2015, pp. 101-111

Universidad Externado de Colombia

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417543062005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El sistema de incentivos en los contratos de adhesión*

IGNACIO N. COFONE**

RESUMEN: El artículo evalúa las objeciones tradicionales a los contratos de adhesión que se basan en conceptos de microeconomía e identifica cuáles son las diferencias que estos contratos presentan respecto de otros desde un punto de vista económico. Los problemas señalados son selección adversa y problemas de red, los cuales pueden motivar una regulación distinta para estos contratos respecto del modo en el que los sistemas legales regulan los contratos en general. El artículo, luego, evalúa las respuestas regulatorias actuales y presenta posibles soluciones para sobrellevar o aminorar dichos problemas sin perder las ventajas que estos contratos implican.

PALABRAS CLAVE: contratos de adhesión, contratos de cláusulas predispuestas, análisis económico del derecho, selección adversa, efectos de red.

* Fecha de recepción: 1 de mayo de 2015. Fecha de aceptación: 31 de agosto de 2015.
Para citar el artículo: I. COFONE, "El sistema de incentivos en los contratos de adhesión", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 29, julio-diciembre de 2015, pp. 101-111. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.05>

El autor agradece a Tomás Fuentes Benítez, Sergio Giuliano y Gisela Ruhl los comentarios realizados sobre el manuscrito de este trabajo.

** Abogado (Universidad Austral), LL.M. (Universidad de Hamburgo), máster en Derecho y Economía (Universidad de Bolonia). Investigador en la Universidad de Rotterdam (Holanda) y profesor en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Contacto: cofone@law.eur.nl / ignaciocofone@derecho.uba.ar

Incentives in standard form contracts

ABSTRACT: This article reevaluates the traditional objections against standard form contracts that are based on microeconomics concepts and identifies the relevant differences that these contracts present when compared to others from an economic point of view. The identified differences are ‘adverse selection’ and ‘network effects’, which can prompt a different regulation for this type of contract with regards to the way in which legal systems regulate contracts in general. This article then evaluates current regulatory responses and presents possible solutions to solve or at least reduce these problems without foregoing the advantages that these contracts imply.

KEYWORDS: Standard form contracts, law and economics, adverse selection, network effects.

SUMARIO: Introducción. I. Objeciones actuales. A. Poder de mercado. B. Problemas de información. II. Dos dificultades adicionales. A. Selección adversa. B. Externalidades de red. III. Potenciales soluciones. A. Regulaciones actuales. B. Aproximaciones desde la teoría contractual. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Los contratos de adhesión son aquellos en los que una de las partes (normalmente una empresa prestadora de un cierto producto o servicio) redacta el contrato mientras que la otra (normalmente un consumidor) decide si adherir a él o no¹. La diferencia central entre estos contratos y los contratos tradicionales es que en ellos no se producen negociaciones entre las partes en las que pueden disputar y alterar el contenido del acuerdo². La actividad del adherente se limita a expresar (o no) su consentimiento³.

Estos contratos son muchas veces recibidos con desconfianza en el mundo académico jurídico. Al mismo tiempo, representan una reducción significativa de costos en la venta masiva de productos o servicios. Es en gran parte debido a esta reducción de costos que, a pesar de sus desventajas y de los resquemores que originan, los contratos de adhesión son generalmente aceptados por los

-
- 1 L. JOSSEMAND, *El espíritu de los derechos y su relatividad*, México, 1946, t. II, vol. I, p. 32, núm. 32.
 - 2 Ver L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, 1972, p. 221.
 - 3 Ver V. SALANDRA, “I contratti di adesione”, *Rivista del Diritto Commerciale*, t. I, 1928, p. 409; P. Di Pace, “Il negozio di adesione nel diritto privato”, *Rivista del Diritto Commerciale*, t. I, 1941, p. 34; G. GORLA, “Condizioni generali di contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano”, *Rivista del Diritto Commerciale*, t. I, 1963, p. 108; L. BARASSI, *Instituciones de derecho civil*, Barcelona, 1955, t. II, p. 147.

sistemas jurídicos como medios válidos de contratación. La idea parece ser, en la mayoría de los sistemas jurídicos, que los costos sociales que implican sus desventajas no superan los beneficios sociales que la reducción de costos que ellos generan representan. En este contexto, la pregunta más relevante en términos de política jurídica es, entonces, cómo es posible lidiar con estos contratos de modo tal que se mantengan sus beneficios pero se reduzcan sus desventajas.

Este ensayo pretende identificar las particularidades que los contratos de adhesión presentan desde su estructura de incentivos para evaluar si estas justifican que sean tratados, sea por regulaciones específicas o por la teoría de los contratos, de un modo distinto⁴.

La sección siguiente (I) evalúa las objeciones económicas tradicionales a los contratos de adhesión: el argumento de que implican un monopolio en manos de la parte redactora, y el argumento de los problemas de información que pueden introducir para la autonomía de la voluntad. La sección II introduce dos dificultades adicionales que estos problemas de información implican. La sección III ofrece potenciales soluciones que pueden darse desde la teoría de los contratos. La última sección expone las conclusiones.

I. Objeciones actuales

A. Poder de mercado

Una observación frecuente, aunque en menor medida una objeción acertada, es afirmar que los contratos de adhesión proveen a una de las partes de poder monopólico o poder de mercado⁵. Desde el punto de vista de la organización industrial, es claro que la sola presencia de un contrato de adhesión no es prueba de un nivel de poder de mercado que justifique afirmar que existe una estructura de mercado monopólica u oligopólica. Lo que prueba la existencia de un contrato de adhesión es la práctica comercial de venta masiva de productos junto con la existencia de economías de escala en la tarea de redacción contractual.

Redactar un contrato tiene un costo. Las empresas que venden el mismo producto a una cantidad importante de consumidores pueden, por ende, reducir significativamente sus costos de producción redactando el contrato una sola

4 Si la respuesta a esta pregunta es negativa, aún pueden existir otros motivos legítimos, principalmente de justicia, para dar un trato distinto a estos contratos. La pregunta, sin embargo, es igualmente relevante, y es especialmente relevante a la hora de dar sugerencias normativas si se responde por la positiva.

5 Ver A. KATZ, "Standard Form Contracts", en PETER NEWMAN (ed.), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, The MacMillan Press, 1998, para una descripción de este argumento y otras versiones similares, junto con una explicación extendida de los motivos por los que son incorrectos.

vez y luego replicándolo⁶. Esto les permite, o vender sus productos a un precio más bajo de aquel al cual los venderían si redactaran contratos individuales, u obtener más ganancias y repartir más dividendos.

Cuál de los dos escenarios se materializa depende del nivel de competencia en el mercado en concreto, lo que es un hecho independiente del modo en el que los agentes del mercado redactan sus contratos. Así, por ejemplo, si una compañía de telecomunicaciones que cuenta con un monopolio legal ofrece a sus consumidores contratos de adhesión, es probable que extraiga de ellos ganancias monopólicas reduciendo el excedente de consumidor. Esto lo haría con o sin producción masiva de contratos, pero la producción masiva de contratos le permite extraer más ganancia.

Por otro lado, si una distribuidora de cereales ofrece contratos de adhesión a sus compradores, sería improbable que pueda extraer ganancias monopólicas porque, si así lo hace, sus compradores podrían fácilmente comprar de otra distribuidora. En un mercado competitivo, en principio, los productores que no eligen términos contractuales eficientes no pueden competir con aquellos que sí lo hacen, dado que la desviación del óptimo de Pareto que esas cláusulas implican representa un costo adicional comparable a un aumento relativo del precio del producto⁷. De este modo, la reducción de costos por medio de la redacción masiva de contratos en ese segundo mercado beneficiaría a los consumidores en la medida en que a ellos se traslada dicha reducción.

B. Problemas de información

Otros argumentos que se han formulado acerca de las desventajas de los contratos de adhesión se centran en que ellos introducen una asimetría de información entre las partes, donde el redactor del contrato tiene más información sobre él que la parte adherente. Existen buenas razones para considerar que esto es cierto. En un proceso de negociación contractual donde las partes disputan el contenido del acuerdo se genera un intercambio de información, tanto sobre el contenido del contrato como sobre cuestiones relacionadas, que no ocurre en una situación en la que una de las partes redacta el contrato y la otra parte lo firma.

Esto ha generado dos dudas respecto de la validez del contenido de estos contratos. Primero, es dudoso que la parte adherente comprenda todos los tér-

6 GARCÍA AMIGO adelantaba que los contratos de adhesión facilitan la rapidez en la celebración de los negocios al simplificar el procedimiento de formación de los contratos. Ver M. GARCÍA AMIGO, "Condiciones generales de los contratos", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1969, p. 24. En el mismo sentido ver R. URÍA, "Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie", *Revista de Derecho Mercantil*, 1956; y M. ALBALADEJO, *Instituciones de derecho civil*, Barcelona, 1972, p. 531, núm. 39.

7 Ver O. BAR-GILL, "Seduction by Plastic", *Northwestern University Law Review* 98, 2004, p. 1373.

minos del acuerdo o, en ocasiones, los lea siquiera⁸. Segundo, se considera que el escenario de “lo toma o lo deja” provee al redactor del contrato un nivel de poder de negociación que puede llevar a un contrato desbalanceado⁹.

Ambas objeciones apuntan a cuestionar la vigencia en estos casos del paradigma del contrato como acuerdo voluntario (o paradigma de la autonomía de la voluntad), que en gran parte justifica la obligatoriedad de los contratos y la intervención estatal para procurar su cumplimiento¹⁰. Si este paradigma se refleja en menor medida en estos contratos, entonces –continúa el argumento–, ¿debería intervenir la fuerza estatal para asegurar su cumplimiento de la misma manera?¹¹.

II. Dos dificultades adicionales

A. Selección adversa

En el contexto de información asimétrica señalado, parece ser que estos contratos generan un escenario donde el adherente no puede o no tiene las condiciones para adquirir la información relevante con miras a decidir entre productos; se trata del llamado proceso de selección adversa¹².

El proceso de selección adversa fue ilustrado por primera vez por Akerlof en 1970. Akerlof nos invita a imaginar una ciudad con 50 autos usados de alta calidad en venta (que valen \$2.000 cada uno) y 50 autos usados de baja calidad en venta (que valen \$1.000 cada uno). Los vendedores de autos usados saben cuáles son los de alta calidad y cuáles son los de baja calidad, pero los compradores no. Los compradores, entonces, podrían ofrecer \$1.500, lo que correspondería a la calidad esperada del auto que están comprando, teniendo en cuenta que tienen un 50% de probabilidades de tener un auto de alta calidad y un 50% de probabilidades de tener un auto de baja calidad. Sin embargo, ningún vendedor estará dispuesto a vender sus autos de alta calidad por ese precio, por lo que, sabiendo

8 Ver R. KOROBKIN, “Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability”, 70 *University of Chicago Law Review* 70, 2003, pp. 1203, 1217; S. BURNHAM, “How to Read a Contract”, *Arizona Law Review* 45, 2002, p. 133; y T. RAKOFF, “Contracts of adhesion: An essay in reconstruction”, *Harvard Law Review* 96, 1983, pp. 1174, 1179.

9 Ver A. KATZ, “Standard form contracts”, en PETER NEWMAN (ed.). *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, The MacMillan Press, 1998. En español, ver H. ACCIARRI, “El desequilibrio subjetivo en los contratos predispuestos. (La incidencia de algunas normas del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial en la cuestión)”, LL 1989-D, 975.

10 *Ibíd.*

11 Esto ha llevado incluso a un debate sobre la naturaleza de estos contratos donde se disputan teorías contractualistas y no contractualistas. Ver R. STIGLITZ, “Contrato por adhesión a condiciones generales”, La Ley 1982-B, p. 831.

12 Ver G. AKERLOF, “The market for ‘Lemons’: Quality, uncertainty, and the market mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics* 84, 1970, p. 488.

que los consumidores no pagarán más de \$1.500, ofrecerán solo los autos de baja calidad. Como el consumidor conocerá esta información, decidirá no pagar más de \$1.000. De este modo, el mercado para los autos de alta calidad desaparecerá.

Imaginemos que existe un cierto mercado competitivo donde los productores ofrecen contratos de adhesión con ciertas cláusulas (términos estándar), donde existen cláusulas que son de alta calidad para los adherentes (les otorgan un determinado beneficio) y cláusulas que son de baja calidad (no les otorgan el beneficio). Podría resultar que los costos de información de revisar la calidad de las cláusulas para los potenciales adherentes sean muy altos. Los contratos pueden ser gruesos y sus cláusulas complejas, llevaría mucho tiempo procesarlos, y probablemente habría que acudir a un abogado para evaluar apropiadamente los riesgos. Si estos costos de información son muy altos, entonces los potenciales adherentes, incluso siendo racionales¹³, no leerán las cláusulas de los contratos al realizar compras¹⁴. Esto, salvo que la compra que estén realizando sea de un monto tan grande que justifique todo el esfuerzo –no solamente respecto del contrato del productor a quien piensen comprar sino de todos, para poder compararlos–, pero esto se dará en la minoría de los casos de los que se ocupa el derecho del consumidor.

En caso de que esto suceda, y los consumidores no revisen la calidad de los acuerdos, los redactores de los contratos de adhesión tendrán incentivos para reducir sus costos esperados por medio de la reducción de la calidad de los términos estándar (esto es, no otorgándoles a los potenciales adherentes el beneficio). Por otro lado, aun si un redactor está dispuesto a ofrecer las cláusulas de alta calidad, como los consumidores no pueden (o, en todo caso, no desean) relevar los acuerdos, ellos no estarán dispuestos a pagar un precio adicional por el producto a cambio de una cláusula que es supuestamente de alta calidad pero que ellos no pueden verificar.

Cuando los productos no se pueden evaluar, la voluntad de pagar corresponde a la calidad promedio de los productos. Por lo tanto, los consumidores solo estarán dispuestos a pagar la prima correspondiente a un contrato promedio. Así las cosas, les resultaría demasiado costoso a los proveedores de contratos de alta calidad mantenerlos, y soportar el costo adicional que ellos implican. Estos proveedores tendrían que reducir la calidad de sus contratos a la calidad promedio para poder resistir la competencia y mantenerse en el mercado. Sin embargo, al hacer esto se redefiniría la calidad promedio de los contratos en el mercado, y los consumidores informados redefinirían la prima que estarían dispuestos a

13 No es necesario, para que se dé esto, asumir el modelo de consumidor con capacidades limitadas que presenta la economía del comportamiento, aunque en dicho caso la gravedad del problema claramente aumentaría.

14 Ver H. SCHÄFER y P. LEYENS. 2009. "Judicial Control of Standard Terms and European Private Law", en LAROCHE y CHIRICO (eds.). *Economic Analysis of the DCFR*, 2009, p. 99, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1520457>

pagar por ellos. El proceso continuaría hasta que ya no existieran contratos de alta y de baja calidad, sino que todos fueran del último tipo¹⁵.

B. Externalidades de red

Uno de los problemas centrales de los contratos de adhesión, independientemente de la existencia o inexistencia de consentimiento, es la existencia de externalidades de red (o efectos de red) en la revisión judicial¹⁶. Esto significa que la utilidad que presenta una determinada cláusula en un contrato de adhesión depende, en parte, de la cantidad de individuos que lo usan¹⁷.

El valor certeza de una determinada cláusula contractual crece a medida que un mayor número de contratos la utilizan, dado que, al verse enfrentada con los jueces de modo más frecuente, es posible saber con mayor certeza cómo responden a ella –si la invalidan, si la moderan, si la aceptan, etc.–. Si bien es siempre posible que la jurisprudencia sobre un determinado modo contractual cambie, es más improbable que resulte invalidada una determinada cláusula que ha sido confirmada en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia a que lo sea una cláusula nueva e innovadora respecto de la atribución de obligaciones en el contrato.

Desde este punto de vista, las compañías que redactan contratos de adhesión tienen incentivos para no innovar en el modo de realizar los contratos. Al redactar cláusulas nuevas que no se encuentran basadas en cláusulas modelo, ellas enfrentarían no solamente el costo adicional de redactar un nuevo contrato, sino también el costo esperado que corresponde a la pérdida de certeza acerca del modo en que será recibido por la jurisprudencia. Esto provoca un efecto de arrastre en los contratos¹⁸: cuanto más se utiliza una cláusula que resulta aceptada por los jueces, más probable es que esa cláusula –que pasa a contar con un efecto certeza– vuelva a aparecer.

Ello significa que el proceso de innovación contractual avanza más lento de lo que sería socialmente deseable, y que muchos contratos que serían socialmente valiosos no surgen o tardan en surgir. El proceso de innovación contractual

¹⁵ Ibíd.

¹⁶ Ver KATZ, “Standard form contracts”, cit.

¹⁷ Las externalidades de red son comunes, por ejemplo, en la moda, donde a las personas les resulta atractivo un determinado producto en parte porque ven a muchas otras utilizándolo. También en el caso de productos que presentan algún requisito de compatibilidad: una reproductora de CD presenta menos utilidad ahora que hace diez años porque una menor cantidad de personas utilizan CDs con frecuencia, y una reproductora de Blu-Ray hace diez años era menos útil porque no había dónde comprar o alquilar discos Blu-Ray. El ejemplo típico de externalidades de red es el teléfono. Coincidentemente, otro ejemplo bastante claro de este fenómeno son las redes sociales.

¹⁸ A veces referido como efecto *bandwagon* por el término en inglés.

toma desde este punto de vista características de lo que en economía se llama bien público.

III. Potenciales soluciones

A. Regulaciones actuales

Al momento de lidiar con los contratos de adhesión en su revisión judicial hay dos escuelas principales. Los jueces de *common law* se suelen centrar en general en el procedimiento contractual para evaluar la validez de estos contratos, invalidando aquellos términos de adhesión de los contratos que no tuvieron un consentimiento real.

Los jueces de derecho continental, por otro lado, y en especial los europeos, se centran generalmente en la justicia sustantiva de los términos. La base normativa que utilizan para esto en Europa continental es la *European Union Unfair Terms Directive*¹⁹. Entre los casos que esta directiva provocó, se han convertido en precedente los casos franceses de proveedores de servicios de internet²⁰.

Aunque para los jueces latinoamericanos no hay fuentes directas, es razonable decir que, quizás debido al tipo de sistemas jurídicos sobre los que trabajan, parecen presentar cierta inclinación hacia el segundo tipo de revisión –aunque con algunos matices–.

En Argentina, los contratos de adhesión deben adecuarse principalmente a dos normas. La primera es el artículo 1198 C.C., primera parte, que estipula el principio de buena fe a la luz del cual deben controlarse las cláusulas potencialmente abusivas²¹ de los contratos²². La segunda es el artículo 38 de la Ley de

19 Ver 93/13/EEC. La norma refiere, de todas formas, a un desequilibrio sustantivo entre las partes.

20 Entre ellos se pueden mencionar “Union Fédérale des Consommateurs - Que Choisir v. AOL”, donde una corte de Nanterre invalidó 31 cláusulas de un contrato, entre ellas una que permitía a AOL transmitir la información personal de sus usuarios sin su consentimiento previo, y otra que le permitía modificar unilateralmente el método de pago.

21 Sobre cláusulas abusivas ver GARCÍA AMIGO, ob. cit.; C. VALLESPINOS, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Universidad de Buenos Aires, 1984; J. Rezzónico, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987; I. ARROYO MARTÍNEZ y J. RODRÍGUEZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Tecnos, Madrid, 1999.

22 Art. 1.198: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

“En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

“En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

Defensa del Consumidor, que establece que la autoridad de aplicación de la ley se asegurará de que estos contratos no contengan cláusulas abusivas²³. En parte consecuencia de ambas normas es la interpretación *contra proferentem*, que establece que en caso de existencia de cláusulas equívocas ellas deben interpretarse a favor del adherente del contrato²⁴. Esto sigue las líneas de derecho comparado²⁵.

B. Aproximaciones desde la teoría contractual

La desventaja de estos modos de tratar los contratos de adhesión es que, más allá de las intenciones, ambos carecen de un marco teórico sólido que permita distinguir de modo consistente entre contratos con cláusulas que deberían ser anuladas y contratos con cláusulas que no es necesario anular. Una posibilidad para generar este marco teórico es modificar el modo en el que estos contratos son tratados en general²⁶. En este contexto, desde las consideraciones efectuadas parece haber al menos dos opciones plausibles.

Una primera opción sería incorporar para estos casos, a nivel judicial, una teoría formulada originalmente para los contratos de renovación automática, y considerar que estos contratos adheridos por partes que no participaron de la negociación, no lo leyeron y no fueron informadas de su contenido, son obligatorios en la medida en que el interés de estas partes fue representado en la redacción del contrato por la otra parte²⁷.

Esto significa que, si la parte adherente hubiese adherido a la cláusula en concreto en caso de haberla leído, comprendido y participado en la negociación, entonces esa cláusula se considera vinculante para ella. Esta regla, aunque puede ser costosa de implementar y en algunos casos difícil de determinar, presenta

“No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. “La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

23 Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, art. 38: “Contrato de Adhesión. Contratos en Formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido”.

24 Arts. 1198 C.C., 218 inciso 3 C.Co. y 3.º Ley 24.240.

25 Ver, p. ej., el Código Civil italiano (art. 1370) el Código Civil alemán (BGB, par. 5) y la ley española de defensa al consumidor (Ley 26/1984 art. 10, inc. 2).

26 Esta idea no es del todo nueva. Ghersi, por ejemplo, se preguntaba hace ya veinte años si los contratos de adhesión deben ser la regla general para futuras legislaciones, respondiendo por la afirmativa. Ver C. Ghersi, “Contrato de adhesión (En los proyectos de reforma de los Códigos Civil y Comercial y la ley del consumidor)”, LL 1994-E, 1994, 863.

27 Ver C. GILLETTE, “Rolling contracts as an agency problem”, *Wisconsin Law Review* 679, 2004, p. 688.

la ventaja de justificar desde el paradigma del acuerdo voluntario la validez y la obligatoriedad de estos contratos, a la vez que se encuentra en línea con un entendimiento instrumental del requisito del consenso.

Alternativamente, se puede incorporar a la revisión judicial, para estos casos, lo que puede llamarse una regla del mejor tiro²⁸. En ella, los jueces evaluarían la negociación (o falta de ella) llevada por las partes y elegirían el término estándar más eficiente para el caso²⁹. Esta regla promovería los intercambios voluntarios mientras que reduciría en términos generales el impacto de las fallas de mercado mencionadas en estos contratos.

Ambas posibilidades son sugerencias adaptadas de la teoría de los contratos moderna pero compatible con vieja doctrina. Josseland, por ejemplo, decía que la ley no requiere igualdad económica ni igualdad verbal, sino igualdad jurídica, y si existe consenso en el contrato no es relevante si hubo o no discusiones o largos tratos, o cuánto intervino cada parte en su origen³⁰.

Conclusiones

Este breve ensayo ha intentado mostrar las particularidades que presentan los contratos de adhesión desde un punto de vista económico. De este modo, se puede habilitar el debate sobre las posibles correcciones aplicables desde la teoría de los contratos que reducirían la magnitud de sus desventajas.

Uno de los objetivos de este ensayo ha sido mostrar que existen argumentos razonables para considerar que estos contratos deberían estar sujetos a un trato específico que dé cuenta de sus características particulares. Como primera sugerencia en dicha dirección, y teniendo en cuenta las consideraciones económicas realizadas, puede afirmarse que implementar una obligación de informar por parte de los redactores de los contratos hacia los adherentes facilitaría la toma de mejores decisiones por parte de los últimos, al permitirles realizar una comparación entre productos. Esto incrementaría el porcentaje de dichos contratos que puede llamarse eficiente.

Bibliografía

ACCIARRI, H. “El desequilibrio subjetivo en los contratos predispuestos. (La incidencia de algunas normas del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial en la cuestión)”, LL 1989-D, p. 975.

28 Ver G. RÜHL, “The battle of the forms”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 24, 2003, p. 189.

29 *Ibíd.*

30 Ver JOSSELAND, *ob. cit.*

- AKERLOF, G. "The Market for 'Lemons': Quality, Uncertainty, and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics* 84, 1970.
- ALBALADEJO, M. *Instituciones de derecho civil*, Barcelona, 1972.
- ARROYO MARTÍNEZ, I. y J. RODRÍGUEZ. *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Tecnos, Madrid, 1999.
- BAR-GILL, O. "Seduction by plastic", *Northwestern University Law Review* 98, 2004.
- BARASSI, L. *Instituciones de derecho civil*, Barcelona, 1955, t. II.
- BURNHAM, S. "How to Read a Contract", *Arizona Law Review* 45, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, 1972.
- DI PACE, P. "Il negozio di adesione nel diritto privato", *Rivista del Diritto Commerciale*, t. I, 1941.
- GARCÍA AMIGO, M. "Condiciones generales de los contratos", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1969.
- GHERSI, C. "Contrato de adhesión (En los proyectos de reforma de los Códigos Civil y Comercial y la ley del consumidor)", LL 1994-E, 1994, 863.
- GILLETTE, C. "Rolling Contracts as an Agency Problem", *Wisconsin Law Review* 679, 2004.
- GORLA, G. "Condizione generali di contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1963, t. I.
- JOSSERAND, L. *El espíritu de los derechos y su relatividad*, México, t. II, vol. I, 1946.
- KATZ, A. "Standard form contracts", en PETER NEWMAN (ed.), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, The MacMillan Press, 1998.
- KOROBKIN, R. "Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability", *University of Chicago Law Review* 70, 2003.
- RAKOFF, T. "Contracts of adhesion: An essay in reconstruction", *Harvard Law Review* 96, 1983.
- REZZÓNICO, J. *Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- RÜHL, G. "The battle of the forms", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 24, 2003.
- SALANDRA, V. "I contratti di adesione", *Rivista del Diritto Commerciale*, t. I, 1928.
- SCHÄFER, H. y P. LEYENS. "Judicial control of standard terms and European Private Law", en LAROCHE y CHIRICO (eds.), *Economic Analysis of the DCFR*, 2009, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1520457>
- STIGLITZ, R. "Contrato por adhesión a condiciones generales", *La Ley* 1982-B, 831.
- URIA, R. "Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie", *Revista de Derecho Mercantil*, 1956.
- VALLESPINOS, C. *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Universidad de Buenos Aires, 1984.