



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Rodríguez García, Gustavo Manuel

El equilibrista desorientado: la dinámica evolutiva de las cláusulas contractuales en
contratos predispuestos y el mito de la baja calidad de los contratos de consumo

Derecho PUCP, núm. 74, diciembre-junio, 2015, pp. 249-267

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656135012>

- 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 equilibrista desorientado: la dinámica evolutiva de las cláusulas contractuales en contratos predispuestos y el mito de la baja calidad de los contratos de consumo

The desorientated aerialist: Evolutionary dynamics of contract clauses in predisposed contracts and the poor quality myth of consumer contracts

GUSTAVO MANUEL RODRÍGUEZ GARCÍA * **

Resumen: Los contratos predispuestos —peyorativamente conocidos como «contratos de adhesión»— tienen mala fama. Una buena porción de académicos y un mayoritario sector de las autoridades de protección al consumidor suelen creer que la ausencia de negociación y la preponderancia de derechos o beneficios asignados al proveedor (versus los costos, obligaciones o limitaciones impuestos al consumidor) revelan una suerte de abuso en contra de una presunta parte débil de la relación de consumo. En este artículo, el profesor Rodríguez García sostiene que la visión hostil o escéptica respecto de los contratos predispuestos es equívoca y se funda en una comprensión pobre de los incentivos y fines que este tipo de contratación desempeña. Por el contrario, el autor pretende poner de manifiesto que el control de las cláusulas contenidas en contratos de consumo perjudica al consumidor y que, por tanto, es una forma de control que debería ser eliminada del sistema legal.

Palabras clave: consumidor – contrato de consumo – autonomía de la voluntad

Abstract: The standard-form agreements, pejoratively labeled as “adhesion contracts”, have bad reputation. A significant number of academics and most of consumer protection authorities often believe that the absence of negotiation and the preponderance of rights and benefits assigned to suppliers (versus costs, obligations or limitations imposed to consumers) show a kind/sort of abuse against an alleged weak party of the consumption relationship. In this article, Professor Rodríguez García states that the skeptic and hostile vision regarding the standard-form agreements is wrong and is based on a poor

* El autor agradece los valiosos comentarios del profesor Óscar Sumar Albuja a una versión inicial de este trabajo. Asimismo, agradece también el apoyo de Mariana García Miró Basadre en la edición formal de este artículo. Todo error es, por cierto, imputable al autor.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster por la Universidad Austral (Argentina). Summer Scholar (2014) por el Coase-Sandor Institute de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago (Estados Unidos). Profesor de economía y derecho y de derecho y prácticas de marketing en la Universidad del Pacífico, del curso de Protección al Consumidor en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en la PUCP y del curso de Contratación de Consumo en la Maestría en Derecho Civil de la Universidad San Martín de Porres. Presidente de la Comisión Permanente de Ética Publicitaria número 2 del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (Perú). Correo electrónico: gmrodriguez@bfu.pe

understanding of the incentives and purposes that this type of contracting fulfills. On the contrary, the author intends to state that the control of clauses included in consumption contracts is prejudicial to consumers. Therefore, this is a control type that should be removed from the legal system.

Key words: consumer – consumption agreement – autonomy of the will

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ESTRUCTURA DEL CONTRATO Y LA PRE-
DISPOSICIÓN DE SU CONTENIDO.– III. REFINANDO UNA PREMISA: LA INUTILI-
DAD DE LA LECTURA DE LOS TÉRMINOS CONTRACTUALES.– IV. CONTROL DE
CALIDAD CONTRACTUAL: JUSTIFICANDO AL EQUILIBRISTA.– V. DESORIENTA-
CIÓN: EL EXCESIVO COSTO DEL PSEUDO-EQUILIBRIO.– VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos predispuestos tienen mala fama. Esta mala fama es ampliamente conocida y se extiende más allá de las fronteras de la doctrina influenciando la legislación y la jurisprudencia. De hecho, es particularmente la jurisprudencia —al menos en Perú— la que ha expresado apresuradamente su incomodidad frente a este tipo de cláusulas señalando, entre otras cosas, que

[...] la finalidad de que el ordenamiento tipifique cláusulas abusivas en tal esquema de contratación responde a que en estos casos los consumidores solo tienen la libertad de contratar, esto es, la capacidad de elegir con qué proveedor contratan, mas no con libertad contractual, es decir, la potestad de establecer el contenido del contrato, la cual está reservada exclusivamente a los proveedores, no existiendo negociación alguna. En este contexto, la ley ha previsto como mecanismo de protección la regulación de cláusulas abusivas, con miras a evitar un eventual desequilibrio significativo en las posiciones asumidas por proveedor y consumidor¹.

El observador informado no podrá evitar poner rostro de asombro y desconcierto ante la declaración efectuada por la jurisprudencia peruana. ¿Es que acaso la imposibilidad de negociación del contenido del contrato de consumo determina la existencia de un desequilibrio respecto de las posiciones de las partes? Y así existiera realmente un desequilibrio, ¿qué nos hace pensar que los consumidores estarían dispuestos a pagar por el resultado «equilibrado» que, a juicio de la autoridad, no merecería reproche? Sin embargo, la declaración efectuada por la jurisprudencia citada expresa no la excepción, sino la línea de pensamiento imperante respecto de las consecuencias presuntamente adversas en este tipo de contratos.

1 Por ejemplo, en el numeral 22 de la Resolución 1746-2014/SPC-INDECOPI del 28 de mayo de 2014.

El juicio respecto de las cláusulas supuestamente abusivas, aunque bien intencionado, es fallido y contraproducente. Perjudica severamente al consumidor y se sostiene, a nuestro entender, en una profunda ignorancia respecto de la técnica de la configuración de un contrato predispuesto. Así, aunque resulte sencillo pensar que la versión final del contrato predispuesto responde a un capricho del proveedor con «poder de negociación», lo cierto es que, como regla general, ello dista de ser cierto. Más grave aun, el apriorístico escepticismo respecto de los contratos predispuestos ha llevado a la autoridad a juzgar libremente sobre la supuesta abusividad de una cláusula contenida en un contrato de consumo bajo una visión prejuiciosa y poco técnica.

La agenda de trabajo aquí es la siguiente: en primer término, expondremos algunas consideraciones generales respecto del modo en el que la contratación estandarizada opera en el mundo real. Luego, presentaremos las observaciones críticas que se esgrimen para defender el juicio que, con frecuencia, la autoridad emprende al analizar contratos de consumo. Finalmente, pondremos de manifiesto las graves consecuencias que esto trae y la forma en la que el consumidor termina siendo perjudicado por la tarea asumida por la autoridad. Esta agenda nos exigirá abordar diversos aspectos que atañen a la compleja red de consideraciones involucradas en el proceso evolutivo de configuración del contrato que, ordinariamente, se le presenta al consumidor final en la forma de «tómalo o déjalo». Como esperamos demostrar, la ausencia de negociación del contenido del contrato no justifica adecuadamente la visión imperante respecto del tema.

II. ESTRUCTURA DEL CONTRATO Y LA PREDISPOSICIÓN DE SU CONTENIDO

Usted trata de contratar un plan de telefonía móvil y se toma, a diferencia de la incuestionablemente extensa mayoría de personas, el trabajo de revisar detenidamente el contrato que se le propone firmar. El contrato no fue redactado por usted y rápidamente descubre que el contenido del contrato le permite al proveedor ejercer una serie de facultades extensas mientras que, de su lado, advierte una gran cantidad de obligaciones que no guardan correlato con los escasos y casi nulos derechos que el contrato le confiere. Al elevar su protesta, la persona que lo atiende le informa que lamentablemente esos son los términos en los que puede acceder al plan de telefonía requerido. No existe posibilidad alguna de negociar términos distintos: o lo toma o puede libremente intentar contratar un plan en una compañía distinta. La doctrina tradicional sostendría que estamos frente a un contrato por adhesión, dado que a

EL EQUILIBRISTA
DESORIENTADO:
LA DINÁMICA
EVOLUTIVA DE
LAS CLÁUSULAS
CONTRACTUALES
EN CONTRATOS
PREDISPUUESTOS
Y EL MITO DE LA
BAJA CALIDAD DE
LOS CONTRATOS
DE CONSUMO

THE
DESORIENTATED
AERIALIST:
EVOLUTIONARY
DYNAMICS OF
CONTRACT
CLAUSES IN
PREDISPOSED
CONTRACTS
AND THE POOR
QUALITY MYTH
OF CONSUMER
CONTRACTS

usted solo le queda adherirse a los términos planteados por el proveedor, sin posibilidad de influir en el contenido del contrato².

Ahora imagine que usted trata de comprar una torta en la sección de postres de una conocida tienda. Usted, diligentemente, compra primero una porción pequeña a fin de probar la torta antes de definir si compra una entera. Como gran conocedor de repostería, rápidamente detecta que en la preparación de la torta se emplearon ingredientes que, a su juicio, pueden ser mejorados con otros. De esta forma, usted le pregunta a la persona que atiende si es posible que le preparen una torta empleando los ingredientes que usted indica. La respuesta es una negativa rotunda. Lo que se vende es lo que se ve en la vitrina. No hay posibilidad de negociación de los ingredientes. Si usted quiere la torta, se la lleva tal y como fue preparada. ¿Estamos frente a una «torta por adhesión» en el sentido de que usted solo puede tomarla o dejarla?

El ejemplo de la «torta por adhesión» es poderoso porque nos plantea la misma problemática —aparente, por cierto— que se presenta en la discusión sobre los contratos predispuestos. Pero así como no nos preocupamos por el hecho de que los ingredientes de la torta no puedan ser modificados, tampoco debería quitarnos el sueño la ausencia de negociación respecto de los términos del contrato³. El profesor Priest lo expresa sosteniendo que

de la misma forma como los productos y servicios son estandarizados, los términos de contratos estandarizados representan el estándar, es decir, aquellos términos contractuales que son mejor aceptados por el consumidor promedio de la población. En cambio, para los consumidores que no son promedio o que quieren algo más, ellos podrán optar por un producto diferente porque pueden pagar más por algo mejor⁴.

Es cierto que una diferencia especialmente importante en determinados casos tiene que ver con la pluralidad de opciones de consumo. En el mercado de las tortas, podemos asumir que la competencia es considerable. En otros mercados, sin embargo, la competencia podría no ser intensa o incluso podría ser prácticamente inexistente. Los problemas que pueden suscitarse ante la ausencia de competencia

2 Refiere Juan Espinoza que «[...] no debemos perder de vista que un adecuado sistema de control de este tipo de contratos podría evitar situaciones que afecten los derechos de los consumidores, así como de otros agentes económicos, en aras de restablecer el equilibrio de la relación contractual con aquellos que predisponen los contratos de adhesión [...]» (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente. En *Derecho de los consumidores* (pp. 149-224). Lima: Rodhas, 2006, p. 150).

3 Aunque se arguye que la diferencia en el poder de negociación puede tener una incidencia en los términos contractuales no referidos al precio. Al respecto, véase: CHOI, Alberto & George TRIANTIS. The Effect of Bargaining Power on Contract Design, *Virginia Law Review*, 98, 8, (2012).

4 PRIEST, George L. Reflexiones respecto de la contratación masiva. En Autores varios. *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, p. 164.

son reales y no pueden ser negados aquí. Sin embargo, estos cuestionamientos no pueden ser superados mediante el control de los términos contractuales. En otras palabras, allí donde una estructura de mercado específica funciona de manera poco amigable para el consumidor, poco o nada positivo se logra mediante la regulación de los contratos de consumo.

En cualquier caso, y de modo general, la tendencia hacia la estandarización, tanto respecto de los productos en sí mismos como respecto de los contratos de consumo, no debería extrañarnos. Como sostiene Baird, «la imposibilidad de elegir es consecuencia directa de la producción en masa. Los productos son más baratos pero existe mayor uniformidad»⁵. La apertura y desarrollo de los mercados a escala global explica esta tendencia hacia la masificación en la producción. La masificación permite incrementar la cantidad de productos puestos a disposición de los consumidores y reducir el precio de estos. Uno podría lamentar esta imposibilidad de elegir, pero lo cierto es que esto tampoco implica un ineludible perjuicio para los consumidores, dado el arbitraje que se espera que produzcan los consumidores más informados⁶. En efecto, un proveedor no puede distinguir claramente entre un consumidor sofisticado y uno que no lo es y, en todo caso, si quiere obtener ganancias, debe tratar de venderle a todos, de forma que el consumidor sofisticado le ofrece protección al consumidor no sofisticado.

La contratación estandarizada reduce costos de transacción y permite el abaratamiento de los productos o servicios. En ese sentido, resulta engañoso argumentar que la estandarización implica un desequilibrio perjudicial. Por el contrario, la estandarización explica el precio al que accedió el consumidor. En otras palabras, antes de efectuar un juicio apriorístico respecto de la contratación en masa, debemos preguntarnos si el consumidor supuestamente afectado tiene la disposición de pagar por el producto o servicio sin el término contractual reputado como abusivo.

Esta cuestión nos lleva a un punto adicional que suele pasar desapercibido en la discusión tradicional sobre el tema: se suele analizar el contrato de consumo de manera aislada como si no fuera un atributo del producto. En verdad, y esto puede parecer sorprendente para algunos, *el contrato es parte del producto*. El producto o servicio materia de la relación de consumo viene dado, entre otras cosas, por los términos y condiciones referidos a dicho producto o servicio. Este hecho no es menor. Una comprensión cabal de este punto nos

EL EQUILIBRISTA
DESORIENTADO:
LA DINÁMICA
EVOLUTIVA DE
LAS CLÁUSULAS
CONTRACTUALES
EN CONTRATOS
PREDISPUSTOS
Y EL MITO DE LA
BAJA CALIDAD DE
LOS CONTRATOS
DE CONSUMO

THE
DESORIENTATED
AERIALIST:
EVOLUTIONARY
DYNAMICS OF
CONTRACT
CLAUSES IN
PREDISPOSED
CONTRACTS
AND THE POOR
QUALITY MYTH
OF CONSUMER
CONTRACTS

5 BAIRD, Douglas G. The Boilerplate Puzzle. *Michigan Law Review*, 104, 933 (2005).

6 SCHWARTZ, Alan & Louis WILDE. Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, 127 (1979).

permite descubrir que el control de abusividad es, en buena cuenta, una intervención de la autoridad en la configuración del producto o servicio ofrecido por los proveedores.

Conviene explicar con detenimiento nuestra afirmación en el sentido de que los términos contractuales son parte del producto (la oferta) del proveedor. Cuando un proveedor ofrece sus productos o servicios a los consumidores, lo hace bajo ciertas condiciones. Esas condiciones no pueden ser analizadas como entes aislados sino que, por el contrario, son los parámetros que delinear el producto o servicio materia de la posible relación de consumo. Es precisamente por esta razón que, en estricto sentido, la presencia de términos contractuales beneficiosos o adversos para los consumidores incide en el precio total del producto.

Exploremos este punto de la siguiente forma: el precio total del producto o servicio no viene dado por el precio monetario que el consumidor debe desembolsar sino que incluye todos los costos esperados derivados de todos los riesgos que ese consumidor podría afrontar⁷. Un término contractual podría permitirle al proveedor no responder ante cierto defecto, por ejemplo. Aunque el precio monetario sea X, lo cierto es que el precio total del producto es X más el costo impuesto por el término limitativo de responsabilidad. En sentido opuesto, observe el lector que la eliminación de términos contractuales adversos para los consumidores, aunque puedan importar un incremento del precio monetario, podrían ser entendidos como una reducción del precio total que el consumidor debe pagar.

El producto que adquiere el consumidor no es simplemente el bien específico (el televisor, el teléfono móvil, la barra de chocolate o el automóvil) sino el bien delineado por los términos contractuales bajo los cuales es ofrecido. Este aspecto es importante porque pone de manifiesto lo problemático que resulta controlar los términos contenidos en contratos de consumo: es realmente un control respecto del producto o servicio que el proveedor desea ofrecerle al consumidor. Ahora bien, la distinción efectuada respecto del precio monetario y el precio total del producto no afecta en nada nuestro comentario inicial en torno a la tendencia a la estandarización. Como regla general, la reducción del riesgo ante la ausencia de un término contractual (menos costo) representaría un incremento del precio monetario a pagarse y viceversa.

Piense en un contrato que le permite al consumidor salirse de la relación de consumo en cualquier momento, sin expresión de causa y sin la necesidad de asumir penalidad alguna. Este contrato hipotético

7 CRASWELL, Richard A. Freedom of Contract. *The Coase Lecture Series* (1994), p. 5.

protegería al consumidor frente a posibles incrementos del precio total del producto en el tiempo, pero esta libertad de salida como regla general implicará que el consumidor recibirá menos beneficios anticipados⁸ (por ejemplo, un regalo por la apertura de una cuenta de ahorros o un descuento especial). El precio total pagado por el consumidor es independiente del contenido del contrato únicamente en el sentido de que un menor precio monetario será compensado con mayores costos (riesgos) de otro tipo y menores riesgos para el consumidor serán compensados con un mayor precio pecuniario.

Sin embargo, como puede apreciarse, no es posible entender cabalmente el producto o servicio materia de la relación de consumo sin apreciar los términos contractuales bajo los cuales tal producto o servicio ha sido ofrecido. Imagine el lector que un proveedor quiere ofrecer el servicio de estacionamiento de vehículos, pero sin asumir responsabilidad por hurtos o daños dentro de la playa de estacionamiento. Nuevamente, el precio total del servicio es distinto al precio monetario. El precio monetario será la cantidad de dinero que se tendrá que desembolsar pero, en realidad, el precio de ese servicio comprende la existencia del riesgo que el consumidor asume y que viene dado por la limitación de responsabilidad comprendida en ese contrato de consumo. Si el legislador considera «injusto» que los proveedores de ese servicio limiten su responsabilidad o la autoridad considera como «abusiva» dicha cláusula, estará reduciéndose el riesgo para el consumidor pero previsiblemente dicha reducción deberá ser compensada con el incremento del precio monetario. Más grave aun, lo que el legislador o la jurisprudencia harían es exigir que los proveedores ofrezcan un servicio distinto del que querían ofrecer (servicio de parqueo sin seguridad versus servicio de parqueo con seguridad).

La contratación estandarizada permite reducir costos de transacción pero no solamente logra ello. Dado que la asignación de los riesgos expresada en el contrato estandarizado expresa un trato óptimo por el que un individuo promedio estaría dispuesto a pagar, la contratación estandarizada facilita el comercio, permitiéndole al consumidor promedio pagar menos por los productos o servicios. Permitirle a la autoridad reformar el contrato implica permitirle reformar el producto o servicio. Dicha intervención presupone que la autoridad se pregunte si el consumidor realmente quiere pagar por ese nuevo producto o servicio. Los proveedores que quieren ganar estructuran sus contratos de modo que respondan a lo que los actores de mercado desean. Salvo que asumamos que las empresas son tontas y no ofrecen un producto o servicio por el que el consumidor estaría dispuesto a pagar, debemos

EL EQUILIBRISTA
DESORIENTADO:
LA DINÁMICA
EVOLUTIVA DE
LAS CLÁUSULAS
CONTRACTUALES
EN CONTRATOS
PREDISPUSTOS
Y EL MITO DE LA
BAJA CALIDAD DE
LOS CONTRATOS
DE CONSUMO

THE
DESORIENTATED
AERIALIST:
EVOLUTIONARY
DYNAMICS OF
CONTRACT
CLAUSES IN
PREDISPOSED
CONTRACTS
AND THE POOR
QUALITY MYTH
OF CONSUMER
CONTRACTS

8 BAR-GILL, Oren & Omri BEN-SHAHAR. No contract? (febrero 16, 2013). *NYU Law and Economics Research Paper Paper 13-06/University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper 636*, p. 3.

sospechar que el control de abusividad nos conduce no hacia los acuerdos que los consumidores querrían (menos derechos y menor precio monetario) sino hacia lo que la autoridad querría (más derechos, pero asumiendo incorrectamente que esta alteración no incidirá en el precio monetario).

Uno podría preguntarse si es que acaso el ofrecimiento de estos productos o servicios que responden a un óptimo y que no son «la más alta calidad posible» no representa, al menos, una potencial afectación para el consumidor que demanda un producto o servicio especializado o de calidad superior a la media. Sin embargo, el razonamiento es precisamente que aquella persona que tiene una demanda superior a la del promedio deba pagar el precio incrementado de esa oferta especial. En otras palabras, la estandarización reduce los precios monetarios, pero eso implica asumir las consecuencias que ello importa (algunos derechos que podrían ser valiosos «en abstracto» pero que subjetivamente merecen una valoración inferior por parte del consumidor en contraste con la importancia que le asignan al precio monetario). Dado que los proveedores son maximizadores de beneficios, no es razonable suponer que estos prefieren ofrecer los productos que una minoría compraría, salvo que asumamos que tales proveedores han considerado rentable —de forma extraña— reducir sus ventas.

Ahora bien, estos contratos estandarizados tienden a caracterizarse por su estabilidad en el tiempo pero distan de ser estáticos. En otras palabras, los términos contractuales contenidos en un contrato de consumo estandarizado están sometidos a un proceso evolutivo. Analizar cómo funciona ese proceso resulta necesario para comprender cabalmente esta idea de que los contratos estandarizados representan el óptimo por el que la generalidad de los consumidores estaría dispuesto a pagar y explica el porqué la «plantilla» suele ser compartida por los competidores sin que ello evidencie una práctica colusoria o concertada.

Para entender las variables que operan en este proceso evolutivo, podemos visualizar al contrato estandarizado como un producto en sí mismo (hemos dicho ya que, en efecto, el contrato es parte del producto que integralmente se ofrece al consumidor). La dinámica evolutiva ha sido concebida por Choi, Gulati y Posner como el «ciclo de la innovación hacia la estandarización». Los autores conciben la estandarización como el equivalente a la preeminencia de mercado que cualquier producto tradicional pretendería alcanzar. La explicación de la tendencia a la estabilidad de los términos contractuales puede descansar en el hecho de que

[c]uando las partes del contrato abandonan el estándar y adoptan una nueva forma contractual, asumen el riesgo de que las cortes interpretarán sus términos de una forma impredecible. Al mismo tiempo,

si su nueva forma funciona bien y es interpretada consistentemente por las cortes, las otras partes pueden imitarla. De esta forma, los primeros que adoptan esta forma confieren una externalidad positiva mientras que internalizan todo el riesgo. Así, uno espera que las firmas ofrezcan una producción sub-óptima de innovación en contratos predispuestos o formas contractuales⁹.

La evolución se produce como resultado de la confluencia de dos fuerzas: (i) una fuerza que impulsa la estabilización y que proviene fundamentalmente de la falta de incentivos de los actores de mercado importantes para cambiar un estándar que les resulta útil; y, (ii) una fuerza que impulsa la innovación que proviene fundamentalmente de intermediarios con capacidad de obtener ganancias de un nuevo estándar e impulsar el empleo generalizado de este así como de actores de menor escala en el mercado pero con incentivos para diferenciarse y adoptar el riesgo de cuestionar el estándar (riesgo que los actores de gran escala no tomarían por las razones ya señaladas).

El proceso es resumido en estos términos:

[d]urante el periodo inicial, existen innovaciones o desviaciones de la forma estandarizada pero no necesariamente logran una adopción generalizada. Estas innovaciones pueden provenir de una gama amplia de partes. Conjeturamos que los participantes de mercado a los márgenes, sin un interés comprometido en la preservación del estándar existente, serán los más interesados en promover la innovación en este periodo inicial. Los jugadores dominantes, que son los usuarios principales y los expertos del y en el estándar existente, estarán menos dispuestos a innovar en este primer periodo. El siguiente periodo, en el que una innovación particular logra una adopción generalizada, es cuando los intermediarios de alto volumen o elevado estatus juegan un papel importante en la promulgación de la innovación. La aprobación de la innovación por actores oficiales [...] puede tener también un impacto en si la innovación logra una adopción generalizada¹⁰.

Es claro, sin embargo, que la innovación respecto de contratos estandarizados es un proceso que, aunque puede gestarse continuamente, tenderá a hacerse lento debido a diversos factores. Estos son, en resumen, los siguientes: (i) la existencia de beneficios derivados de la estandarización tales como externalidades de red y beneficios derivados del aprendizaje por parte del mercado de los términos ya empleados; (ii) la existencia de costos asociados al

257

EL EQUILIBRISTA
DESORIENTADO:
LA DINÁMICA
EVOLUTIVA DE
LAS CLÁUSULAS
CONTRACTUALES
EN CONTRATOS
PREDISPUSTOS
Y EL MITO DE LA
BAJA CALIDAD DE
LOS CONTRATOS
DE CONSUMO

THE
DESORIENTATED
AERIALIST:
EVOLUTIONARY
DYNAMICS OF
CONTRACT
CLAUSES IN
PREDISPOSED
CONTRACTS
AND THE POOR
QUALITY MYTH
OF CONSUMER
CONTRACTS

GUSTAVO MANUEL RODRÍGUEZ GARCÍA

9 CHOI, Stephen J., GULATI, Mitu & POSNER, Eric A. The Dynamics of Contract Evolution (junio 23, 2012). *University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper* 605/NYU Law and Economics Research Paper 12-16, p. 5.

10 Ibidem, p. 7.

cambio que deberían ser asumidos por quienes pretendan introducir innovaciones en el contrato estandarizado; y, (iii) la existencia de pobres derechos de propiedad respecto de los beneficios de la innovación contractual¹¹.

La interacción de estas variables permite comprender, entonces, que los términos contractuales estandarizados representan un óptimo y, además, dicha expresión tiende a ser estabilizada reduciéndose la innovación. El hecho de que encontremos diversos competidores empleando contratos estandarizados con términos equivalentes no revela que se hayan necesariamente puesto de acuerdo con la intención de perpetrar un acto anticompetitivo¹² sino, simplemente, que están leyendo las mismas señales que el mercado emite: las señales que revelan por cuáles términos contractuales los consumidores, de forma general, estarían dispuestos a pagar.

Asimismo, debe considerarse también que la tendencia de los interesados hacia la preservación de una determinada fórmula contractual puede verse reforzada como consecuencia de un *Endowment Effect* que hace que la pérdida de una titularidad sea percibida de manera más impactante que la pérdida de oportunidad de adquirir esa misma titularidad¹³.

Nótese que esta estandarización responde a la necesidad de ofrecer más productos a menores precios (masificación de la producción). En estos casos, el proveedor que quiere distinguirse puede innovar ofreciendo beneficios superiores al promedio de modo que sus términos contractuales diferenciados pueden servir para atraer consumidores. No debe confundirse este proceso con el escenario en el cual el legislador estandariza los términos del contrato —por ejemplo, obliga a que los proveedores ofrezcan un producto o servicio con cierto beneficio o característica mandatoria— y en el que, evidentemente, no existirá posibilidad de diferenciación. En esos casos, la innovación es destruida y los precios se ven incrementados por efecto directo de la ley.

También debe observarse que, conforme fuera señalado antes, un competidor puede introducir innovaciones en el contrato estandarizado precisamente para distinguirse. En esos casos, los consumidores juzgarán si prefieren una combinación en la forma CE + PB (cláusulas estándares más precios bajos) o una combinación CES + BA (cláusulas especiales más precios altos). El competidor podría optar por reducir su margen

11 MAROTTA-WURGLER, Florencia & TAYLOR, Robert. Set in Stone? Change and innovation in consumer Standard-form Contracts. *New York University Law Review*, 88, 1 (2013), p. 246.

12 En cualquier escenario, en el supuesto que se logre demostrar un acuerdo o práctica orientada a alterar la competencia, se trataría de una problemática que escaparía de los propósitos de una normativa de protección al consumidor y, ciertamente, del propósito específico de cualquier procedimiento de control de *abusividad* para términos contractuales.

13 GULATI, Mitu & SCOTT, Robert E. *The Three and a Half Minute Transaction: Boilerplate and the Limits of Contract Design*. Chicago: The University of Chicago Press, 2013.

de ganancia ofreciendo mejores términos contractuales a precios competitivos, pero eso dependerá de la decisión de ese proveedor en particular. La clave es que, como puede apreciarse, existe un mercado de cláusulas contractuales¹⁴ y no existe razón para asumir que la elección de un consumidor a favor de la combinación CE + PB es de orden irracional.

Buena porción de las regulaciones sobre protección al consumidor pueden ser vistas como intentos de empaquetar seguros no deseados en los productos que se ofrecen, alterándose el precio total del producto y, con ello, desalentando la compra de este por parte del consumidor. Aquellos consumidores que hubieran pagado espontáneamente por ese seguro estarán indiferentes frente al empaquetamiento producido por la regulación, pero aquellos que no querían pagar probablemente deban hacerlo a pesar de que ese seguro es valorado en menor medida que el dinero que tienen en sus manos o, simplemente, decidan no comprar el producto. El meollo del asunto es que es extremadamente difícil que la autoridad sepa qué quieren los consumidores pero, como regla general, debe ser claro que si estos quieren «algo» que valoran en mayor medida que su costo, es probable que en un mercado sin regulación los proveedores ofrezcan ese «algo» de manera voluntaria¹⁵.

La dinámica detrás del proceso de estandarización contractual, como puede apreciarse, es compleja y no responde a la idea tan ampliamente difundida de que el proveedor abusa de su posición preeminente con la finalidad de venderle lo peor al consumidor al precio más elevado posible. Más importante que eso, sabemos que en realidad los términos contractuales ofrecidos integran el producto total, por lo que no es posible regular el contrato sin regular realmente el producto. Las consecuencias de esta regulación deberían ser evidentes. No obstante, el Código de Protección y Defensa del Consumidor le permite a la autoridad de consumo juzgar la supuesta *abusividad* de un término contractual considerándolo, de ser el caso, como inexigible. Conviene, en ese orden de ideas, que exploremos el razonamiento detrás de este juicio de *abusividad* para, con posterioridad, poner de relieve las graves falencias y problemas que esta práctica conlleva.

III. REFINANDO UNA PREMISA: LA INUTILIDAD DE LA LECTURA DE LOS TÉRMINOS CONTRACTUALES

Al inicio de la sección precedente, asumimos que los consumidores revisaban los términos contractuales aplicables al plan de telefonía

EL EQUILIBRISTA
DESORIENTADO:
LA DINÁMICA
EVOLUTIVA DE
LAS CLÁUSULAS
CONTRACTUALES
EN CONTRATOS
PREDISPUSTOS
Y EL MITO DE LA
BAJA CALIDAD DE
LOS CONTRATOS
DE CONSUMO

THE
DESORIENTATED
AERIALIST:
EVOLUTIONARY
DYNAMICS OF
CONTRACT
CLAUSES IN
PREDISPOSED
CONTRACTS
AND THE POOR
QUALITY MYTH
OF CONSUMER
CONTRACTS

14 SCHAFER, Hans-Bernd & OTT, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. Traducción de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991, p. 331.

15 RAMSEYER, J. Mark. Products liability through private ordering: notes on a Japanese Experiment. *University of Pennsylvania Law Review*, 144, (1996), p. 1825.

móvil elegido. El lector podría preguntarse válidamente si nuestra asunción es realista. Después de todo, ¿quién lee los contratos de consumo antes de ser aceptados? Esta interrogante no es menor. Los críticos de la contratación estandarizada podrían argüir que el problema fundamental de la contratación de este tipo es precisamente que permite a los proveedores introducir una extensión y complejidad orientadas a desincentivar la lectura, cuando lo que queremos es que los consumidores lean los contratos que aceptan.

Aunque suene atractivo el discurso encaminado a convencernos de la importancia de permitir o facilitar la lectura de los contratos por parte de los consumidores, lo cierto es que casi nadie lee los contratos y eso es perfectamente racional. Imagine que revisa detenidamente el contrato que el proveedor de telefonía le propone y usted discrepa en diversos aspectos. ¿Podría realmente negociar con el proveedor la modificación de esas cláusulas? La lectura es útil en la medida que podamos hacer algo con ella. En el mundo real, sin embargo, la lectura importa un costo (esfuerzo y tiempo, por ejemplo) que, en la generalidad de casos, sencillamente no vale la pena. A la pregunta sobre si los consumidores realmente quieren leer los contratos predispuestos, la respuesta suele ser que no.

Desde luego, ese no es el fin de la historia. No nos extrañaría que alguien sostenga que si bien los consumidores no quieren leer los contratos, eso se debe precisamente a la estructura predispuesta de los mismos o, en todo caso, que el hecho de que no los lean no significa que no deba facilitárseles, al menos, la alternativa de leerlos. Bajo esta tesis, los consumidores ciertamente podrían decidir firmar sin leer pero los proveedores ineludiblemente deberían «invitar» a la lectura mediante términos amigables y formas más «digeribles» para los consumidores. En otras palabras, no se trata de que los consumidores lean sino de que tengan la oportunidad de leer.

La cuestión que debe entenderse es que la oportunidad de leer es, como regla general, intrascendente. No existe nada reprochable en la aceptación de términos contractuales sin haberlos revisado. Recuerde que los términos contractuales son un atributo del producto, es decir, son parte de este. De la misma forma en la que usted puede elegir comprar un producto sorpresa —comprar una caja sin saber lo que hay en ella— usted puede comprar sin saber los términos contractuales aplicables. La crítica suele considerar que una persona no puede expresar una «verdadera» voluntad de vincularse a términos contractuales que no pudo si quiera haber leído. La asunción de la crítica es, sin embargo, manifiestamente fallida.

El profesor de la Universidad de Chicago, Omri Ben-Shahar se ha ocupado de lo que él denomina «el mito de la oportunidad de leer» y

ha expresado, entre otras cosas, que «una decisión de no leer no es una rendición implícita a las limitantes cognitivas y a textos muy extensos o muy difíciles de comprender. Es una decisión afirmativa y racional no de saber lo que está especificado en el contrato —es una preferencia por no importarle—. De hecho, el profesor Ben-Shahar sugiere, y estamos de acuerdo, que focalizar la atención de las reglas legales en esta cuestión podría conspirar contra los propios intereses de los consumidores y contra el desarrollo de mejores alternativas regulatorias¹⁶.

La ausencia de lectura, sin embargo, sí podría afectar el argumento del arbitraje de los consumidores informados (en el sentido de que bastan algunos pocos que sí lean los contratos para incentivar a los proveedores a ofrecer términos contractuales aceptables) dado que una tasa de lectura excesivamente baja o casi nula podría imposibilitar el efecto deseado. Sin embargo, que la posibilidad de este arbitraje de los informados se vea limitada no sustentaría, de modo alguno, que el legislador o los decisores deban intervenir o rediseñar el contrato predispuesto. Como se explora aquí, no solo siguen existiendo fuertes incentivos para que los proveedores diseñen contratos predispuestos óptimos sino que, además, la opción regulatoria o interventora podría generar problemas potencialmente más nocivos que aquel que suele preocupar a cierto sector de académicos¹⁷.

Aunque esta cuestión de la lectura de los contratos de consumo no es el asunto que nos interesa abordar en este trabajo, consideramos pertinente poner de manifiesto que, en cualquier escenario, el control de los términos contractuales no puede sustentarse torpemente en la necesidad de viabilizar la oportunidad de lectura, más allá de que el lector considere que la falta de lectura es, contrariamente a lo aquí expuesto, realmente trascendente.

IV. CONTROL DE CALIDAD CONTRACTUAL: JUSTIFICANDO AL EQUILIBRISTA

La tesis del control de calidad del contrato se sustenta en la idea de que los consumidores se enfrentan a contratos que no maximizan el interés de las partes sino que, por el contrario, tienen características que viabilizan una «apropiación desmedida» de cualquier excedente que el consumidor pueda obtener de la transacción de consumo. Dada la imperfecta racionalidad de los consumidores, los proveedores aprovecharían la oportunidad para configurar el contrato en respuesta

EL EQUILIBRISTA
DESORIENTADO:
LA DINÁMICA
EVOLUTIVA DE
LAS CLÁUSULAS
CONTRACTUALES
EN CONTRATOS
PREDISPUSTOS
Y EL MITO DE LA
BAJA CALIDAD DE
LOS CONTRATOS
DE CONSUMO

THE
DESORIENTATED
AERIALIST:
EVOLUTIONARY
DYNAMICS OF
CONTRACT
CLAUSES IN
PREDISPOSED
CONTRACTS
AND THE POOR
QUALITY MYTH
OF CONSUMER
CONTRACTS

16 BEN-SHAHAR, Omri. The Myth of the «Opportunity to read» in Contract Law. *European Review Contract Law*, 5, 1 (2009), p. 15.

17 Por ejemplo, consideramos que el juicio de abusividad, al impedir el *screening ex post* de consumidores conforme a lo expuesto más adelante, podría alentar la selección arbitraria de clientela *ex ante* e, incluso, podría incrementar la tasa de discriminación estadística en los mercados de consumo.

a los sesgos que puedan padecer los consumidores. Korobkin refiere, en tal orden de ideas, que

[s]i bien los proveedores tienen un incentivo económico para ofrecer el nivel eficiente de calidad de los atributos que los consumidores toman en cuenta (atributos «visibles»), tienen un incentivo para hacer que los atributos que los consumidores no toman en cuenta (atributos «no-visibles») sean favorables a ellos mismos, dado que hacerlo no afecta las decisiones de consumo de los compradores¹⁸.

Podría decirse que existe un beneficio esperado percibido por el consumidor que es diferente al beneficio esperado real (que incluye consideraciones «no-visibles») así como existe un precio esperado percibido que es distinto al precio esperado real. El contrato predispuesto permitiría a los proveedores incrementar la demanda por sus productos mediante un incremento del beneficio esperado percibido sin asumir los costos de mejorar el beneficio esperado real. De la misma forma, tal demanda puede ser incrementada cuando el proveedor reduce el precio esperado percibido aunque el precio esperado real resulte elevado en el fondo¹⁹. El diseño de estos contratos, entonces, respondería a la necesidad de beneficiarse de las divergencias señaladas lo cual implicaría adoptar términos contractuales que incidan en los atributos de los productos o en los niveles de uso de los mismos.

En buena cuenta, los contratos predispuestos, por ser tales, permitirían a los proveedores introducir términos contractuales que afectan la utilidad de los adherentes (que no son «visibles» y que «reducen sus beneficios») afectándose, de esta forma, la «calidad» del contrato. Así, se ha afirmado de manera tajante que «[...] se debe entender por contrato de baja calidad, en el marco de los contratos de adhesión, aquel que no maximiza la utilidad del adherente»²⁰. El modelo implica que la adquisición de información sobre esos aspectos «no visibles» sería demasiado costosa y, en buena cuenta, impracticable para los consumidores.

Este marco teórico ha sido adoptado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) como el sustento para la existencia del control de *abusividad* en el sistema de protección al consumidor. Así, la autoridad de consumo ha declarado abiertamente y sin tapujo alguno que «[d]ebido a que este problema de información es demasiado costoso de solucionar, el resultado final es que no existe la posibilidad de que los términos de baja

18 KOROBKIN, Russell B. Bounded rationality, standard form contracts and unconscionability. *University of Chicago Law Review*, 70 (2003).

19 BAR-GILL, Oren. *Seduction by contract. Law, economics and psychology in consumer markets*. Nueva York: Oxford University Press, 2012, pp. 10-14.

20 SALAZAR, Diego F. Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers* (2006), p. 24.

calidad contractual sean corregidos. Esto hace necesaria la intervención de un tercero que, mediante la imposición de un standard mínimo de calidad del contrato, mejore la situación que el mercado no puede corregir»²¹.

El argumento de la irracionalidad y consecuente ajuste de la calidad del contrato predispuesto no puede ser rechazado *a priori*. Sin embargo, la decisión de consumo es lo suficientemente compleja como para que no pueda ser reducida al presupuesto de imperfecta racionalidad. De un lado, muchas de las evidencias presentadas sobre dicha imperfección son de dudosa fortaleza. El hecho de que un consumidor se valga de un impulso o de un prejuicio para comprar un producto o contratar un servicio no implica irracionalidad. Si un consumidor adquiere algo por simple conexión emocional o porque valora de una forma determinada una oferta, ello no implica irracionalidad aunque el consumidor se vea en último término insatisfecho con su compra.

De otro lado, los defensores de una aproximación propia de la economía neoclásica no dudan de la existencia de problemáticas informativas. El meollo del asunto es otro. Toda intervención legal cuesta dinero por lo que resulta intrascendente el hecho de que el mercado pueda operar imperfectamente. Lo relevante es tomar en cuenta el costo de la corrección que se pretende establecer mediante las leyes. Las fuerzas políticas que motivan las acciones correctoras de la ley tienen incentivos para apuntar hacia intereses particulares que no son necesariamente los intereses de los consumidores²². En concreto, el análisis serio no puede sostenerse en el dato de la imperfección del mercado sino en la determinación de si las consecuencias de la respuesta legal son más nocivas que las consecuencias adversas que pretendemos corregir. El control de *abusividad* no toma en consideración que, al determinarse la inexistencia de una cláusula, se altera el conjunto de atributos que delimitan la configuración final del producto (porque los términos contractuales son parte del producto) y, de esa forma, se lesiona en último término el principio de soberanía del consumidor (por no mencionar el derecho del empresario a ofertar a aquello que considere conveniente).

El Código de Protección y Defensa del Consumidor mira con escepticismo (por no decir «desprecio») el resultado de sumar dos características: la ausencia de negociación de los términos contractuales y el supuesto desequilibrio que los términos contractuales generan en perjuicio de los consumidores. Ya hemos señalado que la ausencia de negociación no nos dice nada respecto de los beneficios obtenidos por los consumidores en una transacción de consumo. Por el contrario, buena porción de los

EL EQUILIBRISTA
DESORIENTADO:
LA DINÁMICA
EVOLUTIVA DE
LAS CLÁUSULAS
CONTRACTUALES
EN CONTRATOS
PREDISPOSTOS
Y EL MITO DE LA
BAJA CALIDAD DE
LOS CONTRATOS
DE CONSUMO

THE
DESORIENTED
AERIALIST:
EVOLUTIONARY
DYNAMICS OF
CONTRACT
CLAUSES IN
PREDISPOSED
CONTRACTS
AND THE POOR
QUALITY MYTH
OF CONSUMER
CONTRACTS

21 Resolución 0078-2012/SC2-INDECOPI del 11 de enero de 2012.

22 EPSTEIN, Richard A. The Neoclassical economics of consumer contracts. *Minnesota Law Review*, 92 (2008).

beneficios obtenidos por los consumidores se derivan directamente del carácter masivo y no negociado de la contratación.

Una crítica frecuente a los contratos predispuestos es el hecho de que estos suelen ser extensos y complejos, de modo que se torna imposible leerlos y, en caso se leyeran, serían de imposible comprensión. Sin embargo, que la forma en la que se expresa el contrato sea extensa y compleja nos dice poco acerca de la complejidad de la transacción en sí misma. Un contrato simple de apenas algunas palabras puede ser profundamente complejo. En particular, a medida que menos aspectos son regulados en el contrato predispuesto por parte del proveedor, resulta probable que sea más necesaria la aplicación de reglas legales que puedan operar de forma supletoria para llenar los vacíos de los acuerdos predispuestos²³. Nuevamente, no es bueno dar una respuesta *a priori*. Puede no gustarnos la extensión y complejidad aparente del contrato predispuesto pero suele ser resultar más extenso y complejo el contenido de las reglas legales que supletoriamente estarían llamadas a llenar los vacíos que un contrato predispuesto simple dejaría.

Muchos defensores de la defensa del consumidor vía la regulación pura y dura plantean soluciones para el problema informativo que, en general, son demasiado optimistas y fallan por razones que no pueden ser abordadas aquí²⁴. Sin embargo, y esto resulta de especial interés en nuestra discusión, el control de abusividad como remedio legal específico para afrontar el supuesto problema de calidad deficitaria del contrato de consumo conspira contra el interés del consumidor de maneras mucho más profundas que el consabido argumento del incremento de los costos de transacción (que es correcto, pero que representa apenas una parte del conjunto de sólidos y convincentes argumentos que nos hacen creer que el control de abusividad debe desaparecer de las legislaciones de protección al consumidor). Exploraremos este último asunto a continuación.

V. DESORIENTACIÓN: EL EXCESIVO COSTO DEL PSEUDO-EQUILIBRIO

La aversión hacia los contratos predispuestos suele basarse en la creencia, frecuentemente errónea, de que tales contratos ofrecidos al consumidor en la forma de «tómelo o déjelo» introducen desequilibrio en una situación que, de ordinario, habría sido más bien equilibrada,

23 BEN-SHAHAR, Omri. Regulation through boilerplate: an apologia. *Michigan Law Review*, 112 (2014). El autor señala de forma lúcida: «[...] la complejidad del contrato y el resultante nivel de ignorancia no tiene nada que ver con el esquema predispuesto. Los contratos ordinarios de la era romántica previa a los contratos predispuestos [...] son sorprendentemente complejos y muchas veces dejan más incertidumbre que el voluminoso contrato predispuesto de la era de la contratación en masa».

24 Recomendamos la lectura de BEN-SHAHAR, Omri & SCHNEIDER, Carl E. *More than you wanted to know, the failure of mandated disclosure*. Princeton: Princeton University Press, 2014.

esto es, que generan una ventaja «excesiva» o «intolerable» a favor del proveedor²⁵. Tal asunción es manifiestamente equívoca si tomamos en cuenta la existencia de incentivos reputacionales asimétricos entre proveedores y consumidores. Los proveedores son, como regla general, más «identificables» en el mercado de modo que una conducta oportunista de estos suele acarrear costos reputacionales importantes que un consumidor no padecería si fuera dicha parte la que actuara oportunistamente. Posner y Bebchuk han abordado este asunto señalando que «(e)n el caso de reputación-asimétrica, el vendedor tiene poco o nulo incentivo por comportarse oportunistamente porque si lo hace, sufrirá una pérdida de reputación que representa un costo. El comprador, sin embargo, no se ve desincentivado por consideraciones reputacionales»²⁶.

Como puede advertir el lector, si uno asume un piso hipotético inicial de naturaleza equilibrada, el contrato —*que contiene términos favorables al proveedor predisponente y, en apariencia, adversos al consumidor adherente*— impresiona como un vehículo para introducir desequilibrio entre las partes. El piso, sin embargo, es desequilibrado porque la conducta oportunista de un consumidor pasa casi desapercibida para el mercado. En ese orden de ideas, el contrato desequilibrado es una evidente estrategia para introducir equilibrio entre las partes de la relación de consumo. El escepticismo que la normativa peruana revela sobre el desequilibrio expresado en el contrato de consumo se sustenta en una ilusión.

La reputación es valiosísima y puede ser puesta en riesgo de forma relativamente sencilla (basta una declaración antojadiza de un consumidor en una red social). Las empresas necesitan adoptar estrategias para conservar su reputación en el mercado y para mantener relaciones cooperativas con los consumidores. No todos los consumidores son iguales, sin embargo. Algunos consumidores serán clientes leales a los que vale la pena fidelizar mientras que otros consumidores son oportunistas y no-cooperativos. Antes de la configuración de la relación de consumo, resulta costoso y complejo distinguir quiénes serán los consumidores leales del mañana y quiénes los oportunistas. Este proceso costoso previsiblemente afectaría el precio de los productos o servicios ofrecidos en el mercado.

EL EQUILIBRISTA
DESORIENTADO:
LA DINÁMICA
EVOLUTIVA DE
LAS CLÁUSULAS
CONTRACTUALES
EN CONTRATOS
PREDISPUESTOS
Y EL MITO DE LA
BAJA CALIDAD DE
LOS CONTRATOS
DE CONSUMO

THE
DESORIENTATED
AERIALIST:
EVOLUTIONARY
DYNAMICS OF
CONTRACT
CLAUSES IN
PREDISPOSED
CONTRACTS
AND THE POOR
QUALITY MYTH
OF CONSUMER
CONTRACTS

25 Sobre el particular, véase: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado. Tomo I, Cultural Cuzco*, p. 202, citado por TORRES CARRASCO, Manuel. Cláusulas abusivas en el nuevo Código de Defensa y Protección del Consumidor. *Gaceta Jurídica* (2011). De la Puente, en tesis que aquí criticamos en extenso, refiere que «[...] la fórmula "cláusula abusiva" no se refiere a la teoría del abuso del derecho sino que debe ser interpretada como cláusula excesiva, demasiado onerosa que reporta una ventaja indiscriminada a favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro [...] alteran, en ventaja del predisponente, el equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes».

26 BEBCHUK, Lucian A. & POSNER, Richard A. One-sided contracts in competitive consumer markets. *Michigan Law Review*, 104 (2006).

Asimismo, sin perjuicio del innegable costo de la selección anticipada de clientes, existe cierto riesgo derivado fundamentalmente de la normativa y jurisprudencia referida a la selección «arbitraria» de clientela. Si aspiramos a permitir que la mayoría de consumidores tenga acceso a un producto o servicio, deberíamos apostar por permitirle al proveedor diferir su selección para un momento en el que existan señales más claras sobre la conducta del consumidor. En esa línea de pensamiento, es evidente que resulta más barato distinguir entre los consumidores cuando ya existe una relación establecida entre estos y el proveedor. Si el proveedor no pudiera hacer distinciones *ex post*, tendría que realizar el proceso de selección *ex ante* cuando es probable que tal proceso sea más complejo y caro.

La forma en la que los proveedores diferencian a los consumidores que serán fidelizados de los que resultan, por decirlo de alguna manera, prescindibles, depende de que tales proveedores tengan la capacidad de ejercer ciertas prerrogativas discrecionales. Impedir que los proveedores se reserven facultades discrecionales mediante cláusulas que la autoridad podría considerar abusivas obligaría a dichos proveedores a seleccionar clientes de manera anticipada con los costos y riesgos que ello conlleva. El control de *abusividad* lesiona directamente a los consumidores porque parte del precio que pagan por los productos o servicios expresa el costo de este proceso de selección *ex ante* o, incluso, podría reducir la disposición del proveedor de entrar en relaciones de consumo con ciertos consumidores (por ejemplo en la disposición de otorgar préstamos).

El proceso de selección *ex post* se conduce, según Jason Scott Johnston, de dos formas distintas: (i) otorgando beneficios discrecionales; y, (ii) excusando discrecionalmente a los consumidores²⁷. En el primer caso se generan incentivos para que los consumidores informados y que vale la pena conservar se revelen a sí mismos. Ellos serán los primeros en cuestionar alguna característica del producto o servicio y eso permitirá al proveedor decidir si se otorga un beneficio adicional. En el segundo caso, se le permite al proveedor hacer un juicio respecto de la conducta del consumidor a fin de determinar si se le perdona o se le aplica el término contractual que usualmente será desfavorable en apariencia. En suma, estos términos contractuales permiten superar los dolores de cabeza propios de contextos en los que se presenta un claro problema de selección adversa.

27 JOHNSTON, Jason S. Cooperative negotiations in the shadow of boilerplate. En Omri Ben-Shahar (ed.). *Boilerplate: the foundation of market contracts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

VI. CONCLUSIONES

El control de *abusividad* pretende responder al problema de la baja calidad de los contratos sustentado en la predisposición de los términos contractuales por parte del proveedor y la posibilidad que tiene este de explotar a los consumidores mediante mecanismos de escasa o imposible perceptibilidad. En el presente trabajo hemos discutido por qué, como regla general, la pretensión es equívoca, apresurada y nociva para los consumidores. La inexigibilidad de un término contractual difícilmente puede representar el interés del consumidor. Si los consumidores quisieran mejores términos contractuales, es previsible que los proveedores los ofrezcan a un precio incrementado y no que opten por obtener ganancias mediante el aprovechamiento contractual.

Si las autoridades quieren colaborar con los consumidores, podrían generar espacios para viabilizar la comparación entre opciones de consumo²⁸ y eliminar las restricciones absurdas a la actividad publicitaria. La intervención de las autoridades en el contenido del contrato de consumo, de hecho, suele conspirar contra el proceso de diálogo entre consumidores y proveedores. En efecto, los proveedores ajustan sus términos contractuales a los criterios desarrollados en la jurisprudencia. Pero estos criterios no necesariamente son conocidos o entendidos por el consumidor «de a pie» a quien pretende protegerse. Es por eso que Boardman sostiene que existe una «conversación privada» entre los redactores de estas cláusulas y las Cortes²⁹.

Una autoridad que juegue a ser equilibrista sin tomar como referencia las consideraciones que hemos planteado —ya sea sobre los peligros de la intervención o respecto de las razones de la estabilidad de los términos contractuales en el tiempo— encaminará sus decisiones de forma desorientada hacia respuestas legales inapropiadas. No puedo imaginarme nada más abusivo que la intervención de un tercero que desde su prejuicio y falencia informativa pretende intervenir en una dinámica que, como regla general, suele beneficiar tanto a proveedores como a consumidores.

Recibido: 15/03/2015
Aprobado: 23/03/2015

28 SCHWARTZ, Alan & WILDE, Louis L. Imperfect Information In Markets for Contract Terms: The Examples of Warranties and Security Interests. *Virginia Law Review*, 69 (1983).

29 BOARDMAN, Michelle E. Contra Preferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate. *Michigan Law Review*, 104 (2006).